



1/2018

BREVI NOTE SUL NUOVO DECRETO LEGISLATIVO IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI: (POCHE) LUCI E (MOLTE) OMBRE DI UNA RIFORMA FRETTOLOSA

di Giacomo Pestelli

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. Primo *step*: la selezione delle intercettazioni “rilevanti” e la loro trascrizione nei brogliacci d’ascolto. – 2. Secondo *step*: il deposito degli atti, il loro differimento ed il ritardato deposito. – 3. Terzo *step*: l’elenco delle intercettazioni rilevanti a fini di prova e la loro acquisizione in via ordinaria al fascicolo delle indagini preliminari. – 4. Quarto *step*: l’utilizzo delle intercettazioni a fini cautelari e la loro acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari. – 5. I diritti delle parti ed i nodi problematici di tenuta costituzionale del sistema. – 6. Considerazioni conclusive.

0. Premessa.

Sulla G.U. dell’11 gennaio 2018 è stato pubblicato il nuovo decreto legislativo 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 lett. a), b), c), d) ed e) della l. 23 giugno 2017, n. 103*” (c.d. riforma Orlando), le cui disposizioni vanno ad innovare, sotto innumerevoli aspetti, la disciplina del codice di rito penale sulle intercettazioni. Le nuove norme, per espressa previsione del legislatore, si applicheranno alle “*operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore*” del decreto (art. 7 comma 1), vale a dire, tenuto conto della ordinaria *vacatio legis*, a far data dal 26 luglio 2018, salvo che per la specifica disposizione che introduce un’eccezione al divieto di pubblicazione degli atti del procedimento per le ordinanze in materia cautelare, la quale acquisterà viceversa efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (art. 7 comma 2), ossia il 26 gennaio 2019.

La riforma, preceduta da ampio e vivace dibattito non soltanto nell’ambito delle competenti Commissioni parlamentari chiamate ad esprimere i propri pareri sulla bozza di articolato ma anche in sede extraparlamentare, tocca molti punti nevralgici della disciplina codicistica delle intercettazioni, su cui già in passato, studiosi e pratici del diritto, si sono a lungo interrogati e misurati: tutela della riservatezza delle comunicazioni, criteri e procedura di selezione delle intercettazioni rilevanti, conservazione del materiale intercettato, diritto e modalità di accesso agli atti, utilizzazione a fini cautelari dei risultati delle captazioni, tutela della libertà di stampa e del diritto all’informazione, repressione della diffusione di captazioni fraudolentemente acquisite, impiego di “*captatori informatici*” (c.d. *trojan horses*).



1/2018

Non sempre, tuttavia, i suggerimenti che sono pervenuti al legislatore dagli “addetti ai lavori” hanno trovato terreno fertile ed il risultato che ne è derivato – a parere di chi scrive – nasconde molte insidie, alcune incongruenze ma soprattutto gravi rischi per la tenuta del sistema e l’efficacia di questo straordinario mezzo di ricerca della prova.

In questa sede, in particolare, vogliamo concentrare l’attenzione su quelle disposizioni dell’articolato normativo che costituiscono il cuore della riforma e che hanno colpito l’impianto del codice di rito in punto di disciplina relativa alla formazione, conservazione, selezione ed utilizzazione delle intercettazioni. Si tratta, d’altra parte, delle disposizioni di più immediata e prossima applicazione pratica e temporale e che perciò interessano più da vicino l’operatore pratico del diritto, nella cui ottica e per il quale – anche se non esclusivamente – queste note sono state pensate. Non si affronteranno viceversa, per non appesantire troppo la trattazione e vista comunque la loro rara o comunque statisticamente meno frequente applicazione pratica quotidiana, le spinose questioni pure poste dall’introduzione della disciplina dei “captatori informatici”.

Come si evince chiaramente dai criteri direttivi imposti dalla delega legislativa nonché dalla stessa struttura del decreto legislativo (che icasticamente si apre, al suo art. 1, con l’introduzione nel codice penale di una nuova fattispecie incriminatrice, l’art. 617-septies, rubricato “*Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*” e destinato a punire chiunque diffonda riprese audio o video fraudolentemente captate “*di incontri privati*” o di conversazioni “*svolte riservatamente*” al fine di recare danno all’altrui reputazione o immagine), il punto di partenza da cui muove il legislatore delegato e lo snodo applicativo attorno a cui ruota l’intero impianto normativo è quello di tentare di conciliare, senza (apparentemente) limitarli nell’*an* e nel *quomodo*, i poteri investigativi dell’Autorità giudiziaria con la tutela dei diritti alla riservatezza di terzi e finanche degli stessi indagati, allorché oggetto delle captazioni siano dati “irrilevanti” ai fini delle indagini ovvero dati personali c.d. sensibili parimenti irrilevanti ovvero, ancora, allorché le registrazioni riguardino eventuali comunicazioni fortuitamente ed occasionalmente captate di cui è vietata per legge l’intercettazione (*id est*: i colloqui tra indagato e difensore *ex art.* 103 c.p.p.).

Si legge invero nella *Relazione illustrativa* al provvedimento in esame che le disposizioni adottate “*perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall’attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l’indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell’attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova*”¹.

Tale meritorio scopo viene raggiunto, almeno nelle nobili intenzioni del legislatore delegato, attraverso una serie di misure destinate non soltanto a bloccare la

¹ Cfr. *Relazione illustrativa* allo «Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni» (472-bis), consultabile sui siti internet di Camera e Senato, 1.



1/2018

conoscibilità all'esterno di tali comunicazioni o conversazioni, sanzionandone penalmente in taluni casi la diffusione, ma anche e prima di tutto limitando già a monte la possibilità per la polizia giudiziaria finanche di procedere alla verbalizzazione di simili conversazioni "irrilevanti" e, poi, a cascata, che le stesse siano utilizzate a fini di prova, così come, parimenti, a fronte di intercettazioni viceversa considerate "rilevanti", imponendo una loro utilizzazione *parsimoniosa* e *misurata* da parte del PM prima e del Giudice poi in caso di eventuale richiesta e applicazione di una misura cautelare, prescrivendo la riproduzione (e per il PM, ancor prima, una trasmissione per così dire *selettiva* del materiale captato) soltanto dei "brani essenziali" delle comunicazioni e conversazioni intercettate.

Già in precedenza, peraltro, la necessità di garantire la tutela della riservatezza dei risultati e dei dati personali acquisiti tramite attività di intercettazione era stata esigenza particolarmente sentita anche e soprattutto dai principali Procuratori della Repubblica delle maggiori città italiane, che – come noto – nel silenzio del legislatore, avevano dato risposta ai maggiori nodi problematici della disciplina vigente emanando specifiche circolari e direttive, le quali erano risultate – secondo quanto puntualmente osservato dal CSM nella circolare sulla "Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione" del 29 luglio 2016² – "tutte animate dal condivisibile obiettivo di impedire la indebita diffusione di dati personali non rilevanti, acquisiti nel corso delle operazioni di intercettazione", a testimonianza della "esistenza di una peculiare, meritevole e crescente attenzione da parte dei Procuratori della Repubblica in ordine al tema del trattamento dei dati tratti da intercettazioni, tesa ad evitare l'ingiustificata diffusione di conversazioni non funzionali ai provvedimenti giudiziari e a valorizzare in tale direzione, nell'ambito della autonomia interpretativa, il sistema normativo vigente, alla luce dei canoni costituzionali in gioco"³.

Ora il legislatore delegato ha deciso di intervenire direttamente, regolando gli aspetti più spinosi della materia, nel tentativo di arginare ogni possibile deriva. Il risultato ottenuto, tuttavia, non appare pienamente soddisfacente.

1. Primo step: la selezione delle intercettazioni "rilevanti" e la loro trascrizione nei brogliacci d'ascolto.

Sempre al dichiarato scopo di tutelare la riservatezza delle comunicazioni oggetto di intercettazione e di evitare la loro indebita rivelazione, il decreto legislativo in esame si preoccupa di dettare le direttive cui, fin dalle prime battute dell'indagine tecnica, si debbono attenere p.g. e PM nella selezione delle conversazioni captate che costituiranno oggetto di trascrizione nei c.d. brogliacci d'ascolto.

