

Intercettazioni e diritto difesa alla luce della Riforma Orlando

A CURA DI RINALDO ROMANELLI

(COMPONENTE DELLA GIUNTA U.C.P.I., AVVOCATO DEL FORO DI GENOVA)

La Legge delega n. 103/2017 si è posta l'obiettivo di tutelare la riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento e delle comunicazioni comunque non rilevanti ai fini di giustizia penale.

L'esigenza nasce dall'indiscussa sistematica diffusione sui *media* del contenuto e della riproduzione di atti giudiziari, spesso *sub specie* di intercettazioni telefoniche, o di conversazioni tra presenti.

Tale diffusione alimenta il c.d. "processo mediatico", a tutti noto, i cui effetti non saranno esaminati nel "Focus", che si pone il diverso fine di analizzare, con prevalente taglio pratico, le conseguenze delle modifiche introdotte dal D.lgs. n. 216/2017, sull'esercizio del diritto di difesa.

Va però osservato a riguardo che, stando alle statistiche diffuse dal Ministero della Giustizia, nel decennio 2003/2013 il numero delle intercettazioni effettuate è aumentato dell'82%.

Gli studi comparativi sull'uso di questo strumento investigativo non sono certo numerosi, ma un rapporto realizzato nel 2004 dal centro studi tedesco *Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law* ha evidenziato come l'Italia fosse, in allora, il paese con il più alto numero di intercettazioni pro capite (76 ogni 100.000 abitanti), lontanissimo da Francia (23,5), Germania (15), Gran Bretagna (6) e Stati Uniti (0,5).

Visto il consistente aumento del ricorso alle intercettazioni già ricordato, non c'è motivo di ritenere che il confronto sarebbe, in oggi, meno impietoso.

La tutela della riservatezza apprestata dalla riforma si rivolge, come ricordato, solo alle conversazioni non rilevanti ai fini penali.

In pochissimi casi però, queste sono diffuse dai mezzi di informazione; di regola restano "sepolte" nelle carte irrilevanti del procedimento e il materiale di interesse mediatico ha, normalmente, anche una qualche (almeno potenziale) rilevanza in ambito penale.

L'art. 2, comma 1, lett. b) del D.lgs. n. 216/2017 (che, in base alla norma transitoria entrerà in vigore il 26 gennaio 2019), modifica l'art. 114 c.p.p., consentendo la pubblicazione dell'ordinanza cautelare, nella quale sono usualmente contenute (anche) le trascrizioni delle intercettazioni telefoniche, o di comunicazioni tra presenti, ritenute rilevanti.

Sembra, dunque, che il sistema apprestato dal legislatore, oltre a generare le gravi limitazioni del diritto di difesa di cui trattano nel dettaglio gli autori del presente "Focus", nonché significative disfunzioni nel funzionamento della macchina giudiziaria (Pubblici Ministeri ancor meno in grado di verificare l'operato della Polizia Giudiziaria e Giudici per le Indagini Preliminari onerati di un'ulteriore significativa mole di lavoro), non determinerà una diminuzione della diffusione mediatica dei risultati intercettivi, ma semmai un aumento.

Ciò a tacere del fatto che la disposizione da ultimo ricordata fa sorgere più di qualche dubbio sotto il profilo della sua compatibilità costituzionale, posto che il legislatore delegante nulla aveva disposto sul punto e pare che il Governo abbia travalicato il perimetro delle sue facoltà.

Il tema era e resta la spettacolarizzazione del procedimento penale, attraverso l'ostensione indiscriminata dei risultati investigativi, per mezzo della quale l'indagato subisce lo stigma irreversibile della condanna pubblica, quando il processo non ha ancora avuto neppure inizio ed in spregio al principio costituzionale (e sovranazionale) di presunzione di innocenza.

Non pare che l'obiettivo di arginare tale deriva possa dirsi centrato.

Non può essere migliore il giudizio in ordine alla tutela delle conversazioni tra difensore ed assistito, risolta con la mera indicazione del divieto di verbalizzazione (regola già, di fatto, seguita nella grande maggioranza dei casi dalla polizia giudiziaria).

L'art. 103, comma 5 c.p.p. prevederebbe (il condizionale è d'obbligo) già che non sia "consentita" tale intercettazione, mentre il comma 7 sancisce solo l'inutilizzabilità dei risultati intercettivi ottenuti in violazione di tale divieto.

Il comma 7 non detta, dunque, il regime fisiologico, ma si occupa solo di sanzionare la patologia, benché, come è noto, l'orientamento costante della Suprema Corte riduca ad un controllo successivo la tutela della funzione difensiva.

Bene avrebbe fatto il legislatore ad introdurre l'obbligo di interrompere l'ascolto ove sia occasionalmente intercettata una conversazione tra difensore ed assistito, posto che il semplice divieto di verbalizzazione nulla aggiunge allo *status quo ante* e non protegge realmente la funzione.

Il rispetto effettivo e rigoroso delle prerogative della difesa e con esso la tutela della segretezza delle conversazioni con il difensore, sono la preconditione di un sistema processuale che produca una decisione giusta ed accettata come tale.

Malauguratamente, prevale del legislatore e nel sentire dei Giudici, la necessità di ascoltare e verificare il contenuto di tali conversazioni, salvo poi non poterle utilizzare in sede processuale.

Questa impostazione, orientata al risultato investigativo, che riduce la regola della riservatezza delle comunicazioni con il difensore ad un mero simulacro, è certamente da respingere poiché e bene ricordare, per dirla con Cordero che: "nel processo la caccia vale più della preda".

I principi ispiratori di uno *ius novum* difficile: ancora la parola alle circolari

DI CARLOTTA CONTI

(ORDINARIO DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE – UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE)

La riforma delle intercettazioni, attuata con il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, mira a realizzare una disciplina che tuteli la riservatezza senza penalizzare le esigenze investigative, né il diritto di difesa. Si tratta, infatti, di beni che non possono soccombere nel bilanciamento con la *privacy* la quale, pur essendo un diritto di sicuro rilievo costituzionale, appare senz'altro recessiva di fronte all'esigenza di giustizia consistente nel raggiungimento del fine accertativo del processo penale ed alla necessità di assicurare il pieno esplicarsi del diritto di difesa, specialmente della persona accusata. Come si vedrà a breve, tuttavia, entrambe le istanze appena ricordate – e in particolare la seconda – rischiano di subire una seria compromissione.

La nuova regolamentazione poggia su due cardini: anzitutto, viene introdotto il c.d. brogliaccio omissato, che non riporta le conversazioni irrilevanti; in secondo luogo, si stabilisce che soltanto le intercettazioni rilevanti siano acquisite al fascicolo delle indagini e che esclusivamente in relazione ad esse cada il c.d. segreto esterno rispetto al processo ed il correlato divieto di pubblicazione. Lo spartiacque è segnato da una procedura di stralcio su contraddittorio cartolare, finalizzata alla acquisizione delle intercettazioni. Il materiale non rilevante sarà accessibile alla difesa proprio in vista della decisione giurisdizionale sullo stralcio, ma resterà fuori dal procedimento, depositato nel nuovo archivio riservato del pubblico ministero – informato ai consolidati principi sulla tutela della *privacy* – e coperto da un segreto esterno “perenne”, che ne rende vietata la pubblicazione.

La prima linea di intervento – come noto ispirata alle circolari adottate nel 2016 da numerose Procure della Repubblica sull’onda della soluzione prospettata dalla Procura di Torino – cavalca quella peculiarità ontologica delle intercettazioni che consiste nell’esistere attraverso due supporti paralleli: la registrazione, da un lato, e la “trascrizione” intesa in senso atecnico come passaggio dall’audio allo scritto, da un altro lato. Mentre la registrazione ha natura, di regola, integrale e costituisce la “prova” vera e propria, la trascrizione ne è una rappresentazione ed è suscettibile di avere una consistenza variabile. Questa ambivalenza delle intercettazioni è stata considerata fondamentale ai fini della tutela della riservatezza. La registrazione crea minori problemi proprio per la sua magmaticità dovuta alla lunga ed ininterrotta attività di captazione: essa ha un contenuto difficilmente fruibile in assenza di un canovaccio o di indicazioni *ab extra*. Nella trascrizione, invece, c’è la notizia o comunque la chiave per andare a cercare ed approfondire la notizia attraverso l’accesso alla registrazione. Dunque, l’idea dominante è che i rischi di lesione della *privacy* siano legati alla possibilità che le trascrizioni fuoriescano dal circuito procedimentale. Il ragionamento è addirittura banale: la registrazione deve essere effettuata, deve essere integrale, deve restare fruibile nella sua interezza finché c’è una possibilità astratta di utilità, anche sopravvenuta, nel procedimento. La trascrizione può essere selettiva, può, con termine oggi à la page, “omissare” le parti non processualmente utili e dannose per la riservatezza: se la notizia non viene neppure materialmente ad esistenza, perché la trascrizione non la riporta, diventa praticamente impossibile una fuoriuscita della stessa dal circuito procedimentale.

Ferma questa intuizione, i problemi – numerosi e complessi – si pongono al momento delle scelte attuative. Occorre valutare chi decide cosa omissare, è necessario stabilire quali sono i parametri per tale decisione, è indispensabile assicurare spazi di contraddittorio su di una simile scelta. Ed è proprio su questi punti che, nell’elaborazione del decreto delegato, si sono registrati, fino all’ultimo momento, ripensamenti e limature anche sugli snodi fondamentali in ragione, tra l’altro, delle osservazioni riportate nei pareri delle Commissioni parlamentari competenti.

All’esito della riforma, è possibile individuare ben quattro gradazioni della trascrizione: 1) la verbalizzazione di data, ora e apparato; 2) la annotazione sul contenuto; 3) la verbalizzazione sommaria; 4) la trascrizione integrale. Ed è proprio su questa ampiezza variabile che si gioca la nuova disciplina. Il primo nodo da sciogliere è consistito nell’individuazione del *dominus* del verbale selettivo. Tenendo conto del fatto che un ascolto diretto del pubblico ministero sarebbe risultato impossibile, le circolari avevano affidato di regola alla polizia giudiziaria le scelte in ordine alla redazione dei brogliacci, salvo precisare che tale soggetto doveva rivolgersi al magistrato in quelli che venivano indicati come “casi dubbi”: il dubbio sulla utilità processuale della conversazione doveva essere sciolto dalla pubblica accusa.

Su questo punto, la legge-delega (legge 23 giugno 2017, n. 103) aveva in parte preso le distanze, imponendo un rafforzamento delle prerogative del pubblico ministero ed affermando che doveva essere quest’ultimo, con decreto, a decidere cosa riportare nei brogliacci d’ascolto e cosa omissare.

Il decreto delegato si è posto su questa linea, come si desume dall’art. 268, comma 2-*bis* c.p.p. che vieta la trascrizione nei brogliacci delle conversazioni non rilevanti e dall’art. 267, comma 4, ultimo periodo c.p.p., che impone alla polizia giudiziaria, ogniqualvolta intenda omissare una conversazione, perché non rilevante,

di informare preventivamente il pubblico ministero con annotazioni sui contenuti, in modo che egli possa andare ad ascoltare la registrazione e, all'esito, eventualmente disporre con decreto motivato la verbalizzazione sommaria. Nel brogliaccio la conversazione omissata è riportata attraverso la sola indicazione di data, ora e apparato. Nell'annotazione ci saranno cenni all'argomento trattato e, è auspicabile, saranno indicati gli interlocutori della stessa, in modo che il pubblico ministero sia posto in grado di condurre le proprie valutazioni *ratione cognita*. Merita precisare che l'annotazione non fa parte del brogliaccio, non è un verbale, ha soltanto la funzione di una comunicazione interna che la polizia giudiziaria predispone per il pubblico ministero.

Secondo la lettera dell'art. 267, comma 4 c.p.p., l'annotazione deve essere previamente trasmessa al magistrato non nei casi dubbi, ma in relazione ad ogni conversazione che si intenda omissare, comprese quelle in relazione alle quali non vi è alcuna incertezza perché l'irrelevanza appare manifesta. Una simile disciplina, si è subito obiettato, per un verso, impone alla polizia giudiziaria una annotazione che, con riferimento a conversazioni di tal guisa, appare pesante e inutile, talora irrealizzabile; per un altro verso, pretende un giudizio anticipato di rilevanza – elevata a criterio distintivo tra annotazione e verbalizzazione sommaria – che può risultare estremamente difficile da effettuare, specialmente ad uno stadio iniziale dell'inchiesta. In definitiva, l'annotazione potrebbe essere superflua, se la conversazione è manifestamente irrilevante, e potrebbe essere fondamentale a fronte di una situazione in cui la rilevanza non è percepibile *ictu oculi*: pertanto, se si impone la redazione di un *mare magnum* di annotazioni anche inutili, il rischio è che il pubblico ministero non sia in grado di coglierne l'importanza, non vada ad ascoltare la registrazione e si finisca per perdere una prova, con sacrificio del fine accertativo del processo penale. Al tempo stesso, se si consente alla polizia giudiziaria di non redigere l'annotazione nei casi di manifesta irrilevanza, vi è il pericolo che un errore di valutazione risulti non più emendabile ad opera del pubblico ministero, che potrebbe avere difficoltà a riascoltare ed a recuperare la conversazione senza disporre di alcun riferimento al contenuto: anche in questo caso, dunque, il rischio è quello di perdere elementi utili. All'evidenza, siffatte problematiche si complicano esponenzialmente per il difensore che, in vista di una partecipazione consapevole alla procedura di stralcio, ha tempi estremamente ridotti per accedere al materiale intercettato senza possibilità di ottenerne copia.

Proprio un simile meccanismo ha generato il contrasto esegetico che si è già manifestato tra le procure – e in alcuni casi appare formalizzato a livello di circolare – in ordine alla necessità che il previo interpellato del magistrato ad opera della polizia giudiziaria avvenga solo nei casi dubbi: i casi “non dubbi” coinciderebbero con il giudizio di “manifesta irrilevanza” della conversazione, rimesso alla polizia; i “casi dubbi” coinciderebbero con il giudizio di “non rilevanza”, rimesso al pubblico ministero. Insomma, per un primo orientamento, esisterebbe una scrematura unilaterale, senza interpellato e senza annotazione; in base ad un secondo indirizzo, ogni scrematura dovrebbe essere annotata e dunque risulterebbe sempre configurabile quel “doppio brogliaccio” di cui la stampa ha più volte parlato durante l'*iter* della riforma¹.

La questione è di difficile soluzione, perché entrambe le opzioni, come si è accennato, hanno una serie di controindicazioni. Al tempo stesso, occorre tenere presente che il vizio d'origine dell'intera disciplina è quello di non essere presidiata da sanzioni processuali che ne rendano coercibile il rispetto. Tuttavia, un dato appare certo: se si accede alla tesi della obbligatorietà dell'interpellato e dell'annotazione in ogni caso, sembra

¹ La Procura di Velletri ha diffuso una circolare, datata 15 gennaio 2018, nella quale è prescritto che la polizia giudiziaria deve sottoporre al pubblico ministero l'annotazione esclusivamente nei casi dubbi (Procura della Repubblica di Velletri, *Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni*, in www.penalecontemporaneo.it, prot. n. 378/2018, 4). Diversamente, la Procura di Bologna ha predisposto una circolare nella quale l'obbligo di interpellato del pubblico ministero è prescritto in tutti i casi e non solo nei casi dubbi (Procura della Repubblica di Bologna, 18 gennaio 2018).

mutare il principio ispiratore della riforma. Non è più vero che la tutela della riservatezza ruota attorno al verbale omissato ed alla scelta di non far venire ad esistenza la notizia; la protezione della *privacy* è rimessa alla divaricazione delle sorti delle conversazioni rilevanti (fascicolo delle indagini) e di quelle irrilevanti (archivio riservato): in definitiva, il doppio brogliaccio rende fondamentale la creazione di un doppio binario ed è assolutamente indispensabile tutelare la segretezza delle annotazioni².

Occorre tenere presente che il decreto legislativo, preso atto della delicatezza del materiale in oggetto, ha cercato di assicurare una sorta di “catena di custodia”, attuata attraverso l’inserimento nell’archivio riservato, sul quale si è lavorato negli ultimi tempi e che nella fase iniziale della riforma era soltanto abbozzato. Tuttavia, sotto un primo profilo, la *chain of custody* non è rafforzata da specifiche sanzioni penali o da efficaci sanzioni civili per una eventuale violazione; sotto un secondo profilo, il decreto legislativo nulla ha precisato sulla custodia del materiale relativo alle intercettazioni nel momento in cui esso è nella disponibilità della polizia giudiziaria, né sulla sorte delle annotazioni allorché la polizia – nel corso delle operazioni – le trasmette al pubblico ministero e, specularmente, laddove quest’ultimo – è da immaginarsi – le rimandi indietro, se del caso, ordinando la trascrizione di parti inizialmente omissate. Soltanto in relazione all’ipotesi, di nuovo conio, in cui il pubblico ministero consenta alla polizia giudiziaria la trasmissione differita rispetto allo scadere del termine per le operazioni – che probabilmente diverrà la regola al fine di consentire valutazioni più ponderate – è previsto che il magistrato fissi nel relativo decreto «le prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso» (art. 268, comma 4, ultimo periodo c.p.p.). Ebbene, sarebbe stata opportuna la previsione che analoghe prescrizioni fossero stabilite già con il decreto che dispone in concreto l’esecuzione dell’intercettazione (art. 267 c.p.p.): in tal modo, le annotazioni sarebbero state tutelate sin dal loro sorgere e, forse, a livello applicativo, sarebbe utile che queste regole fossero stabilite proprio all’interno di tale decreto, oltre che in via generale a livello di circolare.

Merita soffermarsi su di un ulteriore aspetto che, in realtà, non emerge *ictu oculi* dalla disciplina positiva introdotta nel codice ma si coglie in filigrana, in forza di una cifra esegetica ricavabile dalle osservazioni contenute nei pareri parlamentari sullo schema di decreto legislativo. Andando subito al cuore della questione, con specifico riferimento alla materia delle intercettazioni relative alle conversazioni dei difensori, occasionalmente captate, la riforma ha previsto un’ipotesi nella quale l’omissione non è accompagnata da annotazione: il nuovo art. 103, comma 7 ultimo periodo c.p.p. impone la verbalizzazione omissata, con il solo riferimento a data, ora e dispositivo su cui la registrazione è avvenuta e nel corso dei lavori preparatori, sulla scorta delle osservazioni parlamentari, è caduto il rinvio all’art. 267, comma 4 c.p.p. relativo all’annotazione, originariamente inserito nella predetta norma. Un simile schema operativo, tuttavia, può sortire un effetto domino del quale il legislatore non è apparso pienamente consapevole e che, tuttavia, appare estremamente problematico: nessuna norma, infatti, disciplina in via generale la verbalizzazione delle intercettazioni inutilizzabili, a differenza di quanto espressamente previsto anche a livello di legge-delega e, prima ancora, nelle circolari che hanno costituito il volano della riforma, in cui vi era una tendenziale equiparazione delle intercettazioni irrilevanti a quelle inutilizzabili ai fini della verbalizzazione omissata. La questione riguarda, ovviamente, non le mere inutilizzabilità procedurali – per definizione votate ad un controllo giudiziale – bensì le inutilizzabilità dovute alla necessità di tutelare gli

² Come si ricorderà, già nella delibera ricognitiva di buone prassi, adottata dal CSM nel luglio 2016, nel richiamare alla necessità di «un continuo e proficuo confronto la polizia giudiziaria delegata», si sottolineava come, da un lato, fosse opportuno evitare la redazione di sunti contenenti dati sensibili o inutilizzabili e, da un altro lato, occorresse garantire la non dispersione delle prove e la completezza del fascicolo delle indagini evitando la redazione di note o appunti separati di problematica gestione e conservazione (CSM, delibera del 29 luglio 2016, *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni*, in <http://www.csm.it/documents/21768/170343/>).

interlocutori o l'oggetto della conversazione (si pensi, in via esemplificativa, alle conversazioni su fatti coperti da segreto professionale *ex art. 271, comma 2 c.p.p.*). Oggi un espresso riferimento alle intercettazioni inutilizzabili si legge esclusivamente nell'*art. 268-quater, comma 1 c.p.p.* ove è previsto che il giudice disponga, anche d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione³.

Ebbene, con riferimento alla redazione dei brogliacci si apre un'alternativa esegetica: o si ritiene che la polizia giudiziaria sia tenuta alla verbalizzazione sommaria anche delle intercettazioni inutilizzabili, sul rilievo che l'*art. 268, comma 2-bis c.p.p.* vieta la trascrizione sommaria delle sole conversazioni non rilevanti; oppure si conclude che la polizia giudiziaria debba omettere anche le intercettazioni che ritiene inutilizzabili. In tal caso, tuttavia, non solo si è dinanzi ad una interpretazione *praeter legem*, ma si pone il problema della necessità o meno di procedere alla annotazione, poiché il combinato disposto dell'*art. 267, comma 4 c.p.p.* e dell'*art. 268, comma 2-bis c.p.p.*, di nuovo, impone l'annotazione sui contenuti delle sole conversazioni omissate perché non rilevanti⁴.

Prima di chiudere su questo punto, merita considerare un ulteriore problema che, a prima lettura, resta in ombra, ma senz'altro esiste. Occorre chiedersi cosa accada se il pubblico ministero una volta ricevuto il brogliaccio ravvisa all'interno di quest'ultimo conversazioni che, invece, avrebbero dovuto essere omissate. Questo profilo non è in alcun modo formalizzato a livello di decreto legislativo. Poiché soltanto alla scadenza del termine per le operazioni la polizia giudiziaria trasmette al pubblico ministero i verbali e le registrazioni per la custodia nell'archivio riservato (*art. 268, comma 4 c.p.p.*), occorre ritenere che in tale momento il pubblico ministero possa rimettere mano al brogliaccio e procedere direttamente al taglio: il *dominus* del verbale è il pubblico ministero il quale, ai sensi dell'*art. 267, comma 4 c.p.p.* procede personalmente alle operazioni salvo che si avvalga del delegato all'ascolto. È appena il caso di precisare che la parte tagliata dovrà comunque essere depositata nell'archivio riservato e risulterà assimilabile alle annotazioni.

Come si è accennato in apertura, un passaggio centrale della riforma è costituito dalla procedura di stralcio c.d. ordinaria e cioè fatte salve le ipotesi in cui vi sia stata applicazione di una misura cautelare. Il nuovo impianto poggia sulla scissione tra deposito in favore della difesa ed acquisizione al fascicolo che, a sua volta, appare il *pendant* della dicotomia tra segreto interno e segreto esterno al processo: il deposito – che significa accessibilità senza diritto di copia – in base ai principi generali ha ad oggetto tutto il materiale intercettativo nella sua indistinta magmaticità; l'acquisizione al fascicolo – *id est* ingresso nel circuito processuale, con possibilità di fuoriuscita sui canali informativi – concerne soltanto il materiale selezionato nel contraddittorio tra le parti.

Anche in questo caso, le modifiche prendono chiaramente ispirazione dalla circolare della Procura di Torino. In linea con i criteri della legge-delega, muta la funzione e la collocazione della procedura di stralcio che costituisce il passaggio indispensabile per acquisire le intercettazioni al fascicolo delle indagini; di qui la configurazione alla stregua di uno snodo necessitato e la scelta di un contraddittorio cartolare che solo ove «necessario» passa attraverso una udienza partecipata. È appena il caso di precisare, pure in questa ipotesi, l'assenza di sanzioni processuali che obblighino il pubblico ministero ad attivare la procedura di stralcio. Certo, essendo divenuto quest'ultimo passaggio una vera e propria condizione necessaria per l'inserimento delle intercettazioni nel fascicolo delle indagini preliminari, sarà senz'altro interesse dell'accusa, che voglia utilizzare tali elementi di prova, adire il giudice ai fini della scrematura.

³ Oltre che nella disposizione che riguarda le istanze difensive ai fini dello stralcio (*art. 268-ter, comma 3 c.p.p.*).

⁴ Nel senso della necessaria annotazione, si veda la circolare della Procura di Bologna.

Il meccanismo si innesca al momento del deposito successivo alla conclusione delle operazioni (che, come è sempre accaduto, può essere ritardato non oltre la chiusura delle indagini in caso di grave pregiudizio per le stesse, *ex art. 268-bis*, comma 3 c.p.p.). Il pubblico ministero, contestualmente al deposito, deve formare l'elenco delle conversazioni «rilevanti a fini di prova» (art. 268-*bis*, comma 1 c.p.p.) e far dare avviso ai difensori della facoltà di esaminare gli atti, prendere visione dell'elenco ed ascoltare le registrazioni (art. 268-*bis*, comma 2 c.p.p.). A tal fine, tutto il materiale resta nell'archivio riservato, ove la difesa può prenderne conoscenza nel rispetto di un principio di stretta tracciabilità. È l'art. 268-*ter*, comma 2 c.p.p. a dare una precisa cadenza allo stralcio stabilendo che entro cinque giorni dal deposito il pubblico ministero deve presentare al giudice la richiesta di acquisizione delle registrazioni contenute nell'elenco, dando contestuale comunicazione ai difensori.

Vengono poi declinate le facoltà difensive, timidamente potenziate in adempimento alle prescrizioni date dalle Commissioni parlamentari nei pareri sullo schema di decreto delegato. I difensori hanno a disposizione dieci giorni, che decorrono dalla ricezione dell'avviso di deposito *ex art. 268-bis*, comma 2 c.p.p., per richiedere l'acquisizione di registrazioni rilevanti ulteriori rispetto a quelle indicate nell'istanza del pubblico ministero, oppure per domandare l'eliminazione di conversazioni inutilizzabili o non rilevanti, contenute nell'elenco predisposto dal pubblico ministero (art. 268-*ter*, comma 3 c.p.p.). Il termine di dieci giorni, che potrebbe risultare troppo ristretto per procedere all'ascolto, può essere prorogato dal giudice per altri dieci giorni «in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni» (art. 268-*ter*, comma 3, ultimo periodo c.p.p.).

La tutela del diritto di difesa è stato, e rimane, uno dei punti dolenti della riforma, ove si abbia riguardo al disposto dell'art. 111, comma 3 Cost., a mente del quale la persona accusata deve disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la propria strategia. Se ci collochiamo dal punto di vista dell'avvocato, la situazione è la seguente: a deposito avvenuto, egli riceve l'avviso e, non avendo alcun diritto di copia, è costretto ad accedere all'archivio. Per effettuare tale accesso con razionalità, egli ha l'elenco delle conversazioni di cui il pubblico ministero chiede l'acquisizione; di queste può leggere il brogliaccio e in relazione ad esse può procedere all'ascolto delle conversazioni. In archivio può, poi, leggere le annotazioni relative alle conversazioni omissate e, grazie ad esse, sul presupposto che tutto abbia funzionato bene, ha qualche informazione su ciò che è stato considerato irrilevante e può procedere ad un ascolto mirato. Se poi si dovesse accedere alla tesi che prevede l'annotazione della polizia giudiziaria esclusivamente nei casi dubbi, tutto ciò che è rimasto nelle maglie del giudizio di manifesta irrilevanza o di inutilizzabilità, operato in solitudine da tale soggetto, si perderebbe in una massa indefinita di registrazioni, praticamente inaccessibile al difensore, privo finanche della flebile luce delle annotazioni: ben poco per esercitare il diritto di difendersi provando, che potrebbe consistere nel reperire una intercettazione utile alla strategia difensiva e, invece, considerata dagli inquirenti del tutto inutile o inutilizzabile. Sta di fatto che le predette facoltà possono essere esercitate entro dieci giorni, prorogabili di altri dieci. Certo, quando le intercettazioni sono durate a lungo e su un numero cospicuo di utenze, l'attività di ascolto, specialmente allorché risulta finalizzata al recupero di conversazioni che il pubblico ministero non ha chiesto di acquisire, può risultare difficoltosa.

Con riferimento al diritto di accesso senza diritto di copia è stata subito sollevata l'obiezione che la disciplina penalizza le difese «minori» giacché soltanto i grandi studi potranno realisticamente prendere cognizione di tutto il materiale utile. Occorre anche tenere presente che il difensore potrebbe aver avuto conoscenza delle indagini proprio al momento del deposito delle intercettazioni e, dunque, la valutazione di rilevanza nell'ottica della strategia difensiva potrebbe risultare ancora difficile da effettuare: è proprio l'imputato innocente che ha più bisogno di conoscere gli atti per comprendere cosa gli è addebitato, e su quale fondamento probatorio, in modo da calibrare la propria difesa; eppure, in vista dello stralcio, l'avvocato dovrà in qualche modo motivare al giudice la rilevanza delle conversazioni che intende recuperare. È prevedibile che più

frequente sarà il deposito delle intercettazioni in concomitanza con l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini, come anche oggi avviene, e allora il difensore avrà a disposizione – e dovrà studiare rapidamente – tutti gli atti di indagine. Anzi, i rapporti tra le facoltà esercitabili ai fini della procedura di stralcio e quelle esercitabili a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini avrebbero meritato ben altra considerazione, visto che le decisioni strategiche – nelle due sedi – possono risultare interdipendenti.

Va detto che, sotto il profilo della tutela della riservatezza, la riforma mette la parola fine a quell'orientamento giurisprudenziale che assimilava le intercettazioni ad ogni altro atto di indagine agli effetti del deposito *ex art. 415-bis* c.p.p., di modo che, prima dello stralcio, tutto il materiale ad esse relativo risultava non più segreto e finiva, se non c'era già, tra le mani dei giornalisti. Si è già accennato che la nuova disciplina è assolutamente chiara nello svincolare la caduta del segreto sulle intercettazioni dalle vicende relative al deposito. Si tratta di un aspetto significativo, sul quale occorre soffermarsi: dal punto di vista sistematico si profila un segreto *sui generis*, che deroga rispetto alle regole tracciate dall'art. 329 c.p.p. Per un verso, quest'ultima norma viene integrata nel suo disposto in modo da chiarire aspetti che in passato potevano risultare ambigui: si precisa espressamente che coperti dal segreto sono non soltanto gli atti di indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, ma anche «le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste» (art. 329, comma 1 c.p.p.). Per un altro verso, tuttavia, la disposizione continua a stabilire che il segreto cade nel momento in cui gli atti divengono conoscibili per la difesa. Soltanto per le intercettazioni, a prescindere dal deposito e dall'accessibilità in favore della difesa, il segreto perdura fino all'ordinanza che conclude la procedura di stralcio (art. 268-*quater*, comma 3 c.p.p.); ma anche allora esso cade solo parzialmente, in relazione ai materiali acquisiti, mentre ciò che non è entrato nel fascicolo delle indagini preliminari resta coperto da un "segreto esterno perenne", insensibile alle ostensioni alla difesa, e custodito nell'archivio riservato⁵. Ovviamente, i materiali acquisiti, saranno pubblicabili nei soli limiti stabiliti dall'art. 114, comma 7 c.p.p.⁶.