Il nuovo 267 comma 4 c.p.p. prevede infatti ora – con disposizione certamente virtuosa ai fini del coordinamento investigativo tra gli organi inquirenti, soprattutto

² Consultabile in [questa pagina web](#).

³ *Ivi*, 1.

tenuto conto delle implicazioni sistematiche che ne derivano, anche se non immediatamente percepibili ad una prima lettura (su cui v. *infra*) – che l'ufficiale di p.g. delegato all'ascolto informi “preventivamente” il PM “con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni” intercettate. E ciò – lo si capisce anche dall'espresso richiamo al nuovo comma 2-bis dell'art. 268 c.p.p. contenuto nella norma appena citata – al fine di consentire un'interlocuzione preliminare (s'intende *formale*, parlandosi di annotazione) tra PM e p.g. finalizzata proprio alla successiva cernita delle conversazioni da inserire nei verbali di intercettazione.

Il comma 2-bis dell'art. 268 c.p.p. vieta infatti la trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni che, per l'oggetto e/o per i soggetti coinvolti, siano “irrelevanti ai fini delle indagini”, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardino dati personali definiti sensibili dalla legge. In tali casi – prosegue la norma – nel verbale delle operazioni compiute sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta. Sarà eventualmente solo il PM che, ai sensi del successivo comma 2-ter, potrà disporre, con decreto motivato, che le comunicazioni e conversazioni di cui al comma 2-bis – ossia quelle giudicate *prima facie* irrilevanti dalla p.g. – siano trascritte nel verbale di ascolto quando “ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova” e che parimenti vengano trascritte anche le comunicazioni e conversazioni relative a dati sensibili “se necessarie a fini di prova”.

Occorre subito soffermarsi sulle disposizioni appena citate per svolgere alcune considerazioni.

Vi è anzitutto immediatamente da dire come il legislatore abbia fatto un utilizzo non troppo tecnico e misurato dei termini impiegati, giacché – come già aveva osservato attenta dottrina con riferimento alle norme contenute nella legge delega – “ad un approccio strettamente tecnico, il riferimento alle intercettazioni “irrelevanti” – in quanto riguardanti fatti o circostanze estranee alle indagini – dovrebbe essere meglio precisato attraverso l'impiego del concetto di pertinenza: un dato può essere irrilevante ogniqualvolta, ancorché pertinente rispetto ad un tema, risulti inidoneo a portare un'informazione utile; pertanto, le intercettazioni che riguardano fatti o circostanze estranei alle indagini appaiono “non pertinenti” prima e piuttosto che irrilevanti”⁴.

In realtà la legge delega (e prima ancora di essa la circolare della Procura di Roma, che distingueva i profili di rilevanza e pertinenza), nel dettare i criteri direttivi cui avrebbe dovuto ispirarsi il legislatore nell'esercizio della delega, si esprimeva in termini lessicalmente e tecnicamente più corretti, prevedendo invero che il PM dovesse assicurare la riservatezza e chiedere finanche lo stralcio al GIP delle registrazioni captate “che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei” (art. 1, comma 84, lett. a), nn. 1 e 4) l. n. 103/2017).

Al di là della mera questione linguistica, v'è soprattutto da dire – come già sottolineato perspicuamente dalla medesima dottrina su citata, con considerazioni che qui si condividono integralmente – come piuttosto, “a fronte di intercettazioni pertinenti

⁴ C. CONTI, [La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, 82 s.

*rispetto ai fatti oggetto delle indagini, una valutazione sulla rilevanza condotta agli albori dell'inchiesta parrebbe imporre una anticipazione eccessiva di valutazioni che trovano la loro sede naturale a margine dell'istruzione probatoria: si pensi alla delicatezza dell'ipotesi in cui la conversazione, pur riguardando i fatti oggetto di indagine, contenga dati sensibili che appaiono prima facie del tutto irrilevanti ai fini dell'inchiesta, ma dei quali non si escludono possibili future rivalutazioni"*⁵.

Occorre considerare, infatti, come nella pratica frequentemente le conversazioni siano frazionate nel tempo, abbiano spesso sfumature di significato, utilizzino linguaggi cifrati, dialetti o lingue straniere ovvero affrontino varie tematiche o riguardino diverse persone oppure attengano al "contesto" in cui maturano i fatti oggetto di indagine o facciano emergere "relazioni" fra soggetti indagati e soggetti non indagati, comunicazioni e conversazioni, queste, di difficile decifrazione in prima battuta e che solo in un secondo momento, quasi sempre coincidente con le fasi finali dell'indagine, consentono di avere il quadro complessivo del *thema probandum* e quindi di apprezzarne il valore ed esprimere fondatamente quel giudizio di pertinenza e rilevanza per i fatti oggetto di prova che, diversamente, il carattere ancora fluido dei momenti iniziali dell'indagine difficilmente consente. Solo allora la p.g. e il PM hanno tutti gli strumenti ermeneutici per poter decidere, con competenza e completezza, se una determinata conversazione sia o meno rilevante e debba perciò fare ingresso nei verbali di ascolto.

Anche la circolare sulla "*Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione*" del CSM sopra citata sottolineava invero come perfino la nozione in sé di rilevanza "*necessita della complessiva conoscenza di tutti gli elementi raccolti nel corso dell'indagine, per cui, un'eventuale valutazione demandata alla p.g. nell'immediatezza dell'ascolto, senza un adeguato coordinamento, risulterebbe una valutazione parcellizzata, limitata, e potenzialmente fallace. (...) Peraltro il P.M., soprattutto in indagini delicate e ad ampio spettro, è il collettore di plurimi accertamenti, a volte provenienti da diversificati settori della p.g., talora svolti direttamente dallo stesso ufficio inquirente, i quali trovano proprio nella saldatura operata dal magistrato dell'accusa il loro momento di sintesi e di complessiva valutazione, a tacere del fatto che il P.M. possa essere chiamato a valutarne la rilevanza anche rispetto ad altri procedimenti in corso*"⁶.

Questa, deve ritenersi, allora la ragione per cui nella *Relazione illustrativa* al testo della novella di legge – sulla falsariga di quanto in precedenza già avevano previsto le circolari delle Procure di Roma, Napoli e Torino⁷ e con impostazione condivisa anche dalla circolare del CSM sopra richiamata – si afferma che, in tali casi, "*il pubblico ministero è informato dalla polizia giudiziaria, al fine di verificare la prospettata irrilevanza delle comunicazioni e conversazioni: in particolare, gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno l'obbligo di informare il pubblico ministero, con apposita annotazione ai sensi dell'art. 357 c.p.p., nei casi in cui sia dubbio se procedere a trascrizione, nel verbale, di dette conversazioni. Si consideri, a tal proposito, che l'ufficiale di polizia giudiziaria è un mero delegato all'ascolto e*

⁵ C. CONTI, *op. cit.*, 83.

⁶ *Ivi*, 5.

⁷ Tutte consultabili in *Quest. giust.*, 19 aprile 2016.

*che pertanto il pubblico ministero, che è l'organo delegante e su cui direttamente incombe il dovere di non trascrivere nei cd. brogliacci le conversazioni irrilevanti o inutilizzabili, ben può dettare le opportune istruzioni e direttive al delegato, per concretizzare l'obbligo di informazione preliminare sui contenuti delle conversazioni di cui possa apparire dubbia la rilevanza"*⁸.