Il successivo art. 268-*quater* c.p.p. disciplina la procedura di stralcio ad opera del giudice per le indagini preliminari che ha autorizzato, convalidato o prorogato le intercettazioni (art. 268-*quater*, comma 6 c.p.p.). È proprio valorizzando questa disposizione che si prospetta la creazione di una vera e propria competenza funzionale del giudice delle intercettazioni, chiamato a svolgere una sorta di incidente su questo tema specifico: grazie ai provvedimenti già presi nella materia *de qua* – ma anche più in generale nel corso delle indagini preliminari – il giudice potrà orientarsi nell'attività di stralcio⁷. Decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste, egli dovrà disporre l'acquisizione delle registrazioni indicate dalle parti con ordinanza emessa in camera di consiglio senza l'intervento di queste ultime (art. 268-*quater*, comma 1 c.p.p.)⁸. È significativo considerare quali sono i criteri che guidano tale attività: il giudice dovrà disporre l'acquisizione sulla base delle indicazioni delle parti, salvo che le conversazioni risultino «manifestamente irrilevanti» e dovrà ordinare «anche d'ufficio» lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Pare, dunque, di ravvisare in questa fase l'operatività di quel principio dispositivo attenuato che, nel nostro sistema, informa di sé la materia della prova. È significativo che il criterio della irrilevanza si attenui con l'aggiunta dell'agget-

⁵ Tale disciplina trova ulteriore conferma all'art. 269, comma 1-*bis* c.p.p. La norma, con riferimento agli atti custoditi nell'archivio riservato, precisa che «non sono coperti da segreto i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo delle indagini, acquisizione che avviene, ovviamente, terminata la procedura di stralcio».

⁶ Una eventuale trasgressione integrerà la pur blanda contravvenzione *ex art. 684* c.p.

⁷ Così SPANGHER, *Intercettazioni: il "nuovo" ruolo del giudice*, in *Quotidiano giuridico*, 11 gennaio 2018.

⁸ Tutti i termini in materia di intercettazioni debbono ritenersi ordinatori.

tivo “manifesta”. La disciplina sembra tener conto del fatto che, per la decisione, il giudice potrebbe avere a disposizione ben poco: non il fascicolo, bensì le allegazioni della difesa e le memorie che le parti possono presentare fino a che non sia intervenuta la decisione, oltre alla conoscenza del procedimento maturata nel momento in cui è stato chiamato ad emettere i decreti relativi alle intercettazioni. In realtà, vi è chi prospetta che proprio grazie alla competenza funzionale introdotta dalla riforma ed attraverso quella prassi virtuosa, seguita da alcune Procure, che consiste nel trasmettere il fascicolo delle indagini al giudice chiamato a decidere sulle intercettazioni, tale soggetto sia messo in grado di aprire una vera e propria finestra giurisdizionale che assicuri un controllo effettivo. L'ultimo periodo dell'art. 268-*quater*, comma 1 c.p.p. precisa che, al fine di operare le proprie valutazioni, il giudice potrà procedere all'ascolto delle registrazioni, operazione da condursi, peraltro, nei cinque giorni dalle richieste, termine che, per quanto ordinario, appare assai ristretto.

Al termine della procedura di stralcio, qualora vengano acquisite conversazioni originariamente omissate, il giudice ordina al pubblico ministero di procedere alla predisposizione dei brogliacci (art. 268-*quater*, comma 3 c.p.p.). Le registrazioni acquisite ed i relativi verbali sono inseriti nel fascicolo delle indagini.

Solo a questo punto, si affaccia per la prima volta il diritto alla copia in favore della difesa: con esclusivo riferimento alle conversazioni acquisite, i difensori possono fare eseguire la trasposizione delle registrazioni acquisite su idoneo supporto ed ottenere copia dei verbali (art. 268-*quater*, comma 4 c.p.p.). Per contro, tutti i materiali relativi alle intercettazioni non acquisite sono immediatamente restituiti al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato (art. 268-*quater*, comma 5 c.p.p.), avvolti in un segreto perenne, fatta salva la possibilità, riconosciuta alle parti, di richiederne l'acquisizione in un momento successivo, qualora ne ritengano la rilevanza originariamente esclusa (artt. 422, comma 4-*bis*; 472, comma 1, ultimo periodo c.p.p.). Quanto alla trascrizione integrale delle conversazioni acquisite, è stata introdotta una apposita disposizione che ne colloca il luogo sistematico nel dibattimento, subito dopo le richieste di prova (art. 493-*bis* c.p.p.).

Proseguendo nell'esegesi delle linee fondamentali della riforma, si profila un terzo fronte di intervento costituito dall'acquisizione delle intercettazioni nell'incidente cautelare. Si tratta di una materia peculiare per la delicatezza di uno snodo in cui gli interessi in contrasto raggiungono la più alta tensione: sono massime le esigenze investigative, massime le esigenze difensive, massimo l'interesse mediatico, il tutto con possibili frizioni con la riservatezza.

Nell'incidente *de libertate*, ferma restando la selezione operata a monte al momento della redazione dei brogliacci, la peculiarità consiste nel fatto che si è di fronte ad una acquisizione precoce ed unilaterale, operata dal pubblico ministero, che fa saltare, almeno in prima battuta, il meccanismo dello stralcio in contraddittorio (art. 268-*ter*, comma 1 c.p.p.). L'art. 291, comma 1 c.p.p. precisa che nel materiale presentato al giudice a sostegno della richiesta cautelare sono compresi i brogliacci d'ascolto «limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti». Occorre tenere presente che – a dispetto delle sollecitazioni provenienti da più parti – nessuna previsione espressa impone al pubblico ministero di produrre tutte le intercettazioni favorevoli alla difesa. Al fine di prospettare un'esegesi correttiva, occorrerà ritenere, anzitutto, che una conversazione favorevole alla difesa debba per ciò solo essere considerata rilevante; in secondo luogo, che il generale obbligo di presentare «tutti gli elementi a favore dell'imputato», stabilito nell'ultima parte dello stesso art. 291, comma 1 c.p.p., si riferisca anche ai brogliacci delle intercettazioni, menzionati subito prima nella medesima frase.

L'art. 291, comma 1-*bis* c.p.p. reca quella norma per così dire di “etica giudiziaria” su cui tanto si è soffermata l'attenzione mediatica: «quando è necessario, nella richiesta sono riprodotti soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate». La stessa previsione è stabilita in relazione all'ordinanza del giudice (art. 292, comma 2-*quater* c.p.p.). Accogliendo le sollecitazioni prospettate dal CSM nella delibera sulle buone prassi, si impone di evitare virgolettati che potrebbero ledere gratuitamente la *privacy* senza alcuna contropartita in termini di utilità per il procedimento. Il primo, più appariscente, collegamento sistematico si delinea con riferimento alla introduzione della pubblicabilità dell'ordinanza cautelare (art. 114, comma 2 c.p.p.): la previsione,

per quanto peregrina, anche in ragione dell'assenza di analoga regolamentazione ad esempio in relazione alla decisione del tribunale della libertà, mostra la sua natura estemporanea, volta a soddisfare la libertà di manifestazione del pensiero evitando il c.d. mercato nero della notizia. La modifica, tuttavia, rende necessario evitare che, per il tramite dell'ordinanza cautelare, vengano pubblicati sulla stampa brani di intercettazioni i quali, pur rilevanti, ove presi nella loro integralità possano comportare il contraccolpo di una lesione della riservatezza. Sotto un profilo più ampio, la nuova disciplina va colta nel raccordo con il principio di autonoma valutazione valorizzato in sede cautelare con la legge 16 aprile 2015, n. 47: nell'ordinanza applicativa il giudice deve esporre il proprio apprezzamento degli indizi e delle esigenze cautelari senza appiattirsi sulle richieste del pubblico ministero. Ed alla norma, quasi didattica, sull'impiego delle intercettazioni nell'ordinanza cautelare è collegata quella peculiare entrata in vigore in due tempi della riforma: come è noto, l'intera disciplina dei brogliacci selettivi diverrà efficace decorsi sei mesi dalla pubblicazione, salva la disposizione sulla pubblicabilità dell'ordinanza cautelare in relazione alla quale è previsto il più lungo termine di un anno.

Si è detto che nel procedimento incidentale il pubblico ministero dispone unilateralmente l'acquisizione al fascicolo e decide quali sono i brogliacci da produrre con la richiesta *de libertate*. Celata in una norma di attuazione c'è anche la disciplina dei poteri di controllo del giudice della cautela (art. 92 disp. att.). La disposizione regola al primo comma la trasmissione dell'ordinanza cautelare al pubblico ministero affinché questi ne curi l'esecuzione. Ebbene, il nuovo comma 1-*bis* stabilisce che, contestualmente alla trasmissione del provvedimento, «sono restituiti al pubblico ministero per la conservazione» nell'archivio riservato «gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili». Da tale disciplina – che costituisce una conferma della scarsa perspicuità ed organicità delle nuove norme in tema di acquisizione cautelare – pare potersi argomentare che il giudice della cautela ha il compito di controllare le scelte del pubblico ministero in ordine alle intercettazioni, alla stessa stregua di quanto accade in sede di stralcio nel procedimento principale. Invero, rispetto a quest'ultima disciplina, spicca il mutamento del parametro di riferimento per il filtro giurisdizionale, giacché la norma in oggetto prevede un giudizio di “non rilevanza” anziché di manifesta irrilevanza.

È il momento di esaminare l'attivazione del diritto di difesa nella fase *de qua*. Ai sensi dell'art. 293, comma 3 c.p.p., una volta avvenuto il deposito successivo all'esecuzione della misura – e quindi dopo che il giudice ha operato il controllo sulle scelte del pubblico ministero – «il difensore ha diritto di esame e di copia dei verbali» delle intercettazioni presentate con la richiesta del pubblico ministero ed «ha in ogni caso diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni». Viene così codificata la disciplina introdotta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 336 del 2008 e meglio definita dalla sentenza delle Sezioni unite Lasala del 22 aprile 2010. Anzi, in assenza di un termine specificamente previsto, le possibilità difensive saranno rimesse a quegli obblighi di diligenza e buona fede reciproca, tratteggiati *illo tempore* dal Collegio esteso con riferimento ai rapporti tra pubblico ministero e difensore: come è noto, per la Suprema Corte, se il pubblico ministero non avesse messo tempestivamente a disposizione della difesa il predetto materiale, le intercettazioni sarebbero risultate non fruibili nelle impugnazioni *de libertate*⁹.

In ogni caso, risulta evidente come in materia cautelare nessuno spazio sia riconosciuto all'interlocuzione, anche successiva, della difesa con riferimento alla rilevanza delle intercettazioni se non nell'ambito dei rimedi impugnatori. In tale contesto, se per un verso, l'avvocato potrà addurre l'irrilevanza di intercettazioni poste a base della cautela – senza peraltro che sia in alcun modo disciplinato uno stralcio delle stesse dagli

⁹ Sul punto, v. circolare della Procura di Bologna.

atti del procedimento in questa fase – per un altro verso, non è configurato alcun canale di recupero di intercettazioni non acquisite e non prodotte dal pubblico ministero, giacché in favore della difesa si procede esclusivamente al deposito delle intercettazioni (parrebbe) poste a base della misura (art. 293, comma 3 c.p.p.): l'ostensione dell'intero materiale avviene soltanto nel procedimento principale, una volta terminate le operazioni e al fine dello stralcio.

A quest'ultimo proposito, in materia cautelare si configura una disciplina *sui generis* il cui raccordo con la procedura di stralcio non è espressamente considerato se non dall'art. 268-ter, comma 2 c.p.p. Quest'ultima norma, nel disciplinare lo stralcio nel procedimento principale, precisa che esso ha luogo «fuori dai casi» in cui il pubblico ministero abbia già disposto l'acquisizione delle intercettazioni per l'adozione di una misura cautelare (ai sensi del primo comma della medesima norma), con ciò alimentando il dubbio che nei procedimenti in cui vi è stata l'applicazione di una misura cautelare, lo stralcio in contraddittorio non debba avvenire. Tuttavia, le falle aperte nel diritto di difesa dalla disciplina dell'acquisizione cautelare rendono auspicabile un'interpretazione differente che imponga comunque nel procedimento principale la celebrazione della procedura di stralcio con il pieno dispiegarsi delle garanzie in favore della difesa. L'argomento dirimente, che spinge a tale conclusione, deve ravvisarsi nel rilievo che nell'incidente *de libertate* non è in alcun modo contemplata una *discovery* totale delle intercettazioni né in favore del giudice, né in favore della difesa, che ha il diritto di accesso e di copia esclusivamente con riguardo alle intercettazioni poste a base della misura, dopo lo stralcio unilaterale condotto, in più tempi, dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal giudice. Pertanto, resta fondamentale quel deposito omnicomprendente che l'art. 268-bis c.p.p. colloca al termine delle operazioni captative e che risulta finalizzato a garantire il contraddittorio con la difesa in ordine alla acquisizione; occorre tenere presente, poi, che potrebbero esserci anche altri indagati, rimasti estranei alla vicenda cautelare.

La peculiarità dello stralcio ordinario, che avvenga in un procedimento nel quale sia stata applicata una misura cautelare, consiste nel fatto che il pubblico ministero ha già disposto l'acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini al momento della richiesta. Pertanto, al termine della procedura di stralcio – che verosimilmente avrà luogo in un momento successivo alla vicenda *de libertate*, coincidente con la chiusura delle indagini preliminari – tali atti si troveranno già nel fascicolo delle indagini ed il contraddittorio avrà la finalità di eliminare ciò che risulta non rilevante, ovvero di aggiungere ciò che appare utile per l'accertamento del fatto, se del caso traendo ulteriore materiale dalle intercettazioni svolte successivamente all'applicazione della misura cautelare.

L'annotazione ex art. 267 comma 4 c.p.p. come strumento per le parti di conoscenza del materiale intercettato

DI PATRIZIA CAPUTO

(PROCURATORE AGGIUNTO TORINO)

Il decreto legislativo 29 dicembre 2017 n.216 ha introdotto nell'ordinamento processualpenalistico, in attuazione della delega ricevuta dal governo con L. 23.6.2017 n.103, una nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche.

Si legge nella relazione di accompagnamento del decreto legislativo: “Già da tempo sono allo studio diverse proposte di revisione della disciplina delle intercettazioni, fondamentale strumento di indagine, che deve tuttavia poter salvaguardare al contempo – realizzando un giusto equilibrio fra interessi parimenti meritevoli di tutela a livello costituzionale – sia la libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost.) che il diritto all’informazione (art. 21 Cost.)”. ed ancora “Dette disposizioni perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall’attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l’indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell’attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova”. Pare dunque potersi affermare senza tema di smentita che il legislatore, approvando questa riforma attesa ed annunciata da anni, ha operato un bilanciamento di interessi fra vari diritti costituzionalmente tutelati riservatezza, libertà e segretezza delle informazioni, diritto di informazione. In tale quadro però ad uscire nettamente soccombente è senza ombra di dubbio il diritto di difesa la cui compressione raramente ha raggiunto livelli quali quelli previsti dal decreto legislativo in esame.

Il decreto legislativo disegna un percorso dell’intercettazione tutto teso ad evitare la circolazione del materiale acquisito fino a quando questo non sarà o utilizzato per una richiesta di emissione di misura cautelare o passato al vaglio del Giudice che ne decreterà l’acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari. Nel frattempo “le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono” saranno custoditi nell’archivio riservato previsto dall’art. 269 co. 1 c.p.p. (art. 89 bis co. 1 disp. att. c.p.p. come inserito dall’art. 5 del D.lgs 216/17) e “i difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchi a disposizione dell’archivio, ma non possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti ivi custoditi” (art. 89 bis co. 4 disp. att. c.p.p.).

Tralasciando in questa sede l’esame del momento dell’incidente cautelare, la cui disciplina ricalca quella attualmente in vigore, con possibilità del difensore di esame e di copia dei verbali delle operazioni ed anche delle fonia riferite alle conversazioni poste a base della misura, diritto di copia che non era previsto nella prima stesura del decreto delegato¹⁰, occorre verificare come e se vi siano possibili interpretazioni e/o attuazioni del nuovo dettato normativo che permettano al difensore di esercitare con effettività il suo mandato, in particolare essendo messo in condizione di conoscere, nella maniera più completa ed agevole possibile tutto il materiale intercettato, nei brevi tempi messi a disposizione dal dettato dell’art. 268 ter co. 3 c.p.p.

La nuova disciplina prevede che la polizia giudiziaria trascriva nel verbale delle operazioni (il c.d. brogliaccio) solo le conversazioni o comunicazioni che non rientrino nelle categorie di cui all’art. 268 co. 2 bis c.p.p. e 103 co. 8 c.p.p. (introdotti rispettivamente dall’art. 2 co. 1 lett. d) n. 1 2 co. 1 lett. a) del D.Lgs. 216/17), che sono, le prime, quelle rientranti nella categoria delle conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l’oggetto che per i soggetti coinvolti, o perché contenenti dati personali definiti sensibili dalla legge, le altre, quelle intercorrenti con il difensore. Di tali conversazioni nel verbale possono essere annotati unicamente la data, l’ora e il dispositivo su cui è intervenuta la registrazione.

L’eccesso di potere della polizia giudiziaria nella cernita del materiale rilevante che molti hanno evidenziato è arginato, se non come vedremo annullato, dalla previsione contenuta nella nuova formulazione dell’art.

¹⁰ La modifica si è resa certamente necessaria per seguire le indicazioni in tema della Corte Costituzionale (sentenza 336/2008) e della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza 22 aprile 2010 Lasala)

267 co 4 c.p.p., che prevede che l'ufficiale di polizia giudiziaria quando provvede a norma dell'art. 268 co 2 bis c.p.p. (ovvero omette la trascrizione nel verbale delle conversazioni ivi indicate) informa preventivamente il pubblico ministero con annotazione sui contenuti delle conversazioni e comunicazioni. Il pubblico ministero con decreto motivato può disporre la trascrizione nel verbale delle conversazioni che ritenga rilevanti per i fatti oggetto di prova. Se le conversazioni contengono dati sensibili per poter essere trascritte devono essere rilevanti *a fini di prova* e non solo per i fatti oggetto di prova.

L'annotazione di cui all'art. 268 co. 2 bis c.p.p., da ricondurre senza dubbio al *genus* di cui all'art. 357 c.p.p.¹¹, è destinata ad essere trasmessa all'archivio riservato, senza che sia mai previsto un suo transito nel fascicolo del pubblico ministero o il rilascio di copie.

Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, se non viene chiesto al Giudice per le Indagini Preliminari un differimento di tale termine, il Pubblico Ministero deve effettuare il deposito in cancelleria, di tutto il materiale relativo alle intercettazioni: annotazioni, verbali, registrazioni, decreti che hanno autorizzato le operazioni o la proroga, nonché l'elenco delle conversazioni e comunicazioni che ritiene rilevanti ai fini di prova e di cui intende chiedere al GIP l'acquisizione al fascicolo delle indagini.

A questo punto i difensori hanno tempo dieci giorni, termine eventualmente prorogabile dal giudice, in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni, per un periodo non superiore a dieci giorni, per esaminare il materiale depositato, ascoltare le registrazioni e avanzare la proprie richieste al Giudice di acquisizione di conversazioni e comunicazioni non comprese nell'elenco del pubblico ministero o di espunzione di quelle inutilizzabili o non trascrivibili. L'esame degli atti e il riascolto possono essere eseguiti solo dal difensore (non dall'imputato o da collaboratori di studio) all'interno dell'archivio riservato.

Appare di tutta evidenza che in un processo di media complessità il difensore non potrà che "fidarsi" di quanto indicato dal Pubblico Ministero, a meno che non si riescano ad individuare strumenti di tipo giuridico ed organizzativo che lo mettano effettivamente in grado di prendere conoscenza di quanto contenuto nel fascicolo delle intercettazioni.

A parere di chi scrive lo strumento giuridico che può essere utilizzato per raggiungere tale fine è quello dell'annotazione di cui all'art. 267 co. 4 c.p.p.

A tal proposito si legge nella relazione di accompagnamento del decreto legislativo che: "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.". Tale affermazione non pare invero essere conforme a quanto indicato nell'art. 267 co. 4 dove si prescrive che "l'ufficiale di polizia giudiziaria provvede a norma dell'art. 268 co. 2 bis, informando *preventivamente* il pubblico ministero con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni". Infatti non vi è nel dettato normativo alcuno spazio di discrezionalità per l'ufficiale di PG che ogni volta che riterrà una conversazione non trascrivibile dovrà informare il pubblico ministero. L'informazione non potrà poi che consistere in una illustrazione del contenuto della conversazione¹² di ampiezza tale da permetterne una valutazione in termini di rilevanza per i fatti oggetto di prova o addirittura per i fini di prova.

¹¹ L'indicazione emerge esplicitamente dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo

¹² È da chiedersi se avendo il legislatore nell'art. 268 co. 2 bis c.p.p., vietato la trascrizione anche sommaria di questa categoria di intercettazioni con riferimento al verbale, tale divieto debba valere anche per la particolare annotazione destinata al Pubblico Ministero per le sue valutazioni. Personalmente anche per quanto si verrà a dire in seguito e in considerazione del fatto che l'annotazione non è destinata ad alcuna forma di pubblicità, propenderei per la soluzione negativa, che avrebbe il vantaggio di permettere al pubblico

Occorre ancora rilevare che il legislatore nell'indicare ciò che può essere trascritto nel verbale delle operazioni non ha fornito alcuna indicazione sul regime delle intercettazioni inutilizzabili diverse da quelle intercorrenti con il difensore, quali ad esempio: le intercettazioni in ordine alle quali non siano stati rispettati i limiti di ammissibilità (art. 266 c.p.p.), le intercettazioni con soggetti depositari del segreto professionale, (art. 200 c.p.p.), intercettazioni non previamente autorizzate dalla Camera di appartenenza eseguite nei confronti di un parlamentare (art. 4 L. 140/2003), le intercettazioni delle comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza e ai servizi di informazione per la sicurezza (art. 270 bis c.p.p.).

Volendo cercare di dare una motivazione a tale omissione si può osservare che le cause di inutilizzabilità appena elencate hanno in comune la particolarità di non essere di immediata rilevanza o di necessitare di una attività giurisdizionale ulteriore che rilevi o rimuova la causa di inutilizzabilità. Da ciò si deve far conseguire che non può essere rimessa alla competenza della polizia giudiziaria delegata all'ascolto la valutazione sull'inutilizzabilità di tali conversazioni, qualora anche si consideri che la rilevata inutilizzabilità, per analogia con quanto disposto per le conversazioni con i difensori dall'art. 103 co. 8 c.p.p. comporta il divieto assoluto di trascrizione nel verbale e l'impossibilità di farne oggetto di annotazione ex art. 267 co. 4 c.p.p.. Verrebbe quindi del tutto sottratta all'Autorità Giudiziaria la possibilità di esercitare quella che è una sua esclusiva prerogativa.

Per evitare che tali conversazioni rimangano nel limbo del non regolamentato, a parere di chi scrive, è necessario che del contenuto di tali comunicazioni venga data notizia con l'annotazione di cui all'art. 267 co. 4 c.p.p. al Pubblico Ministero perché questo possa esercitare oltre al controllo sulla rilevanza per i fatti oggetto di prova o a fini di prova, anche quello sulla esistenza di cause di inutilizzabilità o sulla necessità di richiedere la rimozione del divieto.

Sempre a parere di chi scrive si deve fare un ulteriore passo avanti: l'annotazione di cui all'art. 267 co. 4 c.p.p. deve servire al Pubblico Ministero per valutare la rilevanza delle conversazioni in essa contenute rispetto ai fatti oggetto di prova o ai fini della prova. Tale giudizio non può essere assoluto, ma deve per forza fare riferimento al materiale già classificato come rilevante dalla Polizia Giudiziaria ed essere letto in relazione e all'interno di questo. Se si prevede che nell'annotazione vengano inserite anche le conversazioni già ritenute rilevanti, la lettura, anche con il rispetto dell'ordine cronologico, di tutto il materiale intercettato permetterà certamente di emettere un giudizio "più consapevole" sulla necessità di trascrivere materiale segnalato come irrilevante.

Una annotazione che contenga l'indicazione del contenuto di tutte le conversazioni e comunicazioni e non solo di quelle non trascritte nel verbale delle operazioni, ma anche di quelle ritenute rilevanti, permetterà anche al difensore di orientarsi con maggiore facilità all'interno del materiale intercettato con la sicurezza di poter conoscere tutto ciò che è stato ascoltato e che può essere utile alla difesa.

Non pare che nulla osti a questa soluzione: il difensore ha il diritto di ascoltare tutto il materiale registrato, non può esservi dunque dubbio sull'inesistenza di limiti a che il suo compito venga facilitato dalla presenza di un atto scritto che viene a svolgere, ai fini della consultazione del materiale in deposito, il ruolo che attualmente svolge il c.d. brogliaccio.

Non paiono nemmeno potersi ipotizzare rischi di divulgazione del materiale intercettato atteso che l'annotazione è destinata a rimanere nell'archivio riservato, senza possibilità di rilasciarne copia.

ministero prima e al difensore poi, di valutare la valenza della conversazione senza l'intermediazione dell'attività riassuntiva della polizia giudiziaria.

Si può ancora prevedere, e sarebbe altamente auspicabile, ma per ogni determinazione sul punto occorre attendere il decreto di cui all'art. 7 co. 3 D. Lgs. 216/17, che l'annotazione venga redatta se non solo, anche in formato elettronico e possa quindi essere consultata attraverso sistema informatico.

Non è certo quella suggerita la soluzione a tutte le questioni in materia di diritto di difesa che il decreto legislativo 216/2017 solleva, ma certamente può andare nella direzione di favorire quella conoscenza degli atti che costituisce la base per l'esplicazione di tale fondamentale diritto.

Non ci si deve comunque nascondere che, in questa fase, molti altri ostacoli si frapperanno alla necessità di permettere l'accesso al materiale intercettato quali, ad esempio, la mancanza di locali e di risorse, materiali e fisiche, presso gli uffici di Procura per poter effettuare il deposito del materiale intercettato e il riascolto delle foniche.

Limiti all'accesso della difesa alle intercettazioni: una soluzione inefficace per la privacy che viola i principi del giusto processo

DI GIUSEPPE MILICIA

(AVVOCATO DEL FORO DI PALMI)

C'è tutto nella riforma delle intercettazioni per comprendere lo stato di salute del diritto di difesa, gli equilibri delle forze in campo, la capacità di incidere sugli indirizzi della politica giudiziaria e sui contenuti della legislazione da parte delle componenti attive della giurisdizione.

È un fatto che i decreti attuativi della delega emanata con la legge 103\17, traducono in norme cogenti le disposizioni interne diramate da alcune importanti Procure, quelle che maggior credito riscuotono presso gli uffici legislativi del Ministero.

Nelle materie particolarmente complesse giova all'efficacia l'esperienza di chi le norme le applica e conosce i fenomeni da regolare; e non è certo inedito che il legislatore attui progetti definiti da apparati burocratici.

Ma gli obiettivi delle riforme dovrebbe governarli la politica. Altrimenti può verificarsi che perseguendo apparentemente condivise finalità se ne realizzino in concreto anche (o solo) altre, nemmeno dichiarate, e per tale ragione sottratte al dibattito.

Non è necessario attendere che tale capitolo della riforma vada a regime per avvedersi della scarsa efficienza delle norme rispetto alla garanzia della riservatezza delle comunicazioni riguardanti persone estranee al processo o comunque contenenti dati sensibili *ex art.4.1 lett.d) l.196\03*. Il punto è che al centro del sistema, mutuato dalle menzionate linee guida adottate da alcune Procure, v'è l'idea che la riservatezza si tuteli sottraendo al rischio di pubblicazione ciò che l'investigatore scarta perché ritiene non utile per sostenere l'accusa. E l'idea appare fin troppo ingenuamente eccentrica rispetto al focus della possibile soluzione.

1)Le intercettazioni peculiarmente nocive per la privacy, perché investono estranei o contengono i c.d. "*dati sensibili*" (previsti dall'art 4, lett. d, D.Lgs 30 Giugno 2003 n. 196 (c.d. Codice della Privacy, e relativi a opinioni politiche o religiose, sfera sessuale, stato di salute), sono statisticamente una percentuale assai ridotta della massa delle conversazioni captate dall'inquirente. E, tuttavia l'abusiva diffusione dei dati sensibili su indagati e terzi estranei, nella stragrande maggioranza dei casi, non riguarda le captazioni "scartate" bensì quelle cui la PG ed il PM annettevano e continueranno ad annettere un valore ai fini della dimostrazione dei

fatti. Non accade mai che si pubblichi una intercettazione di cui l'investigatore deputato all'ascolto non abbia annotato un profilo d'interesse. Anche perché ciò che non è apparso di interesse investigativo, lo vedremo, rimane confinato in uno spazio indefinito, quale elemento di una massa di dati protetti dalla loro stessa indistinta quantità e dall'assenza di un sistema di ricerca che ne renda praticabile la consultazione. Se tali sono i contorni del fenomeno non è chi non colga la manifesta incongruenza dei mezzi previsti dalla riforma rispetto al fine della protezione della privacy. La secretazione dell'irrelevante a giudizio della PG, che seleziona per rafforzare la tesi ricostruttiva dell'accusa, non impedirà le pubblicazioni nocive.

Tale banale evidenza era alla base del meccanismo di filtro e protezione dei dati sensibili, che le Linee Guida della Procura di Torino aveva messo a punto nel febbraio del 2016. Diametralmente opposto a quello adottato dalla riforma: formino la PG ed il PM l'elenco delle intercettazioni su informazioni sensibili e ne propongano in contraddittorio con la difesa la secretazione. Sul resto valgono le regole generali; in particolare per ciò che attiene i diritti di accesso della difesa alla documentazione delle attività intercettive regolati alla stregua di tutti gli altri esiti delle indagini preliminari.