Stando a tali chiarimenti, quindi, deve ritenersi che l'obbligo di informazione preventiva da parte della p.g. al PM mediante annotazione scritta scatti non soltanto (e sicuramente) nel caso in cui si tratti di conversazioni ritenute "irrilevanti" ai sensi dell'art. 268 comma 2-bis c.p.p. – al fine così di consentire allo stesso PM di valutare le considerazioni compiute dalla p.g. ed eventualmente andare di contrario avviso – ma anche allorché vi sia il "dubbio se procedere a trascrizione, nel verbale, di dette conversazioni" in quanto si tratti di "conversazioni di cui possa apparire dubbia la rilevanza". La stessa circolare del CSM segnalava invero quale "buona prassi" quella di prevedere "in caso di dubbio o di inopportunità valutati da parte della polizia giudiziaria in merito alla possibile rilevanza della conversazione (...) di sottoporla al pubblico ministero designato per la trattazione delle indagini, affinché egli, nella cui competenza ricade la selezione delle conversazioni, ne esamini il contenuto"⁹.

È d'altra parte indubitabile, come già osservava la medesima circolare su citata, come in questo frangente vi sia la necessità di fare affidamento innanzitutto sulla professionalità del magistrato procedente – al quale, nell'ambito dei suoi poteri di direzione delle indagini, è certamente rimessa la puntuale e responsabile opera di selezione del materiale da utilizzare ed il quale è tenuto ad operare una attenta verifica delle informazioni utili e rilevanti per le indagini, attraverso un giudizio relazionale con i fatti per i quali si procede, avendo sempre presente la necessità del corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, che impone di sacrificare il bene della riservatezza solo in presenza di una informazione che sia effettivamente rilevante per il processo – oltretutto sulla correttezza della concreta gestione del rapporto che la legge delinea fra PM e p.g.¹⁰.

Sennonché, in sede di primissimo commento alla riforma non è mancato chi ha acutamente osservato come il testo delle norme sopra citate contenga una evidente contraddizione: se invero con l'annotazione di cui all'art. 267 comma 4 c.p.p. fosse possibile per la p.g. riportare, sia pure per sintesi, anche il contenuto delle conversazioni "irrilevanti" oltre a quelle "rilevanti", il sistema si porrebbe in palese contrasto con lo spirito e la *ratio* della riforma oltre che con ciò che espressamente vieta l'art. 268 comma 2-bis c.p.p., ossia che non vi sia alcun atto scritto che contenga, neppure in via sommaria, conversazioni di tal genere.

Le norme, in altre parole, sembrerebbero vivere di una irriducibile contraddizione logica: da un lato affermano che delle intercettazioni "irrilevanti" è vietata qualsiasi trascrizione, anche sommaria (art. 268 comma 2-bis c.p.p.); dall'altro ammettono tuttavia che delle stesse registrazioni la p.g. informi preventivamente il PM, che ne può sempre disporre la trascrizione con decreto motivato se le ritenga, al

⁸ *Ivi*, 3.

⁹ *Ivi*, 6.

¹⁰ *Ivi*, 3 e 8.

contrario, rilevanti ai fini di prova (artt. 267 comma 4 e 268 comma 2-ter c.p.p.). E allora, come risolvere l'apparente antinomia? La chiave e lo strumento pratico per sciogliere il nodo gordiano sono rappresentati proprio dall'art. 267 comma 4 c.p.p., nella misura in cui la norma consente quella "interlocuzione preventiva" e per iscritto della p.g. col PM proprio – si badi bene – "sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni". È in altre parole il legislatore stesso che dispone che vi sia una informativa scritta della p.g. che faccia riferimento non già al testo integrale delle comunicazioni captate bensì (è da ritenere *sommariamente*, si potrebbe dire con "sobrietà contenutistica", sempre per parafrasare la circolare del CSM) ai contenuti di tali comunicazioni. La distinzione è sottile ma ha una sua plausibilità e pare l'unica che consenta di risolvere l'impasse.

D'altro canto, come farebbe altrimenti il PM a disporre con decreto motivato la trascrizione delle conversazioni dubbie o ritenute *prima facie* irrilevanti dalla p.g. se non sapesse di che cosa si tratta? E chi può informarlo, se non la p.g. delegata all'ascolto? E come può farlo la p.g., se non per iscritto, tramite annotazione, così da dargli l'appiglio e soprattutto gli argomenti concreti per redigere la motivazione del suo decreto?

È tramite tale strumento allora che il PM può vagliare i giudizi espressi in prima battuta dalla p.g. e decidere quindi se confermare la valutazione di irrilevanza compiuta dalla stessa ed impedire così qualsiasi trascrizione oppure, al contrario, se sovvertire quel giudizio e disporre la trascrizione di quell'intercettazione ritenuta originariamente irrilevante perché reputata, al contrario, rilevante per i fatti oggetto di prova.

Vale la pena infine osservare la differente regola di giudizio che presiede la scelta del PM a seconda che si tratti di intercettazioni considerate *prima facie* "irrilevanti" oppure relative a "dati sensibili": nel primo caso infatti il criterio è quello della semplice "rilevanza" per i fatti oggetto di prova, quindi – parrebbe di capire – anche in base ad una mera divergenza di opinione da parte del PM rispetto alle iniziali prospettazioni della p.g., condotta al metro dei risultati dell'indagine e dei fatti fino a quel momento emersi; nel secondo caso la regola si fa invece ben più stringente e penetrante, richiedendo che tali comunicazioni siano (non già meramente rilevanti, bensì) "necessarie" ai fini di prova, giacché, come invero osserva la *Relazione illustrativa* all'articolato normativo, "di regola, i dati sensibili emergenti dalle comunicazioni intercettate sono destinati a rimanere del tutto riservati, quando non sia possibile stabilire un nesso essenziale tra la loro conoscenza e l'attività probatoria"¹¹.

È peraltro pacifico e in alcun modo revocabile in dubbio, anche se la novella è totalmente muta al riguardo, che – come già ebbe a sottolineare il CSM nella propria circolare sopra ricordata e come si può agevolmente argomentare muovendo dai principi generali – "la selezione ad opera del p.m., tranne i casi di assoluta inutilizzabilità, non potrà mai portare al mancato inoltrato al giudice, ai fini del successivo deposito, di trascrizioni e/o

¹¹ *Ivi*, 3.



1/2018

*registrazioni di conversazioni e/o scambio di comunicazioni informatiche o telematiche astrattamente, anche se indirettamente, favorevoli all'indagato*¹².

2. Secondo step: il deposito degli atti, il loro differimento ed il ritardato deposito.

Una volta superato il nodo problematico del *cosa* possa e debba essere inserito all'interno dei brogliacci d'ascolto, i primi problemi iniziano a venire a galla con la procedura relativa al deposito degli atti relativi alle intercettazioni ed all'eventuale differimento di tale incumbente.

La riforma istituisce per la prima volta presso l'Ufficio del PM il c.d. *archivio riservato delle intercettazioni*, il quale, ai sensi dei nuovi artt. 269 e 89-bis disp. att. c.p.p., deve essere tenuto sotto la direzione e la sorveglianza dello stesso Procuratore della Repubblica e gestito con modalità, anche informatiche, tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita e da garantire il monitoraggio degli accessi, ed al cui interno debbono essere conservati integralmente, coperti da segreto (almeno fino all'avverarsi di una delle condizioni che ne determinano la *discovery*), le annotazioni, i verbali, gli atti, le registrazioni e ogni altro atto relativo alle intercettazioni cui afferiscono.

In tale separato fascicolo dovranno quindi essere conservati tutti gli atti relativi ad operazioni di intercettazione, i quali perciò, come vedremo meglio appresso, non transiteranno più direttamente nel fascicolo delle indagini preliminari.

Il nuovo comma 4 dell'art. 268 c.p.p. dispone invero a tal proposito che *"i verbali e le registrazioni"* delle intercettazioni compiute siano trasmessi dalla p.g. al PM *"immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga"* e che il PM, nel caso in cui sia necessario per la *"prosecuzione delle operazioni"* – pare di capire solo di trascrizione delle intercettazioni, non certo di captazione, in quanto ormai terminate – possa disporre con decreto (non motivato e senza l'apparente aggancio ad alcun vincolo temporale) *"il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni"* quando ciò appare determinato *"in ragione della complessità delle indagini"* e dalla necessità che la p.g. delegata all'ascolto *"consulti le risultanze acquisite"*.

Norma di buon senso, si direbbe, per consentire alla p.g. di avere il tempo materiale soprattutto per trascrivere il contenuto delle intercettazioni nei relativi brogliacci d'ascolto, tenuto conto della frequente mole e corposità delle captazioni e/o della eventuale necessità di fare ricorso ad un interprete; ma, è da ritenere certamente, anche per consentire di rivalutare *ex post*, una volta completato il quadro dell'indagine, una iniziale irrilevanza delle conversazioni captate e sottoporle *ex novo* all'attenzione del PM, per consentirgli così *adesso* di disporre la trascrizione. Anche la dottrina, d'altra parte, osserva come, sul fronte delle scelte dell'accusa, nulla osti, in base alle regole generali, a che il PM, *"in qualunque momento ed in ragione delle evoluzioni del*

¹² *Ivi*, 2.

*panorama investigativo, possa ascoltare nuovamente le registrazioni e disporre la verbalizzazione di conversazioni originariamente escluse*¹³.

Peccato però che la disciplina appena citata si sovrapponga a quella sul deposito dei verbali e delle registrazioni disciplinata dal nuovo art. 268-*bis* c.p.p. (che in parte ricalca il vecchio art. 268 commi 4 e 5 c.p.p.), il quale dispone invero che il deposito nel predetto *archivio riservato* – cui hanno peraltro immediatamente accesso i difensori delle parti (comma 2) – delle annotazioni, dei verbali e delle registrazioni unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione debba avvenire “entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni” (comma 1), salvo che il GIP, in caso di grave pregiudizio per le indagini che possa derivare dal loro deposito, autorizzi il c.d. *ritardato deposito* degli atti non oltre la chiusura delle indagini preliminari (comma 3).

Ad un'attenta lettura appare allora evidente come vi siano dei vistosi conflitti tra le norme appena citate: *come e quando* si deve/può provvedere al deposito degli atti e delle registrazioni relativi alle intercettazioni? *Immediatamente* (come lascerebbe intendere il comma 4 dell'art. 268 c.p.p.)? *Sine die* ed a seguito di mero decreto del PM (come pure potrebbe intendersi sulla base della medesima disposizione)? Entro 5 giorni dalla conclusione delle operazioni (come prevede in via ordinaria il comma 1 dell'art. 268-*bis* c.p.p.)? Oppure fino alla chiusura delle indagini, previa autorizzazione del GIP (come ha sempre consentito il codice e come prevede adesso il nuovo comma 3 dell'art. 268-*bis* c.p.p.)? E come si concilia l'assenza di un termine per il PM per disporre il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni da parte della p.g. con il termine di 5 giorni imposto al contrario al medesimo PM per il deposito degli atti e dell'elenco delle comunicazioni rilevanti ai fini della prova (che, come si vedrà, assume un ruolo cardine nel nuovo impianto normativo)?

Ancora: vi è una palese sovrapposizione di competenze tra PM e GIP su *chi* possa procedere a disporre il differimento/ritardato deposito degli atti o quantomeno *quale autorità prevalga* tra le due e *con quali tempistiche*: il PM con decreto non motivato, senza alcun vincolo temporale e parametro cui agganciare la scelta che non sia la mera “*complessità delle indagini*” e delle operazioni di ascolto e trascrizione (art. 268 comma 4 c.p.p.)? Oppure il GIP a seguito di rituale richiesta del PM, allorché ne derivi un “*grave pregiudizio per le indagini*” e purché la richiesta pervenga entro 5 giorni dal termine delle operazioni di intercettazione (art. 268-*bis* commi 1 e 3 c.p.p.)? Oppure, ancora, tutti e due e, se sì, con quali differenze o sulla base di quale scala di preferenza?

Il legislatore non lo chiarisce e dovranno attendersi le prime applicazioni pratiche per effettuare valutazioni più approfondite. Resta tuttavia il vistoso cortocircuito introdotto dalla riforma cui, in qualche modo, dovrà porsi rimedio.

¹³ C. CONTI, *op. cit.*, 84.



1/2018

3. Terzo step: l'elenco delle intercettazioni rilevanti a fini di prova e la loro acquisizione in via ordinaria al fascicolo delle indagini preliminari.

Quanto alla procedura da seguire per la selezione e l'acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari delle intercettazioni ritenute rilevanti, in conformità alle previsioni della legge delega il legislatore delegato ha optato per la previsione di un *meccanismo differenziato di acquisizione*, a seconda che si proceda per le vie ordinarie ovvero intervenga *medio tempore* una richiesta di misura cautelare.

In via ordinaria la selezione delle registrazioni avviene nel contraddittorio (cartolare o pieno) tra le parti ed il PM è onerato, tra le altre cose, entro il medesimo termine di *"cinque giorni dalla conclusione delle operazioni"* di intercettazione, di formare l'elenco delle registrazioni *"rilevanti a fini di prova"* che intende sottoporre al GIP per l'acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari (art. 268-bis comma 1 c.p.p.), con richiesta che deve presentare al giudice entro l'ulteriore termine di *"cinque giorni dal deposito"* degli atti, previa contestuale comunicazione ai difensori delle parti (art. 268-ter comma 2 c.p.p.).

Si potrebbe pensare ad un termine inadeguato, addirittura giugulatorio; in realtà, a ben vedere, i rischi in agguato per l'attività del PM sono ben più fini e machiavellici di quanto possa apparire a prima vista. La violazione di tali termini è infatti apparentemente senza conseguenze: la norma non prevede decadenze; anzi, l'art. 268-ter comma 5 c.p.p. dice espressamente che il PM e i difensori, sino alla decisione del GIP sull'acquisizione al fascicolo delle indagini delle comunicazioni indicate nel predetto elenco (e in quello integrativo eventualmente presentato dai difensori: comma 3), possono sempre *"integrare"* le proprie richieste e presentare memorie, senza quindi particolari problemi, sotto questo profilo, in caso di *"sforamento"* dei termini.

I rischi tuttavia si annidano altrove e precisamente nei meccanismi di acquisizione della prova nel corso delle varie fasi processuali in cui si articola il procedimento, che non sono identici tra loro e che se non sono ben ponderati dal PM nella loro dinamica e tempistica possono portare al mancato ingresso di atti rilevanti nel fascicolo delle indagini (con una surrettizia ma sostanziale *inutilizzabilità* degli stessi) o addirittura alla loro radicale *distruzione*.

Ai sensi invero del nuovo art. 268-ter comma 3 c.p.p., il difensore, oltre a poter richiedere l'acquisizione di ulteriori comunicazioni rilevanti a fini della prova non comprese nell'elenco formato dal PM, può chiedere che siano eliminate dal GIP (*rectius*: non siano acquisite al fascicolo delle indagini) le intercettazioni ivi indicate che siano *"inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale, ai sensi di quanto disposto dal comma 2-bis dell'art. 268"*: la norma, come è reso evidente da tale ultimo richiamo, fa quindi espresso rinvio anche alle (mere) intercettazioni ritenute *"irrilevanti"* di cui è appunto vietata la trascrizione, anche sommaria, da parte della p.g. ed è idonea ad abbracciare tutte quelle registrazioni che siano già state trascritte nei relativi verbali d'ascolto e di cui i difensori chiedano al contrario l'espunzione, predicandone l'irrilevanza. Una volta che il GIP si sia pronunciato sulle intercettazioni per le quali è consentita l'acquisizione (secondo i criteri di cui si dirà subito *infra*), la



1/2018

novella prevede che gli altri atti e verbali vengano quindi restituiti al PM “*per la conservazione nell’archivio riservato di cui all’art. 269 comma 1*” (art. 268-*quater* comma 5 c.p.p.) e che, a questo punto, le parti (leggasi: i difensori) “*a tutela della riservatezza, possono chiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite*” (v. il nuovo art. 269 comma 2 c.p.p., che ora non fa più riferimento alla ben più ristretta definizione di documentazione non più “*necessaria per il procedimento*” ma a tutte le registrazioni non acquisite *tout court*).