Il decreto attuativo, s'è detto percorre altra via, secretando indistintamente ciò che l'accusa ritiene inutile ai suoi fini (artt.268 *bis* co.2; 268 *quater* co.5; 269 co.1; 89 disp.att.). Se l'obiettivo fosse stato davvero quello di imprimere una "stretta" alla diffusione di informazioni riservate ed inutili al processo, non sarebbe stato necessario attentare al più delicato degli equilibri interni del processo che si realizza attraverso la discovery.

Il sistema realizzato nulla aggiunge alla tutela della privacy; sottrae solo conoscenze alla difesa indispensabili per l'esercizio delle sue facoltà; codifica la sottrazione al controllo della difesa (e del Giudice) dei criteri della selezione operata dall'accusa sul materiale investigativo accumulato in mesi o anni di ascolto. Si potrà conoscere la ragione dell'inclusione del materiale che PG e PM hanno stimato rilevante (secondo le statistiche lo 0,1% di quello che viene analizzato dagli inquirenti). Non si potrà di fatto conoscere e controllare la ragione dell'esclusione di ciò che è stato ritenuto irrilevante. E soprattutto la difesa non potrà di fatto ricercare quanto rilevante per confutare la tesi ricostruttiva del PM ovvero per avvalorare un'alternativa ricostruzione dei fatti.

2)La conferma dell'eterogenesi dei fini è data da altro dato dell'esperienza giudiziaria, ben noto agli operatori. La riforma non innova, si limita a codificare la prassi che già nei fatti rende impraticabile l'accesso della difesa alla massa delle intercettazioni scartate dal PM. Il divieto di estrarne copia – che equivale al divieto di effettiva conoscenza – impedirà di ottenere quanto già era divenuto enormemente difficoltoso ottenere.

Ormai da anni, documentazione relativa alle intercettazioni, disponibile nei fascicoli depositati, consiste esclusivamente negli atti relativi alle autorizzazioni e nei verbali di inizio e fine ascolto

I flussi telematici con le informazioni sui dati "esterni" alla comunicazione, al pari delle registrazioni, sono solo virtualmente depositati nel fascicolo. I supporti informatici che li contengono sono materialmente detenuti "altrove". E "altrove" non corrisponde all'apposito ufficio della Procura della Repubblica. Nell'attività di riproduzione dei supporti, le segreterie dei PPMM si limitano a veicolare le istanze del difensore alla PG che ha di fatto la gestione delle banche dati anche in fase successiva al "virtuale" deposito.

Ottenuti i supporti dopo defatiganti ritardi, che di fatto procrastinano di mesi (o di anni) la discovery, si avvia opera di consultazione di mole a volte sterminata di dati (nel documento del 20.11.17 con le Osservazioni sullo schema di decreto, inviate alle Commissioni Giustizia dei due rami del Parlamento dai titolari di sei importanti Uffici di Procura, si rileva che un servizio di intercettazione di appena 15 giorni, sul "reticolo relazionale" di un indagato produce ordinariamente la registrazione di "migliaia" di conversazioni) enormemente complicata dalla mancata redazione dei brogliacci di ascolto con le sintesi delle conversazioni intercettate (il divieto introdotto dall'art.268 co.2 *bis*, prevede ciò nella prassi è in atto ormai da anni) che impedisce ricerche mirate;

Per rendere chiara la dimensione della difficoltà può essere utile esemplificare avendo riguardo alla realtà di una sede giudiziaria come quella di Reggio Calabria. Una richiesta di accesso alle intercettazioni "scartate" pre-

sentata nel Settembre 2017, dopo la conclusione delle indagini preliminari in maxiprocedimento per reati mafia contro 41 imputati, è stata solo in parte evasa (meno della metà del materiale richiesto – 50 dvd da 4 giga byte di memoria ciascuno – è stato fornito in copia) mentre era in corso l'udienza preliminare tra il dicembre e gennaio 2018 dopo che è stato incaricato il perito *ex art. 268 cpp* di trascrivere delle intercettazioni (quelle indicate dal PM essenzialmente) e già si erano effettuate le scelte dei riti alternativi. In un altro caso – maxiprocedimento di criminalità organizzata con 44 imputati – il duplicato è stato richiesto nel luglio 2017 mentre si svolgeva l'udienza preliminare e ad oggi, con il dibattimento di I grado in corso da mesi, non è ancora stata resa disponibile nemmeno una delle registrazioni richieste. E quando mai si otterrà la copia, la difesa dovrà impegnarsi in una ricerca “cieca” visto che risulteranno annotati per sintesi solo i contenuti di quanto ritenuto rilevante dalla PG.

Anche sotto questo profilo la riforma, con il divieto di annotazione dei contenuti delle “intercettazioni irrilevanti ai fini delle indagini”, lo si è detto, non innova, codifica una prassi.

L'oscuramento su ciò che la PG ritiene irrilevante (“l'area buia” di cui si preoccupano gli stessi “sei Procuratori della Repubblica” nelle osservazioni sullo schema di decreto) è praticato da una decina di anni. Senza che ciò abbia mai giovato alla protezione della privacy, impedendo l'abuso della pubblicazione di dati lesivi della privacy di indagati ed estranei ai fatti per cui si procede.

Se ciò è vero, se la riforma fotografa l'esistente, la formalizzazione del divieto di rilascio di copia alla difesa, non sarà utile a modificare le condizioni che hanno fin qui favorito l'indebita diffusione di informazioni attinenti la riservatezza delle persone anche non coinvolte nel processo. Ma al tempo stesso sottrarrà al cittadino conoscenze fondamentali per l'esercizio di suoi inviolabili diritti nel processo.

Le tecnologie della sorveglianza dotano le agenzie investigative del potere di preventiva definizione dei contorni del sapere processuale. Un pacchetto di “prove” precostituite e ritagliate sulla tesi che l'accusa sosterrà in giudizio, vengono riversate nel fascicolo pronte ad essere utilizzate secondo le istruzioni contenute negli enciclopedici elaborati della PG. Anziché incrementare le opportunità di accesso, controllo e verifica della massa delle risultanze dello spionaggio digitale, delle modalità della loro acquisizione e selezione, la riforma le ottunde e depotenzia, creando nuovi ambiti di segretezza. È una riedizione nemmeno troppo sofisticata di un modello di stampo inquisitorio con acquisizione probatoria basata sul principio di Autorità. Lo conferma la visione di fondo espressa dai sei importanti Procuratori della Repubblica in sede di commento critico allo schema di decreto. Espropriata la difesa del suo ruolo, il cittadino dovrebbe recuperare garanzie attraverso il paternalistico supporto del PM, armato di cultura della giurisdizione e perciò stesso nelle condizioni di contenere, con le sue “ponderate valutazioni sulla rilevanza”, le conseguenze “della naturale propensione della PG a privilegiare gli elementi a carico”.

Se una più penetrante ingerenza del PM è l'alternativa al monopolio della PG, la svolta autoritaria del processo è già nei fatti.

D'altro canto, il caldeggiato recupero di influenza dei PM nei confronti della PG sulla “scelta” del materiale probatorio estratto dalle conversazioni, sembra appartenere alla retorica dei discorsi più che alla realtà degli obiettivi perseguiti. Lo dimostrano i correttivi proposti (si limiti la PG a non verbalizzare il “manifestamento” irrilevante; conservi le registrazioni per tutta l'indagine la PG perché le sia consentito la rivalutazione postuma del materiale) tendenti a confermare una prassi – quella attuale – in cui la PG detiene ampiamente il controllo di tutte le operazioni di selezione.

La posizione del Giudice che secondo la riforma chiamato a plurimi incidentali interventi (*art.268 quarter, 422 co.4 bis, art.92 co.1 bis disp. att.*) non mi pare che sia utile ad incrementare il tasso di garanzia del sistema (dal rischio di sottrazione di sapere utile all'esercizio di facoltà e diritti della difesa) Anche perché se il contraddittorio è depotenziato, se criteri di selezione per la malintesa esigenza di riservatezza saranno opachi, la previsione di un controllo del Giudice – senza fascicolo – non potrà incidere sul riequilibrio delle facoltà della difesa.

Inutile sottolineare che l'incremento del termine per la consultazione delle registrazioni depositate (10 giorni prorogabili di altri dieci – art.268 *ter* co.3 –) è, nella sostanza, del tutto influente sull'esigenza della difesa di conoscenza effettiva del materiale intercettivo. La durata ed il numero dei servizi di intercettazione effettuati nel caso di maxi inchieste sul crimine organizzato, producono migliaia di ore di intercettazioni che richiederebbero mesi di attenta applicazione, anche per l'assenza di informazioni (annotazione sintetica dei contenuti) che orientino la ricerca. D'altro canto, la rilevanza di contenuti di intercettazione può emergere anche nel corso del processo e l'idea che ciascuna esigenza sopravvenuta possa risolversi attraverso nuovi e ripetuti accessi sorvegliati alla sala d'ascolto peraltro riservata ai difensori senza possibilità di diretto intervento da parte dell'indagato/imputato, senza la possibilità di avvalersi di attrezzatura propria, conferma il profilo puramente formalistico della previsione di facoltà che non potranno essere utilmente esercitate.

Il divieto di rilascio di copia determina impossibilità di conoscenza. Che non incide soltanto sul diritto di difendersi provando; e cioè, in concreto, sull'opportunità di ricercare prove a discarico. Ma anche sull'essenziale diritto di conoscere gli elementi su cui l'incolpazione è basata. Che deve ritenersi violato dagli ostacoli frapposti alla conoscenza completa del tessuto comunicativo da cui la prova d'accusa è estratta.

Mi pare che si stagli con una certa chiarezza – e dunque meriti massima attenzione – il divario delle nuove disposizioni con i precetti costituzionali e convenzionali in tema di giusto processo.

La (pre)selezione ad opera della polizia giudiziaria nell'economia complessiva della riforma

DI SILVIA RENZETTI

(DOTTORESSA DI RICERCA IN PROCEDURA PENALE NELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA – AVVOCATO DEL FORO DI LANCIANO)

DANIELE VICOLI

(PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE NELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)

SOMMARIO: 1. Una premessa di ordine sistematico: il mancato intervento sui presupposti applicativi delle intercettazioni. – 2. La problematica (pre)selezione dei colloqui ad opera della polizia giudiziaria. – 3. Il controllo (effettivo?) del pubblico ministero. – 4. La "rincorsa" della difesa.

1. Una premessa di ordine sistematico: il mancato intervento sui presupposti applicativi delle intercettazioni.

La nuova procedura acquisitiva dei risultati delle intercettazioni – pur apprezzabile per l'intento di rafforzare la tutela della riservatezza – suscita più d'una perplessità in relazione ad alcune scelte che, sebbene non ancora testate sul terreno dell'esperienza pratica, lasciano intravedere, già a una mera lettura del dato normativo, un'incerta tenuta.

Prima di volgere lo sguardo alle nuove disposizioni, *in parte qua* destinatarie di brevi riflessioni, conviene partire da ciò che la legge non dice. In linea con precedenti progetti riformatori – che, come noto, hanno affollato, quasi senza soluzione di continuità¹³, l'agenda parlamentare delle diverse legislature – la riforma decide di intervenire solo a “microfoni spenti”, vale a dire dal momento in cui l'attività di registrazione si arresta. Non s'incide, dunque, sui presupposti applicativi (art. 267 c.p.p.), ma solo sul meccanismo di selezione e acquisizione che prende avvio al termine delle operazioni.

Il dibattito sul tema è noto: «riducendo le intercettazioni – a monte – si riduce – a valle – la divulgazione»¹⁴. In una simile prospettiva, una novella ispirata ed interamente modellata sulla tutela della *privacy*, sia pure entro una cornice di compatibilità con le esigenze di giustizia, forse avrebbe dovuto cercare, in prima battuta, di razionalizzare l'impiego del mezzo che di quel valore rappresenta la principale insidia. Per la verità, questa logica non incontrava unanime consenso; e certamente non quello del Consiglio Superiore della Magistratura, secondo cui la causa del *vulnus* alla riservatezza andrebbe individuata non nella raccolta del dato, bensì nella sua eventuale patologica gestione¹⁵.

Invero, almeno in linea teorica, non si può negare un rapporto d'implicazione tra il piano che attiene all'uso dello strumento investigativo e quello riguardante la diffusione dei dialoghi intercettati. Il punto, semmai, è stabilire quale tipo di intervento sui presupposti di applicabilità favorirebbe una riduzione in termini numerici delle intercettazioni o, comunque, un loro utilizzo più accorto.

È vero: l'ascolto di conversazioni irrilevanti a fini probatori non potrà mai essere del tutto impedita, neppure da un irrigidimento dei requisiti applicativi¹⁶; dunque, la salvaguardia della riservatezza è una partita che, in definitiva, si gioca sul campo della selezione di quanto già captato.

Tuttavia, se, come di frequente accade nella prassi, il mezzo di ricerca della prova viene impiegato non per vagliare una notizia di reato, ma – secondo la famigerata immagine della “rete a strascico”¹⁷ – per inseguirla, allora un più restrittivo ricorso alle intercettazioni finirebbe per comportare un decremento percentuale dei colloqui irrilevanti che restano tra le maglie della rete.

In quest'ottica, tra le proposte avanzate nel corso degli anni (il panorama è ampio e, senza pretesa di esaustività, va dalla previsione di gravi indizi non di reato ma di colpevolezza¹⁸ al rafforzamento degli *stan-*

¹³ Il moto di riforma delle intercettazioni ha avuto inizio non molti anni dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale, facendosi particolarmente intenso con la concomitante presentazione, nel corso della XII legislatura, di più progetti di legge. I relativi testi sono pubblicati in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1005 s., con introduzione di G. ILLUMINATI, *Intercettazioni da riformare. Introduzione* (p. 1004) e commento di C. CESARI, *Privacy, diritto di cronaca, intercettazioni: la ricerca di nuovi equilibri nelle proposte all'esame del Parlamento*, 1280.

¹⁴ Così testualmente G. SPANGHER, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1209. Considerazione che affiora anche nei contributi di M.L. DI BITONTO, *Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 14 s.; A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle Procure ispirano la riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, 640; e, molto prima, P. FERRUA, *Due temi da distinguere nel dibattito sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 486.

¹⁵ Si veda la Delibera del 29 luglio 2016 «*Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni*», consultabile sul sito internet www.csm.it.

¹⁶ Sul punto, v. l'opinione di A. NAPPI, *Sull'abuso delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 470 s., drastico nell'escludere la necessità e, prima ancora, l'opportunità di una riforma dei presupposti applicativi.

¹⁷ La cui paternità appartiene a G. GIOSTRA, *Intervento*, in AA. VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, Milano, 2009, 402.