La novità è deflagrante. Sono infatti evidenti i rischi di dispersione (meglio: perdita) della prova nel caso in cui, a prescindere dal rispetto o meno dell’iniziale termine per richiederne l’acquisizione, venga accolta la richiesta di espunzione delle intercettazioni presentata dalla difesa, poiché vi è il più che concreto pericolo, da un lato, di incappare in questa nuova forma di *inutilizzabilità funzionale* delle conversazioni meramente irrilevanti, dall’altro, di perdere addirittura definitivamente la fonte di prova laddove la difesa avanzi altresì richiesta di distruzione delle registrazioni non acquisite.

Né i rischi tratteggiati paiono attenuati dalla possibilità di “recuperare” in fase di udienza preliminare o addirittura in dibattimento (o finanche in appello) l’acquisizione delle intercettazioni non acquisite, giacché, da un lato, se il difensore ne ha nel frattempo chiesto ed ottenuto la distruzione, la prova è già perduta *in rerum natura*, dall’altro, la nuova disposizione in tema di acquisizione dibattimentale delle intercettazioni (con collocazione sistematica quanto mai sciatta e inopportuna, dato che la norma è stata inserita nell’art. 472 c.p.p., dedicato ai “*casi in cui si procede a porte chiuse*”, anziché nelle norme che disciplinano la fase dedicata all’ammissione delle prove o persino in una nuova norma *ad hoc*) dispone che il giudice proceda alle operazioni di cui all’art. 268-*ter* c.p.p. “*quando le parti rinnovano richieste non accolte o richiedono acquisizioni, anche ulteriori, e quando le ragioni della rilevanza a fini di prova emergono nel corso dell’istruzione dibattimentale*”. Il che, tradotto, significa che l’acquisizione delle intercettazioni in dibattimento (parrebbe nel corso di tutta l’istruttoria e non solo nella fase preliminare e finanche in appello, giusta la disposizione di cui all’art. 598 c.p.p.) è possibile solamente in due casi: *a*) nell’ipotesi in cui si rinnovi una richiesta di acquisizione precedentemente non accolta, oppure; *b*) laddove si richieda l’acquisizione di nuove intercettazioni, ma in tale secondo caso – pare di capire dalla congiunzione utilizzata dal legislatore – solo allorché si tratti di prove divenute rilevanti nel corso dell’istruzione dibattimentale, quindi una sorta di *prova nuova*.

E che succede se nel frattempo le parti (leggasi: la difesa) hanno già (frettolosamente) chiesto ed ottenuto la distruzione delle intercettazioni (all’epoca giudicate “irrilevanti”, di cui viceversa si scopra successivamente la rilevanza per i fatti oggetti di prova?! È evidente che in tal caso alcuna possibilità di recupero *ex post* sarà mai possibile, con grave *vulnus* all’accertamento dei fatti, anche per lo stesso imputato, che potrebbe così aver definitivamente perso materiale importante pure in ottica difensiva. È auspicabile, pertanto, che in futuro le difese sappiano fare un utilizzo assai

cauto ed oculato del potere loro concesso di richiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite, al fine di evitare eventuali effetti *boomerang*¹⁴.

Il legislatore delegato, poi, ha omesso totalmente di regolare una situazione assai frequente (per non dire pressoché certa) nella prassi, ossia *se e quando* debba essere attivato il meccanismo di acquisizione e stralcio delle intercettazioni allorché sia stato chiesto e disposto il ritardato deposito delle stesse. La novella infatti non si esprime chiaramente sul punto mentre la legge delega dispone(va) solo un obbligo in chiave negativa ossia che il PM, ove riscontrasse tra gli atti la presenza di registrazioni inutilizzabili o irrilevanti ai fini delle indagini, fosse tenuto a disporre l'avvio della procedura di stralcio, indicando espressamente le conversazioni di cui intendesse richiedere lo stesso, *“in vista della richiesta di giudizio immediato ovvero del deposito successivo all'avviso di cui all'art. 415-bis del codice di procedura penale”* (art. 1, comma 84, lett. a), n. 4 l. n. 103/2017).

Dal canto suo, la dottrina, muovendo dalle disposizioni contenute nelle circolari delle Procure e dal testo della legge delega, sottolineava come tale procedura fosse in realtà un passaggio obbligato solo qualora il PM si accorgesse che vi sono intercettazioni inutilizzabili o irrilevanti da eliminare in contraddittorio e non già allorché si trattasse di includere le intercettazioni da acquisire, trattandosi invero solo di *“uno snodo eventuale che serve ad escludere le conversazioni da tutelare. Infatti, quando il pubblico ministero non ha rilevato una situazione meritevole di tutela, la procedura di stralcio sembra poter aver luogo anche in un momento successivo”*, fino ad es. al dibattito¹⁵.

Il legislatore delegato ha trasformato invece in positivo quello che la legge delega prevedeva specularmente solo in negativo, imponendo *de facto* sempre e comunque la procedura di selezione e stralcio delle intercettazioni rilevanti, la quale può invero ritenersi che debba effettuarsi *non più tardi* della conclusione delle indagini preliminari: da un lato, infatti, il nuovo art. 422 comma 4-bis c.p.p. richiama, in quanto compatibili, gli artt. 268-ter e 268-quater c.p.p. ma solo ai fini dell'emissione della sentenza di non luogo a procedere; dall'altro, in fase dibattimentale (e *a fortiori* in appello), come su visto, le regole da applicare sono quelle ben più restrittive di cui al nuovo art. 472 ultimo periodo c.p.p., il quale, oltre a non richiamare l'art. 268-quater ma solo l'art. 268-ter c.p.p., prevede che possano essere accolte richieste di acquisizione di intercettazioni solamente in caso di rinnovazione di precedenti *“richieste non accolte”* oppure se si tratti di richieste di acquisizioni *“ulteriori, e quando le ragioni della rilevanza a fini di prova emergono nel corso dell'istruzione dibattimentale”*.

¹⁴ Sul punto v. anche la circolare del CSM più volte citata, ove si osserva come *“il tema delle informazioni sensibili, che coinvolgano persone non indagate, astrattamente utili alla difesa, è del resto troppo spesso trascurato nel dibattito pubblico e nelle semplificazioni, anche riformatrici, che puntano ad una massiva e poco meditata distruzione del materiale di intercettazione, con possibili irreversibili ripercussioni sul diritto di difesa”* (ivi, 9).

¹⁵ Così C. CONTI, *op. cit.*, 90 s.; in termini anche F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 556; A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 10.

Pertanto, dato per scontato – anche al fine di non tradire la *ratio* di tutela della riforma – che il PM debba *sempre* procedere, entro tali termini, alla richiesta di acquisizione delle intercettazioni rilevanti, si potrebbe ritenere *mutatis mutandis* che, nell'ipotesi di ritardato deposito delle intercettazioni, l'obbligo per il PM di richiedere la predetta acquisizione sorga soltanto (ma certamente) *prima* dell'emissione della richiesta di giudizio immediato o del deposito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, e ciò al fine di evitare il deposito massivo di tutte le captazioni assieme agli altri atti di indagine¹⁶. Al contrario, altra opzione interpretativa potrebbe far leva sul termine (“*non oltre la chiusura delle indagini preliminari*”) indicato nell'art. 268-bis comma 3 c.p.p. per ritenere che l'onere per il PM di depositare gli atti, formare l'elenco delle intercettazioni di cui voglia chiedere l'acquisizione e presentare la relativa richiesta al GIP scatti entro gli stessi termini temporali previsti dagli artt. 268-bis e 268-ter c.p.p., computati però a decorrere dallo scadere del termine, originario o prorogato, di durata delle indagini preliminari di cui agli artt. 405 e 406 c.p.p..

Quanto alla procedura da seguire per la selezione del materiale intercettato, la stessa è disciplinata dal nuovo art. 268-*quater* c.p.p.: decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste, il GIP dispone, in via ordinaria, sulla base di un contraddittorio tra le parti di tipo meramente cartolare e con ordinanza emessa in camera di consiglio senza l'intervento del PM e dei difensori (comma 1), oppure, quando necessario, previa celebrazione di apposita udienza da fissarsi entro i cinque giorni successivi (comma 2), l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni “*indicate dalle parti, salvo che siano manifestamente irrilevanti, e ordina, anche d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione*”. Il criterio che presiede alla scelta del giudice è quindi dettato in questo caso *non in positivo* (ossia in base alla “rilevanza” delle intercettazioni la cui acquisizione è richiesta dalle parti, giudizio che ben difficilmente il GIP potrebbe esprimere in tale fase alla luce dell'incompletezza dell'indagine e del complessivo *thema probandum*) quanto piuttosto *in negativo*, ossia mutuando il criterio della “manifesta irrilevanza” dettato dall'art. 190 c.p.p. per le richieste di ammissione di prova in sede dibattimentale.

A seguito, poi, della pronuncia dell'ordinanza del GIP viene meno il segreto sugli atti e sui verbali delle intercettazioni oggetto di acquisizione e gli stessi vengono quindi inseriti nel fascicolo delle indagini preliminari, con facoltà per i difensori – solo a questo punto e con i profili problematici che vedremo *infra* – di ottenere la copia dei verbali delle intercettazioni acquisite e la trasposizione su apposito supporto informatico delle registrazioni acquisite (commi 3 e 4) e con restituzione al PM degli atti e dei verbali delle intercettazioni non acquisite per la loro conservazione nell'archivio riservato di cui all'art. 269 c.p.p. (comma 5). Tale ultima circostanza – come osservato anche nella *Relazione illustrativa* all'articolato normativo¹⁷ – non preclude tuttavia al PM di operare successivamente una (nuova) valutazione di rilevanza delle intercettazioni in prima battuta non acquisite, quindi di segno diverso

¹⁶ Cfr. C. CONTI, *op. cit.*, 90.

¹⁷ *Ivi*, 5.

rispetto a quella fatta dal giudice, per richiederne nuovamente l'acquisizione in base allo sviluppo delle attività di indagine (e sempre che, come visto, la difesa non abbia nel frattempo richiesto ed ottenuto la distruzione di tali registrazioni!).

Il sistema così congegnato – si legge ancora nella *Relazione illustrativa* – “*supera il precedente modello incentrato sulla c.d. udienza stralcio, caratterizzato dal fatto che tutto il materiale intercettativo era sin da subito nel fascicolo delle indagini preliminari, invece che essere collocato in un archivio riservato, con la conseguenza che doveva essere interamente esaminato al fine dell'eliminazione del troppo, del vano e dell'inutilizzabile*”¹⁸.

La trascrizione, poi, delle intercettazioni così valutate in chiave di rilevanza ed utilizzabilità da parte del GIP è invece affidata, in via ordinaria, alle attività di richiesta di prova da compiersi in fase dibattimentale: sarà infatti possibile solo in seguito, nella fase dibattimentale del procedimento, che le intercettazioni selezionate transitino nel fascicolo per il dibattimento, su richiesta di parte e secondo le scadenze impresse dal nuovo art. 493-bis c.p.p., rubricato “*trascrizione delle intercettazioni*”, previa loro trascrizione secondo le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie.

La spiegazione offerta sul punto dalla *Relazione illustrativa* è quella di evitare il compimento di un'attività così “*antieconomic[a]*” quale quella della trascrizione “*pur quando il procedimento si arresti ad una fase antecedente all'instaurazione del giudizio, motivo questo che, già con la disciplina vigente, ha ulteriormente determinato l'ineffettività della previsione del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. La scelta perseguita con lo schema di decreto è quindi quella di procedere alle onerose attività di trascrizione solo quando ciò sia necessario per esigenze proprie di natura probatoria*”, ossia “*“successivamente” alla procedura di selezione del materiale utile, senza necessariamente imporre che ciò avvenga nel corso della medesima udienza e comunque nella fase delle indagini preliminari. Fase questa che è estranea, sul piano sistematico, alle attività di formazione della prova*” e senza che peraltro ciò precluda, ovviamente, alla parte interessata di “*richiedere lo svolgimento di questa attività sostanzialmente peritale anche in altra sede, ad esempio nel giudizio abbreviato condizionato proprio ad una tale domanda di prova. E non è d'ostacolo a che una simile richiesta possa essere avanzata già in fase di udienza preliminare, ai sensi dell'articolo 422 c.p.p., ove si ritenga la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere. Insomma, la trascrizione nelle forme della perizia è oggetto, in via ordinaria, di una richiesta di prova, e come tale trova collocazione successivamente alle procedure di selezione e di acquisizione, ogni volta che la progressione processuale consente l'esercizio del diritto alla prova*”¹⁹.

¹⁸ *Ivi*, 5.

¹⁹ *Ivi*, 8 s.

4. Quarto step: l'utilizzo delle intercettazioni a fini cautelari e la loro acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari.

Nel caso, invece, in cui vi sia stata una richiesta di misura cautelare, è il PM stesso che, ai sensi del nuovo art. 268-ter comma 1 c.p.p., dispone l'acquisizione nel fascicolo delle indagini preliminari delle intercettazioni *“utilizzate, nel corso delle indagini preliminari, per l'adozione di una misura cautelare (...), con inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi”*. Come appare evidente dalla formulazione della norma, tale inserimento è chiaramente successivo all'adozione delle misura da parte del GIP e nel frattempo gli atti in questione devono pertanto rimanere custoditi separatamente all'interno dell'archivio riservato di cui all'art. 269 c.p.p.

Nascono allora subito spontanee una serie di domande: come può il PM attingere informazioni da un *quid* che non è ancora, formalmente, transitato all'interno del fascicolo delle indagini per presentare le proprie richieste al GIP in materia di libertà personale? Non solo, ammesso e non concesso che il PM, nel silenzio del legislatore, possa attingere a piene mani dal predetto archivio riservato per le proprie richieste, il nuovo art. 291 comma 1 c.p.p. dispone che lo stesso PM, nel trasmettere al giudice gli elementi su cui la richiesta di misura si fonda, trasmetta anche i verbali delle intercettazioni ma solo *“limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti”*, così come, parimenti, i nuovi artt. 291 comma 1-ter e 292 comma 2-quater c.p.p. dispongono che nella relativa richiesta e, poi, nell'ordinanza applicativa, *“quando necessario”* siano *“riprodotti soltanto i brani essenziali”* delle predette intercettazioni. E allora come dovrebbe fare il PM a trasmettere i predetti verbali solo *“limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti”*? Dovrebbe omissare parti intere di verbali? O dovrebbe far trasfondere alla p.g. in un'altra, nuova, annotazione solo il contenuto di quelle parti?

La scelta del legislatore, nelle sue linee generali e per la finalità avuta di mira, appare certamente apprezzabile – soprattutto alla luce della contestuale modifica dell'art. 114 c.p.p., che esclude(rà) dal divieto di pubblicazione degli atti del procedimento l'ordinanza applicativa di misura cautelare – oltreché congruente con la riflessione che già aveva sollecitato il CSM nelle circolare ricognitiva più volte citata, allorché si era richiamata l'attenzione sulla necessità di una accurata selezione delle conversazioni da inserire nei provvedimenti cautelari – tanto nelle richieste del PM quanto nelle ordinanze del GIP – e sulla connessa necessità che tali provvedimenti siano contrassegnati da una vera e propria *“sobrietà contenutistica”*, tenuto conto della *“naturale idoneità di tali provvedimenti ad essere oggetto di attenzione mediatica in quanto collegati alla privazione della libertà personale e perché provvedimenti cronologicamente più vicini al fatto, di quanto non lo sia il momento del deposito degli atti al termine delle indagini preliminari”*, nonché avuto riguardo al fatto che *“massimo può essere in tale fase, anche in termini quantitativi, il pericolo di diffusione di informazioni sensibili derivanti dalle intercettazioni e dunque di lesione del bene della riservatezza, per cui ancor più attenta deve*

essere l'opera di verifica della rilevanza compiuta dai magistrati in questo segmento processuale"²⁰.