¹⁸ In questo senso, il d.d.l. presentato al Senato il 29.09.2005 (cfr. Senato della Repubblica, XIV legislatura, *Disegni di legge e relazioni*, doc. n. 3612); la proposta di legge presentata alla Camera il 3.08.2006 (cfr. Camera dei deputati, XV Legislatura, *Disegni di legge e relazioni*, doc. n. 1587) ed anche una prima versione delle c.d. progetto Alfano, vale a dire il d.d.l. presentato alla Camera il 30.06.2008, nel testo approvato in sede referente dalla Commissione Giustizia della Camera (*ivi*, doc. n. 1415-206-406-1510-1555-1977-A). La so-

dard motivazionali¹⁹), spicca quella sostenuta da una parte della dottrina²⁰ e di cui si rinviene traccia anche lungo le tappe del cammino riformatore²¹. In sintesi, scartata la possibilità di subordinare le intercettazioni alla sussistenza di gravi indizi già orientati verso un determinato soggetto, la cui individuazione rientra tra i fini a cui è funzionale il mezzo captativo, la tesi è questa: rendere indispensabile che preesista non solo un solido compendio indiziario in ordine ad un dato reato, ma anche un collegamento tra lo stesso e le utenze da intercettare. Così si potrebbe evitare l'odioso fenomeno delle c.d. "intercettazioni esplorative", peraltro candidamente denunciato anche da alcuni rappresentanti della magistratura, attraverso l'efficace immagine delle «intercettazioni che si protraggono e proliferano alla ricerca di qualcosa di indefinito»²².

V'è da dire che simile approdo è stato raggiunto dalla giurisprudenza più rigorosa²³: si sta facendo strada l'idea che il legame tra l'ipotesi di reato e i soggetti da intercettare sia sotteso al requisito dell'assoluta indispensabilità di cui all'art. 267 comma 1 c.p.p.²⁴, in sintonia con la logica dell'*extrema ratio* che dovrebbe caratterizzare lo strumento investigativo. Tuttavia, la cristallizzazione di questo indirizzo nel tessuto normativo, tale da imporre al giudice di esplicitare siffatto raccordo nei decreti autorizzativi, avrebbe giovato al radicarsi di un doveroso approccio di rigore²⁵.

Si potrebbe replicare che l'irrobustimento degli obblighi motivazionali lasci il tempo che trovi, poiché gli stessi sono soggetti a facili manovre elusive. Eppure, l'innesto sopra suggerito, per il grado di dettaglio che lo contraddistingue²⁶, avrebbe di certo messo un freno alle "autorizzazioni in bianco" concesse nella prassi, i cui prodotti, a fronte della modifica di segno restrittivo, sarebbero senza dubbio andati incontro alla scure dell'inutilizzabilità. Da ultimo, si può ricordare che perfino dalla magistratura requirente si era levato un grido d'allarme circa il fatto che «l'indispensabilità ai fini investigativi è requisito la cui valutazione è talmente elastica da aver perso una qualsiasi incidenza»²⁷. Una spinta in più per intervenire anche a monte, cioè sul versante dei limiti all'impiego delle intercettazioni.

luzione appare piuttosto isolata in dottrina: si vedano P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 44 e 102; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 53.

¹⁹ In questo senso, il d.d.l. n. 1512/2007 di iniziativa del Ministro Mastella.

²⁰ Per tutti, v. V. GREVI, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche intercettate» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 334; G. ILLUMINATI, già nei suoi scritti più risalenti sulle intercettazioni e, di recente, *La tutela della segretezza delle comunicazioni tra vecchio e nuovo codice*, in AA. VV., *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi a un anno dalla sua scomparsa*, Cedam, 2011, 100 s.

²¹ Cfr. il § 14 della Relazione alla «Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale» (elaborata dalla Commissione ministeriale presieduta da Giuseppe Riccio, luglio 2007).

²² P. PROFITI, *Intervento*, in AA. VV., *Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?*, in *Questione giustizia*, 2006, 1217, il quale, ancor più esplicitamente, ammette che «talvolta con le intercettazioni si cercano indizi per costruire una gravità indiziaria che inizialmente è tale solo in quanto non vi sono, nel senso che non sono ancora stati acquisiti elementi di segno contrario», 1216.

²³ Si veda, in particolare, Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 12722, LOMBARDI STRONATI, in *C.E.D. Cass.*, n. 243241 (pronuncia ritenuta particolarmente significativa proprio perché inaugura una linea di rigore nell'interpretazione dei presupposti applicativi delle intercettazioni), poi seguita da Cass., Sez. V, 17 novembre 2016, n. 1407, *ivi*, n. 268900. Peraltro, indicazioni in senso rigorista circa l'apparato motivazionale del provvedimento autorizzativo, con particolare riferimento alla fondatezza dell'ipotesi accusatoria, si possono far risalire già alla fondamentale e nota pronuncia della Corte costituzionale n. 34 del 1973.

²⁴ G. ILLUMINATI, *La tutela della segretezza delle comunicazioni*, cit., 110 e, nello stesso senso, E. MARZADURI, *Relazione*, in AA. VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, Milano, 2007, 260.

²⁵ Si consideri che, prima di tali approdi, la giurisprudenza era orientata in senso tutt'altro che rigoroso in ordine all'interpretazione dell'art. 267 comma 1 c.p.p.

²⁶ Una specificazione di questo tenore appare di certo più efficace della soluzione contenuta nel "progetto Mastella" (v. *supra*, nota 7), volta ad inserire nell'art. 267 comma 1 c.p.p. una «autonoma valutazione» sulla sussistenza dei gravi indizi di reato e dell'indispensabilità ai fini delle indagini quale requisito della motivazione, a pena di inutilizzabilità dei relativi risultati.

²⁷ P. PROFITI, *Intervento*, cit., 1216.

Il tema qui succintamente esposto non è privo di nessi con i contenuti della riforma, anzi funge da premessa per almeno due ragioni.

In primo luogo, affiora un rilievo di carattere metodologico. Se, come risulta palese, le radicali modifiche della procedura acquisitiva sono state ispirate anche (se non prevalentemente) dalla necessità di reagire alle dinamiche abrogatrici della c.d. udienza stralcio²⁸, viene da chiedersi perché in materia di presupposti ex art. 267 comma 1 c.p.p. non si sia potuto operare in senso inverso, cioè traducendo in legge gli approdi della giurisprudenza più virtuosa.

In secondo luogo, s'affaccia un timore. A fronte del silenzio riservato al piano dei requisiti applicativi e, per contro, del rimodellamento *ab imis* della fase acquisitiva, bisogna augurarsi che, quanto meno, la riforma non abbia un effetto *boomerang*, inducendo a un uso ancor più disinvolto delle intercettazioni in nome delle garanzie offerte dall'azione "ripulitrice" della nuova e più rigorosa procedura selettiva.

In questa deprecabile ipotesi, le smagliature della trama normativa diverrebbero ancor più preoccupanti. Tra queste, ci si soffermerà su una in particolare, che desta una certa apprensione soprattutto sul versante della difesa, ma, per certi aspetti, anche agli occhi della magistratura: l'inedita preselezione dei colloqui affidata alla polizia giudiziaria.

2. La problematica (pre)selezione dei colloqui ad opera della polizia giudiziaria.

La nuova procedura acquisitiva si dipana attraverso più passaggi²⁹, che dovrebbero minimizzare, fino ad annullare del tutto, il rischio di divulgazione del materiale irrilevante.

In questo scenario, il primo filtro viene affidato alla polizia giudiziaria delegata all'ascolto. Lo si ricava dal combinato disposto degli artt. 268 comma 2 *bis* e 267 comma 4 ultimo periodo c.p.p.: l'uno pone il divieto di trascrizione, anche in forma riassuntiva, delle conversazioni «irrelevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti» nonché di quelle «parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge»; l'altro prescrive di riportare nel verbale delle operazioni soltanto i dati esteriori di tali colloqui (data, ora e dispositivo bersaglio della registrazione), mentre il relativo contenuto sarà riassunto in una separata «annotazione» da inviare preventivamente al pubblico ministero.

Evidente la *ratio* del divieto: la carta "viaggia" in modo più rapido e agevole di una registrazione. Quindi, a fronte dell'esperienza quotidiana, che vede nella precoce³⁰ circolazione dei c.d. brogliacci³¹ una delle principali cause della (gratuita) violazione della *privacy*, si è optato per un approccio radicale, capace di impedire a monte

²⁸ È noto che tra le cause della scarsa tutela della riservatezza derivante dall'impiego delle intercettazioni vi fossero non solo alcuni punti deboli della normativa, ma anche la sistematica disapplicazione dell'udienza stralcio prevista dal vecchio art. 268 c.p.p., che la prassi aveva estirpato dalla sede naturale per collocarla, il più delle volte, *in limine* al dibattimento, con ciò che ne conseguiva in termini di pubblicizzazione dell'intera mole delle conversazioni intercettate, rilevanti o meno.

²⁹ Definiti impietosamente come le «volte dell'arabesco» da G. GIOSTRA, nell' articolo pubblicato sul *Sole24ore* del 20 dicembre 2017.

³⁰ Non solo una volta caduto il segreto interno (che, secondo il combinato disposto degli artt. 268 comma 6, 329 comma 1 prima parte e 114 commi 2 e 7 c.p.p. veniva meno, con conseguente possibilità di pubblicazione del solo contenuto, dopo che i risultati delle intercettazioni vengono messi a disposizione della difesa), ma, molto spesso, addirittura prima.

³¹ Come anche nella loro testuale riproduzione nei provvedimenti del giudice per le indagini preliminari, primi fra tutti quelli cautelari, aspetto sul quale la riforma parimenti interviene, ma che non sarà oggetto di attenzione nel presente scritto.

la trascrizione dell'irrelevante, così che non vi sia nulla da diffondere³². Di conseguenza, il rischio che abbiano risalto colloqui inutili a fini di giustizia dovrebbe sensibilmente scemare, poiché, da una parte, gli stessi non assumeranno forma cartacea e, dall'altra, le relative registrazioni saranno destinate all'archivio riservato ex art. 269 c.p.p., istituito proprio per custodire il materiale non oggetto di acquisizione, che rimarrà coperto dal segreto, salvo il diritto di accesso del giudice per le indagini preliminari e del difensore dell'imputato.

La perentorietà della scelta, tuttavia, è temperata dal carattere reversibile, grazie al meccanismo di recupero affidato al pubblico ministero, a tal fine destinatario dell'annotazione contenutistica di cui all'art. 267 comma 4 c.p.p. Il magistrato, esaminate le indicazioni che gli forniscono i suoi ausiliari, può decidere di valorizzare colloqui che la polizia giudiziaria intenderebbe scartare. Entro la cornice di tale vaglio, a fungere da bussola sono due distinti criteri: la «rilevanza per i fatti oggetto di prova», che diviene «necessità» in relazione a quelli contenenti dati sensibili.

Ricapitolando: se durante l'ascolto la polizia giudiziaria a ciò delegata reputi irrilevanti determinati dialoghi, deve astenersi dal trascriverli nei brogliacci, riportando solo data, ora e dispositivo registrato (art. 268 comma 2 *bis* c.p.p.), ma previo invio di un'annotazione al pubblico ministero (art. 267 comma 4 c.p.p.), il quale può decretarne il recupero, disponendone la trascrizione, ove ricorrano i criteri sopra ricordati (art. 268 comma 2 *ter* c.p.p.).

Sul nuovo congegno ideato dal legislatore si può avanzare, sia pur a prima lettura, più di una riserva, già a partire dalle condizioni sulla base delle quali esso dovrebbe attivarsi. Il divieto di trascrizione scatta – come si è visto – in relazione a due categorie di colloqui, là dove la seconda (le conversazioni «parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge») risulta, all'evidenza, già ricompresa nella prima (le conversazioni «irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti»). La distinzione recupera significato, però, con riferimento al secondo passaggio della procedura, poiché il pubblico ministero – che intenda estrarre dal materiale irrilevante (*rectius* ritenuto tale dalla polizia) conversazioni dal contenuto “sensibile” – non potrà limitarsi ad una valutazione di segno contrario (dall'irrilevanza alla rilevanza), ma dovrà giustificare il recupero in base al più pregnante *standard* della necessità. Parametro, quest'ultimo, senza dubbio più rassicurante sotto il profilo della tutela della riservatezza, ma che è fonte di molte perplessità in chiave di ragionevolezza (basti pensare a quelli che sono gli ordinari criteri di ammissione della prova). Di qui, si arriva al problema più generale, che attraversa l'intera novella, del difficile equilibrio tra protezione della *privacy* ed esigenze di accertamento del reato.

In ogni caso, rispetto allo specifico snodo qui in esame, la tecnica normativa si rivela tutt'altro che infallibile. Se di fatto il riferimento ai dati sensibili assume una valenza selettiva solo rispetto al secondo *step* (il vaglio del pubblico ministero), allora sarebbe stato coerente inserirlo nella relativa disposizione (art. 268 comma 2 *ter* c.p.p.), senza così ingenerare dubbi di sorta né per l'interprete, né – soprattutto – per chi le norme deve applicarle, peraltro in un contesto caratterizzato da estrema rapidità.

Al cospetto della scelta trasfusa in legge, invece, residua qualche incertezza, dettata dal tentativo di trovare un senso al dato testuale. In particolare, la collocazione del distinguo – in termini letterali sterile – già nell'ambito dell'art. 268 comma 2 *bis* c.p.p. porta a interrogarsi circa possibili significati nascosti. Una ipotesi è che quella bipartizione dovrebbe fungere come una sorta di “condizionamento occulto” per la polizia giudiziaria, chiamata ad una maggiore cura – nel compiere il giudizio di rilevanza finalizzato alla trascrizione – quando

³² Nei medesimi termini, C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni della “delega Orlando”*, in *Dir. pen. contemp.*, n. 3/2017, 80, già nel commentare la relativa disposizione della legge delega (art. 1 comma 84, criterio direttivo lett. a n. 5 l. n. 63/2017) e A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni*, cit., 641 s., nell'analizzare le soluzioni in tal senso proposte dalle varie circolari delle Procure.

in gioco vi siano dati sensibili³³. Il che non sarebbe, di per sé, un grosso problema, se non alla luce della difficoltà di assumere una decisione rapida, se non immediata, sulla base di indicazioni a dir poco confuse³⁴.

L'alternativa a percorsi esegetici dalle basi malferme è quella di leggere nell'espressa – quanto inutile – menzione dei dati sensibili in seno all'art. 268 comma 2 *bis* c.p.p. la volontà meramente didascalica di attribuir loro risalto, nell'ambito di una normativa che erige a baluardo la tutela della riservatezza. Peraltro, è singolare come l'enfasi che il legislatore riserva alle informazioni sensibili scompaia dopo l'iniziale scrutinio del pubblico ministero. Man mano che la procedura si dipana, infatti, i parametri acquisitivi tornano ad essere quelli della rilevanza (per le richieste delle parti)³⁵ e, addirittura, della manifesta irrilevanza (per la decisione del giudice)³⁶, mentre nessun regime particolare è dettato per le conversazioni intrise di dati sensibili.

Messo da parte tale aspetto, sul quale si deve ammettere che la novella risulta piuttosto oscura, un ulteriore dubbio in merito al vaglio preselettivo della polizia giudiziaria concerne il parametro della irrilevanza in sé considerato. Il decreto delegato, distanziandosi parzialmente dalla legge delega³⁷, cerca di circostanziarlo mediante l'aggancio all'oggetto ed ai soggetti coinvolti. Tuttavia, resta la difficoltà di operare una simile diagnosi in una fase così arretrata del procedimento, per di più da parte di un organo che non padroneggia le indagini nel loro complesso e che, quindi, potrebbe non cogliere l'apporto di determinati colloqui rispetto agli scenari investigativi³⁸. Peraltro – e si torna a quanto osservato nel primo paragrafo – manca l'ausilio di una più precisa definizione del presupposto indiziario, che fungerebbe, così, da guida per riempire di sostanza quelli che, in questo frangente, appaiono concetti piuttosto sfuggenti³⁹.