Se ciò sono le condivisibili premesse da cui appare aver preso le mosse il legislatore, restano tuttavia immutati gli interrogativi sopra indicati sul *quomodo* si posa procedere alla trasmissione da parte del PM delle *sole* intercettazioni rilevanti e soprattutto dei *sol*i brani essenziali.

Forse una soluzione può essere data, anche in questo caso nel silenzio del legislatore, seguendo le indicazioni che sul punto già aveva fornito il CSM nella ricordata circolare, allorché si era ritenuto auspicabile che, in simili casi, si ricorra a modalità espositive adeguate che *"non accentuino la lesione della riservatezza dei terzi estranei alle indagini, anche ricorrendo, se ritenuto opportuno e comunque funzionalmente adeguato, ad omissare riferimenti a cose o persone"*, se non strettamente necessari²¹. D'altra parte resta nondimeno valido quanto osservato dalla dottrina, secondo cui l'estrapolazione di singole frasi da una intera conversazione può comportare l'opposto rischio di un'alterazione del senso della stessa²². Spetterà, anche qui, alla sensibilità e alla professionalità del singolo magistrato compiere le proprie scelte alla luce del disposto normativo e delle indicazioni fornite nella circolare sopra ricordata.

Una volta, poi, emessa l'ordinanza cautelare, si torna tuttavia al punto di partenza: cosa verrà a questo punto inserito ai sensi dell'art. 268-ter comma 1 c.p.p. all'interno del fascicolo delle indagini preliminari? Solo i *"brani essenziali"*? Oppure i verbali e gli atti integrali relativi alle intercettazioni utilizzate per l'adozione della misura, come pure indica e potrebbe forse più fondatamente far ritenere sia tale ultima disposizione normativa, sia la disposizione di cui al nuovo art. 293 comma 3 c.p.p., la quale parla, senza aggettivazioni e distinzioni di sorta, di diritto del difensore di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate e di ottenere la trasposizione delle relative registrazioni?

Anche in questo caso, dopo che il PM abbia disposto l'inserimento all'interno del fascicolo delle indagini preliminari dei verbali, delle registrazioni e degli atti relativi alle intercettazioni utilizzate per l'adozione di una misura cautelare e ne sia così avvenuta l'acquisizione, gli stessi cessano di essere coperti da segreto istruttorio ex art. 269 comma 1-bis c.p.p., con conseguente possibilità, come detto, per i difensori delle parti di estrarne copia e di ottenere la trasposizione su apposito supporto di tali intercettazioni, venendo così sanate *per tabulas* (ma solo parzialmente e con i gravi limiti di cui subito si dirà *infra* nel prossimo paragrafo) le lacune normative originariamente presenti nel codice, che erano state colmate – come noto – solo a seguito dell'intervento della Corte costituzionale con le note sentenze additive n. 192/97 e n. 336/08.

È poi espressamente previsto, con parallelismo rispetto al nuovo art. 268-quater comma 5 c.p.p., che in caso di espunzione di intercettazioni *"ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili"* ai fini dell'emissione della misura, i relativi atti siano restituiti

²⁰ *Ivi*, 9.

²¹ *Ivi*, 15.

²² Cfr. A. CAMON, *op. cit.*, 7; C. CONTI, *op. cit.*, 83.



1/2018

al PM per la loro conservazione nuovamente nell'archivio riservato (art. 92 comma 1-bis disp. att. c.p.p.). Ciò ovviamente non osta, salvo che per le intercettazioni propriamente *inutilizzabili*, a che lo stesso PM possa in seguito attivare la procedura ordinaria per l'acquisizione delle captazioni ritenute *non rilevanti* dal GIP e di cui lo sviluppo successivo dell'indagine dimostri, al contrario, la rilevanza ai fini della prova dei fatti per cui si procede (e senza che qui si possa invece temere alcuna distruzione delle intercettazioni restituite al PM, giacché il giudizio di "non rilevanza" espresso in sede di incidente cautelare ed agli stretti fini dell'emissione di una misura non equivale né è evidentemente equiparabile a quel giudizio di "manifesta irrilevanza" cui le stesse possono andare incontro a seguito della procedura ordinaria di selezione delle registrazioni, che costituisce l'anticamera della loro possibile distruzione).

5. I diritti delle parti ed i nodi problematici di tenuta costituzionale del sistema.

Ciò premesso in punto di ricostruzione del quadro normativo, mette conto rilevare come non pochi problemi si presentino sul piano del temperamento della nuove norme con la tutela costituzionale del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e del giusto processo *ex art. 111 Cost.*

Secondo la novella, infatti, i difensori hanno, pacificamente, almeno nella prima fase, ossia fino alla cernita ed individuazione da parte del GIP delle conversazioni rilevanti da inserire nel fascicolo delle indagini preliminari, solo il diritto di esaminare e prendere visione degli atti e di ascoltare le registrazioni e prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche intercettate, ma non quello di estrarre copia degli atti e men che meno quello di ottenere la trasposizione su adeguato supporto delle comunicazioni captate, almeno fino a quando non vi sia la celebrazione dell'udienza per l'acquisizione e lo stralcio delle intercettazioni (artt. 268-bis comma 2, 268-*quater* commi 3 e 4, 269 commi 1 e 1-bis e 89-bis comma 4 disp. att. c.p.p.) e sempre che non vi sia l'emissione di un'ordinanza in materia cautelare (artt. 268-*ter* comma 1, 269 comma 1-bis e 293 comma 3 c.p.p.).

Ciò posto, sorgono subito spontanee alcune domande: è costituzionalmente ammissibile un tale sistema a "*struttura bifasica*" per la selezione delle intercettazioni rilevanti caratterizzato dal divieto per le difese di estrarre copia degli atti e delle registrazioni *già* nella prima fase del procedimento di acquisizione? Può, in tal modo, il difensore correttamente, compiutamente ed esaustivamente adempiere al proprio ufficio, senza possibilità di estrarre copia degli atti, anche e soprattutto laddove il procedimento di acquisizione delle intercettazioni rilevanti richieda lo svolgimento dell'udienza camerale partecipata di cui al nuovo art. 268-*quater* comma 2 c.p.p.? Non rischia tutto questo di ridursi ad un contraddittorio meramente (o forse ancor meno che) cartolare? Può una simile disposizione reggere ai colpi di scure di un eventuale giudizio di legittimità costituzionale o alla prova di resistenza della giurisprudenza europea?

È evidente, infatti, che laddove siano cessate le esigenze di segretezza per le indagini ed il PM, nella discrezionalità delle proprie valutazioni, non abbia ritenuto di

attivare il meccanismo del ritardato deposito delle intercettazioni di cui all'art. 268-bis comma 3 c.p.p., non si vede quali valide ragioni vi siano per precludere alla difesa la possibilità di estrarre copia degli atti e finanche di ottenere copia delle registrazioni, tanto più che in caso di mancata attivazione di tale meccanismo il PM è comunque onerato di formare l'elenco delle comunicazioni rilevanti a fini di prova di cui intenda chiedere l'acquisizione al GIP e darne addirittura formale comunicazione alle difese. In tal caso la *discovery* totale delle intercettazioni è già ampiamente avvenuta e perché quindi negare un simile diritto, che viene così notevolmente (e diremmo anche intollerabilmente) compresso?

Sul punto non si possono allora che richiamare i moniti autorevolmente espressi già anni orsono dalla Corte costituzionale, la quale nella già citata sentenza n. 192/97 ebbe invero ad osservare – con affermazione di principio di carattere universale in quanto applicabile a tutte le situazioni che presentino identici presupposti ed analoghe finalità – che *“se si riflette sulla ratio dell'istituto, il deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti deve, di regola, comportare necessariamente, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia. Al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve cioè accompagnarsi automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione”*²³.

La deroga al diritto di ottenere copia degli atti e delle registrazioni è perciò da ritenersi ammissibile nei limiti in cui essa sia ragionevole. Nel caso di specie – ci pare – la risposta non può che essere negativa, giacché, sempre volendo mutuare gli stessi insegnamenti del giudice costituzionale, *“la mera conoscenza degli atti depositati dal pubblico ministero, non accompagnata dal diritto di estrarne copia, rappresenta una ingiustificata limitazione del diritto di difesa, che nel caso di specie si pone in irrimediabile contrasto con l'art. 24 della Costituzione”*, dato che la disciplina limitativa non trova ragione nell'esigenza di segretezza delle indagini, essendo la stessa ormai definitivamente superata proprio dall'avvenuto deposito degli atti²⁴.

²³ Corte cost., 24 giugno 1997, n. 192, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3, 1015, con nota di A. GIARDA, *Un'altra tessera di garantismo per la libertà personale dell'imputato*. Si v. anche G. DI CHIARA, *Deposito degli atti e “diritto alla copia”: prodromi del contraddittorio e garanzie difensive in una recente declaratoria di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1997, 1890.

²⁴ D'altra parte, la stessa Corte costituzionale, in una successiva pronuncia (Corte cost., 20 dicembre 2000, n. 558, in *Cass. pen.*, 2001, 4, 1125 s.), nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 127 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'obbligo per il PM di depositare il fascicolo delle indagini preliminari nella cancelleria del giudice e la facoltà dell'indagato di estrarne copia ai fini della partecipazione alla predetta procedura camerale, aveva *“rincentrato la dose”*, osservando invero criticamente con riguardo alle prospettazioni contenute nell'ordinanza di rimessione come, *“per quanto concerne la facoltà delle parti di estrarre copia degli atti depositati, il rimettente sembra non avere colto la portata del principio enunciato nella sentenza n. 192 del 1997, con la quale questa Corte ha affermato che “al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve accompagnarsi [...] automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia”*”.

Le perplessità aumentano anche allorché il presunto correttivo alla mancanza di un simile diritto è rappresentato unicamente dalla possibilità per il difensore, *“in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni”*, di ottenere una proroga dal giudice, *“per un periodo non superiore a dieci giorni”*, dell’originario termine di 10 giorni entro cui il medesimo difensore ha facoltà di effettuare il controllo sulle scelte di esclusione operate dal PM e richiedere al GIP l’acquisizione di ulteriori intercettazioni rilevanti a fini di prova non comprese nell’elenco formato dall’organo inquirente.

Ma pure in tale contesto si profilano non pochi problemi in merito al meccanismo di *“ripescaggio”* delle conversazioni di cui la difesa reputi la rilevanza e richieda l’acquisizione: l’art. 268 comma 2-bis c.p.p., come visto, stabilisce invero espressamente che, qualora una conversazione sia esclusa dalla verbalizzazione (vuoi perché irrilevante, vuoi perché contenente dati sensibili), nel verbale delle operazioni di intercettazione debbano indicarsi soltanto la data, l’ora ed il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta. Tuttavia – come acutamente osservato in dottrina – *“tali dati non sono idonei a permettere alla difesa di andare ad individuare “a colpo sicuro” la conversazione che ritiene necessario far acquisire agli atti: soltanto ove la verbalizzazione menzioni anche gli interlocutori ed il tipo di conversazione omissata il lavoro di ascolto del difensore appare agevolato. Altrimenti, al fine di recuperare conversazioni non verbalizzate favorevoli alla difesa l’unica possibilità del difensore sarebbe quella di ascoltare tutte le registrazioni non verbalizzate, attività impossibile da svolgere nei tempi rapidi della procedura di stralcio”*²⁵. E, d’altra parte, sul punto neppure è molto di aiuto la norma di cui all’art. 268-quater comma 3 c.p.p., che in tali casi dispone che il giudice ordini la trascrizione sommaria, a cura del PM, del contenuto delle comunicazioni e conversazioni che siano state *acquisite* su richiesta dei difensori, giacché la norma si proietta evidentemente sulla fase *post-stralcio* e non già su quella precedente, che vede ancora il difensore alle prese con un brogliaccio sostanzialmente *“muto”*.

Il difensore allora – parafrasando *mutatis mutandis* quanto osservato dalla stessa dottrina sopra indicata – finirà per brancolare nel buio e subire le stesse sorti che la p.g. prima e il PM poi avranno impresso alle indagini tecniche, *“a meno che, grazie ad un vero e proprio “fiuto investigativo” non vada ad ascoltare una determinata registrazione e chieda poi l’acquisizione della relativa intercettazione, anche se “certo è difficile preconizzare intuizioni del genere a fronte di un brogliaccio nel quale vi siano le sole indicazioni relative alla data, all’ora ed al dispositivo su cui la registrazione è avvenuta”, giacché, al contrario e molto più verosimilmente, per il difensore “un pieno e consapevole esercizio del diritto alla prova potrà svolgersi esclusivamente laddove sia consentita la possibilità di individuare, nel mare magnum delle conversazioni rimaste impigliate nella “pesca a strascico”, quelle alla cui acquisizione l’indagato potrebbe avere interesse”*²⁶.

A tali considerazioni negative si unisce, infine, anche l’ulteriore osservazione per cui, sempre per espressa disposizione normativa introdotta dalla novella, i

²⁵ C. CONTI, *op. cit.*, 84.

²⁶ C. CONTI, *op. cit.*, 86 e 92.



1/2018

difensori potranno ascoltare le intercettazioni captate presso l'archivio riservato solo ed esclusivamente "con apparecchio a disposizione dell'archivio" (art. 89-bis comma 4 c.p.p.). Come dovrebbe fare allora il difensore, in casi contrassegnati da simili complessità e con le prevedibili limitazioni pratiche da cui il sistema risulterà inevitabilmente affetto (si pensi invero al necessario contemperamento del diritto di accesso del difensore con la limitatezza delle risorse e di personale di cui gli uffici giudiziari sono cronicamente affetti o anche con il mero rispetto degli orari di ufficio del personale delle segreterie del PM)²⁷, a compiere in tal modo le proprie scelte difensive senza che ne derivi un grave *vulnus* al proprio ufficio?

6. Considerazioni conclusive.

Molti, forse troppi, sono dunque i profili critici della nuova riforma su cui occorrerà a lungo meditare e, se del caso, correre ai ripari.

Come ebbe ad affermare condivisibilmente il CSM nella più volte citata circolare ricognitiva sulle buone prassi in materia di intercettazione, "non è infatti la raccolta del dato a rappresentare un *vulnus* al diritto alla riservatezza dei dati personali, ma l'eventuale profilo patologico della violazione delle corrette regole di gestione, nella sua duplice direzione della divulgazione non autorizzata, o comunque non giustificata da esigenze investigative o processuali, e della distruzione, perdita o modifica del dato. Solo una corretta relazione fra raccolta, trattamento, utilizzazione e finalità dell'acquisizione del dato a mezzo intercettazione costituisce presidio di garanzia e luogo di compensazione degli interessi coinvolti"²⁸.

Siamo veramente sicuri che la riforma abbia fatto tesoro e buon governo di tali indicazioni?

²⁷ Si tenga presente infatti quanto già sottolineato sul punto dal CSM nella propria circolare più volte citata nel testo, secondo cui "qualsiasi adempimento o formalità deve risolversi in un onere sostenibile da parte dell'ufficio, cioè deve risultare compatibile con la limitatezza delle risorse e con la possibilità di un'efficace gestione del procedimento e del servizio nel suo complesso" (ivi, 13).

²⁸ Ivi, 3.