Sull'intero congegno aleggia poi un'incognita di fondo, che riguarda la stessa opportunità di affidare alla polizia giudiziaria un compito così delicato. Oltre alle difficoltà operative, dovute a criteri incerti, è d'obbligo chiedersi se tale organo sia effettivamente in grado, anche per ragioni legate al carico di lavoro, di compiere simili valutazioni contestualmente all'ascolto e in una fase precoce dell'indagine; e, soprattutto, se abbia la sensibilità necessaria, anche sotto il profilo dell'esigenza di saper cogliere l'importanza in chiave difensiva di determinati dialoghi. Inclinatione che difetta in capo alla polizia giudiziaria, non foss'altro per il ruolo rivestito.

³³ Uno spunto in tal senso sembra potersi rinvenire nelle linee guida del 18 gennaio 2018 che la Procura di Bologna ha diramato dopo l'approvazione della riforma («*La nuova disciplina delle intercettazioni. Profili di interesse per la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero*»), nella parte in cui si legge che la polizia giudiziaria deve evitare di trascrivere nei brogliacci le «conversazioni manifestamente irrilevanti e non pertinenti rispetto ai temi di indagine, specie allorquando abbiano ad oggetto dati sensibili riguardanti sia l'indagato, sia terze persone non indagate o non intercettate direttamente», 7.

³⁴ Si consideri che la redazione dei brogliacci, di norma, dovrebbe essere contestuale all'ascolto, sebbene nella prassi tale contestualità sia difficilmente realizzabile.

³⁵ V. artt. 268 *bis* comma 1 e 268 *ter* commi 2 e 3 c.p.p.

³⁶ V. art. 268 *quater* comma 1 c.p.p. A parte il problema dei dati sensibili, è evidente che la disomogeneità dei parametri selettivi previsti per le varie fasi della procedura acquisitiva non risulta ragionevole ed è destinata a creare problemi applicativi.

³⁷ Che indicava quali parametri preselettivi la «pertinenza» rispetto «all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini» ovvero «l'irrilevanza ai fini delle indagini con riferimento a «fatti o circostanze ad esse estranei» (art. 1 comma 84, criterio direttivo lett. *a* nn. 1 e 4 l. n. 103/2017).

³⁸ Nello stesso senso C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni*, cit., 82 s., la quale ritiene comunque più preciso il canone della pertinenza.

³⁹ In questi termini, C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni*, cit., 83.

3. Il controllo (effettivo?) del pubblico ministero.

Ai dubbi lasciati aperti in chiusura del precedente paragrafo, si potrebbe replicare osservando che una preselezione dei colloqui veniva compiuta, di fatto, anche prima della riforma, non potendosi ragionevolmente ritenere che nei brogliacci fossero trascritte tutte le conversazioni oggetto d'ascolto da parte della polizia giudiziaria⁴⁰. Quindi, tale pratica riceverebbe, in fin dei conti, solo una veste formale, alla luce dei parametri esplicitati. È stato inoltre osservato come la polizia giudiziaria, in ogni caso, resti solo un delegato all'ascolto: la fase rimane comunque presidiata dal pubblico ministero⁴¹.

In quest'ottica, diviene, allora, indispensabile verificare se il controllo del pubblico ministero sulle iniziali scelte della polizia giudiziaria – così come delineato dall'art. 268 commi 2 *bis* e 2 *ter* c.p.p. – costituisca un presidio effettivo.

Più d'una ragione, in realtà, induce a una risposta di segno negativo.

Innanzitutto, emerge un problema che concerne i tempi di intervento del pubblico ministero. La Relazione di accompagnamento al decreto legislativo è molto chiara al riguardo: il magistrato deve essere interpellato, mediante l'annotazione, «prima che sia formato il verbale, proprio per orientarne la redazione». Del resto, non sembra esservi spazio per una differente lettura, stante l'avverbio «preventivamente» inserito nell'art. 267 comma 4 c.p.p., che – proprio per il significato letterale – il Governo ha scelto di non sostituire con il più generico «tempestivamente», come aveva invece suggerito la Commissione Giustizia del Senato durante l'*iter* di approvazione del decreto⁴².

Ciò porta a risolvere in senso obbligato anche un ulteriore interrogativo pratico, già a suo tempo segnalato da taluna delle circolari – elaborate dalle diverse Procure della Repubblica – dalle quali, come noto, la riforma ha tratto ampi spunti. E cioè quello riguardante le regole operative secondo cui la polizia giudiziaria deve interpellare il pubblico ministero: se ad ogni conversazione di senso compiuto oppure anche per parti di essa⁴³. Ebbene, se il controllo del magistrato deve essere preventivo, allora non si può che optare per la prima soluzione, a meno di rendere ancor più farragginosa la relativa procedura, con l'organo dell'accusa compulsato ogni tre battute di un dialogo⁴⁴.

E allora, se questi sono tempi e modalità dello schema relazionale che deve instaurarsi tra polizia e pubblico ministero (se, cioè, ad ogni colloquio considerato irrilevante – e, secondo una certa lettura, perfino nei casi in cui sia semplicemente in dubbio⁴⁵ – l'operatore di polizia è tenuto a consultare il pubblico ministero,

⁴⁰ Secondo A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni*, cit., 641, la formulazione dell'art. 268 comma 2 c.p.p. non è cristallina, ma sembra imporre che vengano riassunti tutti i dialoghi registrati.

⁴¹ In questo senso G. SANTALUCIA, *Intervento* al Convegno "La recente riforma del processo penale: una prima verifica", Torino, 10 novembre 2017.

⁴² Si consultino le *Schede di lettura* "Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni", redatte con riferimento alla seconda versione del decreto legislativo (Atto del Governo n. 472 *bis*), pubblicate sul sito www.senato.it, 13 s. e 22 s.

⁴³ Se ne preoccupa, in particolare, la Procura di Frosinone nella circolare adottata, come puntualmente segnala A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni*, cit., 645.

⁴⁴ A questa soluzione, peraltro, era giunta la dottrina, sulla base di considerazioni da condividere, cioè ritenendo che la sottoposizione al pubblico ministero di interi colloqui – pur comportando qualche rischio per la *privacy*, potendo veicolare anche brani irrilevanti – risulti comunque maggiormente affidabile sotto il profilo della "fedeltà" degli stessi, i quali andrebbero incontro a manipolazioni e fraintendimenti là dove fossero spezzettati in più brani, A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni*, cit., 645.

⁴⁵ G. PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, n. 1, 174, nell'aderire alle buone prassi raccomandate dal C.S.M. nella delibera citata nella nota 3.

il quale deve poi decidere in fretta cosa fare al riguardo), non sembra che il meccanismo possa rivelarsi sostenibile nella pratica⁴⁶ e, in ultima analisi, efficace rispetto al fine per cui è stato ideato.

Il rappresentante dell'accusa, infatti, a fronte dell'annotazione ricevuta, dovrebbe, a rigore, ascoltare la registrazione (che potrebbe anche essere di una discreta durata) e così valutare in prima persona la rilevanza del dialogo per le indagini. Il che appare difficilmente realizzabile, in virtù dei concomitanti impegni d'ufficio e dell'urgenza che l'operazione esige. Più verosimile appare uno scenario in cui il magistrato finisca per appiattirsi sulle scelte già effettuate dalla polizia giudiziaria (o che comunque essa si propone di effettuare), limitandosi poi a indirizzarle al giudice all'atto di formalizzare le richieste acquisitive ai sensi del nuovo art. 268-bis c.p.p.⁴⁷.

In definitiva, in attesa del responso dei fatti, a un primo sguardo, il congegno di recupero del pubblico ministero e, dunque, la portata del controllo sulla preselezione della polizia giudiziaria sembrano offrire scarse garanzie di effettività.

Se così fosse, però, malgrado i tentativi di ridimensionarne la centralità, la cernita a monte per mano della polizia giudiziaria rischierebbe di assumere un peso spropositato e inopportuno nell'economia complessiva della fase di acquisizione.

4. La "rincorsa" della difesa.

In questo scenario, a farne le spese è soprattutto la difesa. Quando fa ingresso sulla scena acquisitiva, essa si ritrova a destreggiarsi, entro un lasso temporale a dir poco proibitivo, tra ingenti masse di conversazioni intercettate.

Infatti, mentre il pubblico ministero ha la possibilità di ascoltare i colloqui durante l'intero corso della captazione (e comunque ad ogni singolo interpello su iniziativa della polizia giudiziaria delegata all'ascolto), la difesa ha accesso agli atti soltanto con la *discovery* (entro cinque giorni dalla fine delle operazioni)⁴⁸, potendo poi sfruttare un termine di soli dieci giorni⁴⁹ dall'avviso di deposito per esaminarli e quindi elaborare le richieste acquisitive⁵⁰, fatta salva la possibilità di integrarle fino alla decisione del giudice⁵¹.

È chiaro che, nella sostanza, il rapporto tra le parti rispetto allo strumento captativo non è mutato: anche prima della riforma, il diritto di accesso della difesa ai risultati delle intercettazioni sororgeva, come ovvio, solo una volta concluse le operazioni. Oggi, però, i difensori, oltre all'ostacolo di termini maggiormente e fin troppo contingentati⁵², devono fare i conti anche con colloqui già filtrati attraverso un dialogo tra polizia giudiziaria e pubblico ministero, all'esito del quale gli stessi possono essere direttamente spediti all'archivio

⁴⁶ Lo definisce del tutto «impraticabile» G. GIOSTRA, in *Sole24ore* del 20 dicembre 2017, cit. Dello stesso avviso, già con riferimento alla legge delega, C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni*, cit., 85. Le medesime difficoltà operative erano, peraltro, già state segnalate dal C.S.M. nella citata delibera (v. *supra*, nota 3).

⁴⁷ In questo senso F. CAPRIOLI, *Intervento "La recente riforma del processo penale: una prima verifica"*, Torino, 10 novembre 2017.

⁴⁸ È fatta salva l'eventualità – esposta al rischio di divenire, come in passato, la regola – che il giudice autorizzi il deposito ritardato, non oltre la chiusura delle indagini (art. 268 bis comma 3 c.p.p.).

⁴⁹ Nella versione dello schema di decreto legislativo, i giorni erano addirittura cinque. È stata inoltre prevista la possibilità che il termine, «in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni», sia prorogato dal giudice per un periodo non superiore a dieci giorni (art. 268 ter comma 3 ultima parte c.p.p.).

⁵⁰ In forza del combinato disposto degli artt. 268 bis e 268 ter comma 3 c.p.p.

⁵¹ Art. 268 ter comma 5 c.p.p.

⁵² Che costituisce una conseguenza ineludibile dell'aver riportato la fase di selezione ed acquisizione nella sede naturale, cioè la fase delle indagini (v. *supra*, nota 16), sebbene i termini concessi alla difesa avrebbero dovuto essere più estesi.

riservato dell'art. 269 c.p.p.: in tal caso, ne resta come unica traccia cartacea il verbale con i soli dati esterni (data, ora e dispositivo bersaglio della registrazione).

Nel circoscrivere l'angolo visuale a questo specifico profilo, va rilevato che la possibilità per la difesa di ottenere il recupero di quanto scartato dai suoi antagonisti somiglia molto a una corsa ad ostacoli. Come da più voci osservato, ci si chiede in che modo i difensori possano orientarsi tra conversazioni di cui vengono riportati solo gli scarni elementi sopra citati e – se pur riescano a individuare le registrazioni – quali strumenti e risorse verranno loro messi a disposizione dagli uffici al fine dell'ascolto: problema concreto già da tempo avvertito, ma che, evidentemente, è destinato ad acuirsi a fronte del nuovo dettato normativo.

Certo, la difesa potrà sfruttare, come bussola per orientarsi, le annotazioni *ex art.* 267 comma 4 c.p.p.: pensate per il pubblico ministero ai fini dell'interlocuzione preventiva, saranno oggetto di deposito, unitamente a verbali, registrazioni e a tutti gli altri atti relativi alle intercettazioni⁵³; la parte privata potrà quindi prenderne contezza ed avvalersene come ausilio per rinvenire i colloqui di potenziale interesse.

Tuttavia, in primo luogo, la legge lascia nell'ombra il grado di dettaglio di tali annotazioni, limitandosi a un generico riferimento ai «contenuti delle comunicazioni e conversazioni», di talché è difficile presagire quanto utili potranno essere per la difesa a fini individuativi dei colloqui scartati.

Ma a pesare è soprattutto una considerazione di carattere generale. L'annotazione di cui all'art. 267 comma 4 c.p.p. è stata vista da alcuni come la finestra dalla quale può rientrare ciò che era uscito dalla porta⁵⁴. E in effetti sono molteplici i rischi prospettabili in relazione a tale snodo: per quanto scarna⁵⁵, l'annotazione si potrebbe risolvere di fatto in «una trascrizione sommaria dell'intercettazione, in apparente distonia con il relativo divieto»⁵⁶; inoltre – pur se destinata, successivamente al deposito, all'archivio riservato, ove rimarrà coperta dal segreto⁵⁷ – si potrebbero aprire squarci di conoscibilità *medio tempore* dei suoi contenuti, poiché il dato normativo non specifica il momento in cui le annotazioni interlocutorie debbano prendere la strada dell'art. 269 c.p.p., legittimando anche letture che collochino l'adempimento al termine della procedura acquisitiva⁵⁸.

E allora, se il problematico meccanismo di preselezione ad opera della polizia giudiziaria con annesso controllo del pubblico ministero pone dei dubbi perfino in relazione alla sua efficacia in chiave di tutela della riservatezza (scopo per il quale è stato introdotto), il sacrificio che, di contro, esso indubbiamente comporta per il diritto di difesa appare difficile da giustificare; soprattutto in considerazione del fatto che tale congegno, alla luce della rimodellata procedura selettiva e dell'estensione del segreto fino all'avvenuta acquisizione dei risultati delle intercettazioni⁵⁹, non era poi così indispensabile.

Un giudizio sul bilanciamento tra i valori in gioco può essere delineato solo alla luce di una visione complessiva della riforma, osservata in tutti i suoi aspetti; tuttavia, già con riguardo al primo segmento, gli equilibri tra le esigenze di riservatezza e il diritto di difesa non sembrano ben calibrati.

⁵³ Art. 268 *bis* comma 1 c.p.p.

⁵⁴ Questa l'impressione a prima lettura di F. CAPRIOLI, *Intervento*, cit.

⁵⁵ Il C.S.M., nella già più volte ricordata delibera ricognitiva delle circolari (v. *supra*, nota 3), ne raccomanda una «sobrietà contenutistica».

⁵⁶ Così D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, n. 1, 194.

⁵⁷ Lo si desume dall'art. 269 comma 1 c.p.p., che menziona verbali, registrazioni ed «ogni altro atto ad esse relativo», formula entro la quale si può senz'altro ricomprendere l'annotazione.

⁵⁸ Aspetto evidenziato da L. SURACI, *Lo schema di d.lgs di riforma della disciplina delle intercettazioni: qualche rilievo critico*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 5 gennaio 2018.

⁵⁹ Art. 268 *quater* comma 3 c.p.p.

La tutela dell'irrelevante

DI STEFANO MONTONE

(AVVOCATO DEL FORO DI NAPOLI)

Ben lungi dall'avventurarmi in una accurata analisi dogmatica del sottosistema nato dal varo del d.lgs. 216/2017, di cui non sarei capace, la riflessione che segue rassegna in due brevissime considerazioni la delusione rispetto ad un intervento che riesce ad offrire al diritto costituzionale alla riservatezza soltanto una tutela condizionata (di fatto riconoscendone la pienezza nell'esclusivo ambito del probatoriamente irrilevante), irridendo, col suo pervicace silenzio, alle criticità che quel sottosistema – per come inverte nell'interpretazione vivente – da sempre propone sul piano delle garanzie, processuali e democratiche.

La prima considerazione: l'introduzione di una complessa procedura protocollare per la gestione della relazione P.M./p.g. non risolve (anzi: paradossalmente eleva a paradigma di sistema) il problema del controllo sulla selezione dei materiali captativi; l'operazione viene ufficialmente consegnata alla polizia giudiziaria.

Il rapporto tra p.g. ordinariamente delegata alle operazioni di ascolto e selezione ed il P.M. ordinariamente delegante non si ortopedizza di certo – nell'auspicato senso di una diretta responsabilizzazione del Magistrato – grazie alla annotazione preventiva che giustifica l'esclusione delle captazioni battezzate per irrilevanti “ai fini delle indagini”.

Non solo: anche a voler generosamente ritenere che l'espressione evochi l'art. 326 nella sua dimensione inclusiva dei doveri costituzionali di obiettività *ex art. 358 u.p.*; ed anche a voler superare l'osservazione empirica che lega il giudizio di rilevanza investigativa effettuato dalla p.g. alla coerenza all'ipotesi privilegiata in verifica, occorre sottolineare come (a differenza del concetto di “pertinenza”, che evoca contiguità logiche o spaziali stabili e misurabili rispetto ad un oggetto determinato) il concetto di “rilevanza” sia per sua natura un concetto variabile perché relazionale, che esprime l'idoneità probatoria rispetto ad un'ipotesi ricostruttiva. Ma, diversamente da quanto accade a valle della formulazione dell'imputazione, in una fase in cui ancora non si è stabilizzata alcuna contestazione la provvisorietà dell'ipotesi rende la predicazione di “rilevanza” naturalisticamente approssimativa, quando non arbitraria, mancando l'oggetto determinato di riferimento. Il giudizio è rivedibile (come del resto testimonia la rivedibilità degli elenchi, sempre ad opera dalla p.g., perenne tenutaria del materiale).

Ciò che, in ossequio alla variabile valutazione degli organi dell'investigazione, non è trascritto resta dunque il buco nero, quantitativamente immenso, che continuerà ad attirare la difesa consapevole della assoluta indispensabilità di procedere “in proprio” (ieri: ad un ascolto mirato grazie ai brogliacci; oggi:) ad un ascolto orientato dalle annotazioni giustificative; in unione, sempre e comunque, al ri-ascolto prudenziale anche delle captazioni predicate di rilevanza.

Ma tempi e modi dell'accesso, per come regolati dalla novella attuativa, suonano incompatibili con tale esigenza di conoscenza defensionale.

La seconda considerazione: lo spostamento dell'enfasi sul bisogno di tutela della riservatezza delle comunicazioni “irrilevanti” ai fini investigativi o “sensibili” opera, sul piano dello soglia psicologica di accettabilità dell'intrusione, in termini di affievolimento della necessità di verificare, a monte, la ricorrenza delle condizioni oggettive di legittimazione dell'utilizzo dello strumento. Quasi che la riservatezza offerta dalla Costituzione sia limitata alle conversazioni e comunicazioni probatoriamente indifferenti.

La novella induce dunque, per giustapposizione, a riprendere e segnalare, con tutta la disperata frustrazione del difensore, il tema del controllo preliminare: ormai arenato sui fondali del controllo motivazionale

– riproposto per il captatore informatico – a sua volta ridotto a stenta verifica di ricorrenza, nei provvedimenti dispositivi o autorizzativi, delle formule lessicali convenzionali e salvifiche.

Restando responsabilmente al di qua del confine, opaco e terribile, del doppio binario, vorrei che almeno mi si dicesse quando sia possibile ravvisare i “gravi indizi di reato”; e quando si versi in quella situazione di non perseguibilità altrimenti delle investigazioni che, vocabolario alla mano, dovrebbe essere il significato di “assolutamente indispensabili ai fini della prosecuzione delle indagini”.

Continueranno a non dirmelo. Da domani avrò (forse) però finalmente la possibilità di evitare che qualche giornale pubblichi un paio di sms compromettenti per gli equilibri familiari del mio assistito; intercettato, magari, perché un collaboratore di giustizia che lo aveva inizialmente coinvolto ha reso in dibattimento una dichiarazione apparentemente difforme: da ciò solo derivandone “gravi indizi di reato” di intralcio alla giustizia. Avrò (forse) finalmente la possibilità di impedire la pubblicazione di dialoghi correnti tra il mio assistito ed il medico che lo tiene in cura; dialoghi intercettati per il bisogno investigativo di acquisire ulteriori elementi a conferma di ipotesi investigative già acquisite e corroborate da plurime fonti dichiarative (n.d.r.: ho risparmiato sulle virgolette ma, credetemi, c'erano).

Complessivamente, c'è di che rimanere soddisfatti.

La “riforma delle intercettazioni” e l'occasione mancata per tutelare le istanze difensive dai suoi (ab)usi, con specifico riferimento ai delitti c.d. di “criminalità organizzata”

DI GIUSEPPE DI CESARE
(AVVOCATO DEL FORO DI PALERMO)

La recente riforma della disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, varata dal Governo con il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 (in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 84, lett. *a*), *b*), *c*), *d*) ed *e*) della legge 23 giugno 2017, n. 103) ed entrata in vigore il 26 gennaio 2018, anziché comprimere l'eccessivo numero di intercettazioni disposte ogni anno in Italia, ne aumenterà – molto probabilmente – la quantità: a conferma della centralità del suddetto mezzo di ricerca della prova nel nostro Ordinamento, quale strumento di indagine, con particolare riferimento ai delitti di “criminalità organizzata”.

Non v'è dubbio, infatti, che il nostro codice di rito penale attribuisca alle intercettazioni un “ruolo” fondamentale e che la normativa vigente preveda pure una disciplina “speciale” per i reati c.d. di “criminalità organizzata”.

Com'è noto, le intercettazioni sono atti di indagine mediante i quali, quando è «*indispensabile ai fini investigativi*» e ricorrono «*gravi indizi in ordine alla sussistenza di reati a particolare allarme sociale*», il pubblico ministero dispone, con il controllo del giudice, la captazione di comunicazioni o conversazioni riservate con l'ausilio di mezzi meccanici ed elettronici.

In tema di intercettazioni disposte nei procedimenti per “delitti di criminalità organizzata”⁶⁰, l’art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152 ha dettato una disposizione secondo cui, in deroga alle più rigorose previsioni di cui all’art. 267 c.p.p., l’intercettazione tanto telefonica quanto ambientale è ammessa in presenza di due concorrenti presupposti: l’esistenza di «sufficienti» (e non gravi) indizi e la “necessità” (e non, quindi, la assoluta indispensabilità) per lo “svolgimento” (e non per la prosecuzione) delle indagini.

L’art. 13 del d.l. n. 152/1991 ha, inoltre, inciso sui tempi di durata massima consentita per le operazioni autorizzate da giudice: fino a quaranta giorni per il primo provvedimento, con possibilità di proroghe per periodi successivi di venti giorni e con l’ulteriore precisazione per cui, nei casi di urgenza, lo stesso pubblico ministero possa provvedere direttamente alla proroga.

L’art. 3-bis, comma 2, d.l. n. 306/1992 ha, poi, modificato l’ultima parte del comma 1° dell’art. 13 d.l. n. 152/1991, in tema di intercettazioni “ambientali”: quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un «procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall’art. 614 del codice penale, l’intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l’attività criminosa»; è stato, in tal modo, superato il limite stabilito per le intercettazioni ambientali nel domicilio dal 2° comma dell’art. 266 c.p.p., il quale circoscrive l’ammissibilità delle medesime intercettazioni alle sole situazioni di probabile flagranza dell’attività criminosa.

Infine, il citato d.l. n. 306/1992 ha introdotto il comma 3-bis dell’art. 295 c.p.p.: al fine di agevolare le “ricerche del latitante”, sono consentite anche le intercettazioni c.d. “ambientali”, quando la latitanza sia stata dichiarata in relazione ad uno dei delitti previsti dall’art. 51, comma 3 bis, c.p.p.; stante la clausola di salvezza («fermo quanto disposto nel comma 3 del presente articolo»), si può ragionevolmente affermare che le intercettazioni ambientali non precludono quelle telefoniche⁶¹.

La recente “novella”, recependo le innovazioni introdotte dalla giurisprudenza di legittimità (in questo caso, a Sezioni Unite, con la sentenza Scurato⁶²), ha modificato il comma 2 dell’art. 266 c.p.p. ed introdotto il comma 2 bis: con la conseguenza che l’intercettazione “tra presenti” «può essere eseguita anche mediante l’inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile» (comma 2); inoltre, essa «è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all’articolo 51, commi 3 bis e 3 quater» (comma 2 bis), vale a dire, pure nel domicilio, anche a prescindere dall’attività criminosa in corso.

Sembra, pertanto, potere ragionevolmente prevedere un impiego ancora più diffuso del c.d. “virus trojan”, anche all’interno dei domicili, se è vero che è ormai consolidato l’indirizzo giurisprudenziale secondo cui l’intercettazione è legittima ed utilizzabile anche se, successivamente alla sua esecuzione, intervenga una derubricazione in diverso titolo di reato, che non avrebbe consentito la captazione.

A ciò si aggiunga che l’art. 6 del decreto legislativo in esame ha stabilito che: «Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a

⁶⁰ La normativa di cui all’art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152 è stata estesa anche ai reati di cui all’art. 270 ter c.p. ed ai delitti con finalità di terrorismo (art. 3, comma 1, d.l. n. 374/2001, convertito in l. n. 438/2001). La l. 11 agosto 2003, n. 228 («Misure contro la tratta di persone») ha, all’art. 9 («disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni») stabilito che, in relazione ai procedimenti per i «delitti contro la personalità individuale» (libro II, titolo XII, capo III, sezione I, codice penale), nonché per quelli previsti dall’art. 3 l. n. 75/1958, si applicano le disposizioni di cui all’art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152.

⁶¹ L’art. 6 d.l. n. 374/2001, convertito in l. n. 438/2001, ha esteso l’applicabilità del comma 3-bis dell’art. 295 c.p.p. anche ai delitti con finalità di terrorismo internazionale.

⁶² Cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, secondo cui: «Le intercettazioni di conversazioni tra presenti mediante acquisizione del controllo occulto, con “captatore informatico”, di dispositivi elettronici portatili (quali smartphone, tablet, computer) in uso al soggetto intercettato, sono ammesse per i processi di criminalità organizzata per i quali, ai sensi dell’art. 13 d.l. n. 152 del 1991, le intercettazioni nei luoghi di privata dimora sono ammesse senza limiti».

cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui di cui all'articolo 13 del decreto legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203».

Ciò vuol dire che, pure con riferimento ai suddetti delitti, sono consentite le intercettazioni in deroga ai presupposti ordinari: e cioè, quando esse appaiono «*necessarie*» (non «*indispensabili*»), in presenza di «*sufficienti*» (non «*gravi*») indizi di reato, «*per lo svolgimento delle indagini*» (e non per «*la prosecuzione*»); inoltre, è previsto pure un termine di durata di quaranta giorni (e non di quindici), con successive proroghe di giorni venti (e non di quindici).

Infine, in tali casi è consentita (sempre in deroga alle regole ordinarie) pure l'intercettazione nel domicilio, anche se non vi è fondato motivo di ritenere che si stia svolgendo l'attività criminosa; tuttavia, in quest'ultimo caso, non può essere utilizzato il c.d. «*virus trojan*», atteso che il comma 2 del richiamato art. 6 così recita: «*L'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa*».

L'impiego del c.d. «*virus trojan*» ha comportato la modifica alla disciplina della «*utilizzazione*» dei risultati delle intercettazioni «*in altri procedimenti*»; all'art. 270 c.p.p. è stato aggiunto il comma 1 bis, il quale stabilisce che: «*I risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza*».

Ed infine, è rimasta sostanzialmente immutata la disciplina delle intercettazioni per la ricerca del latitante (art. 295, comma 3, c.p.p.), che è stata adeguata ai modificati riferimenti normativi.

Tutto ciò premesso, è indubitabile che la «*riforma*» in argomento non abbia introdotto nessun «*limite*» all'attività di intercettazione, che è stata addirittura incrementata con la disciplina del c.d. «*virus trojan*» (che la «*sentenza Scurato*» aveva introdotto con esclusivo riferimento ai reati di «*criminalità organizzata*» e che la recente «*novella*» ha esteso a tutti i reati suscettibili di intercettazione, ex art. 266 c.p.p.) e con l'estensione della normativa in materia di «*criminalità organizzata*» ai delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Viceversa, il legislatore non è intervenuto in tema di «*valutazione*» delle «*chiamate in (cor)reità*» rese nell'ambito di conversazioni intercettate.

Com'è noto, nel silenzio della legge, secondo l'orientamento giurisprudenziale in materia di «*valutazione*» delle «*chiamate in (cor)reità*» rese nel corso delle intercettazioni, esse non devono essere «*corroborate*» da altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità (come avviene, invece, per le chiamate in reità o correità rese dinanzi all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria, con riferimento alle quali si applica il disposto di cui all'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p.), né vengono dichiarate inutilizzabili qualora il soggetto, indicato quale fonte informativa nella conversazione intercettata, si avvalga poi della «*facoltà di non rispondere*».

Sarebbe stato, invece, auspicabile un intervento legislativo che prevedesse l'applicazione della norma contenuta al comma 3 del richiamato art. 192 c.p.p., quantomeno con riferimento alle intercettazioni aventi ad oggetto fatti addebitabili a «*terzi*»: vale a dire, alle conversazioni in cui gli interlocutori «*accusano*» soggetti «*non intercettati*».

In particolare, il legislatore avrebbe potuto «*recepire*» quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui: «*la conversazione non prova, in altri termini, il "fatto", ma soltanto l'esistenza di una dichiarazione sostanzialmente de relato su tale fatto*». Difatti, secondo questo indirizzo, «*è considerazione comune e condivisa che, quando si verte in tema di fatti raccontati ad altri senza impegnare la propria*

responsabilità, le verità del narrato può ragionevolmente essere affermata solamente se vi è tranquillante certezza che esso (il narrato) non sia frutto di fraintendimenti, convinzioni o supposizioni soggettive, millanterie o, all'opposto, intenti calunniatori; né a sua volta provenga da voci non controllabili. La conversazione con cui taluno allude al fatto di un terzo non può dunque che essere considerata alla stregua di un indizio⁶³.

Ancora una volta, il legislatore ha sciupato l'occasione per riformare, in modo sostanziale, la disciplina delle "intercettazioni", che rappresenta uno strumento indispensabile nel contrasto ai fenomeni criminali che destano grave allarme sociale.

⁶³ cfr. Cass., Sez. I, 1 aprile 2010 n. 1006, Migliore, secondo cui: «vista sotto l'aspetto della capacità dimostrativa, che è poi l'unico che interessa, la conversazione equivale ad una prova indiretta».

