

La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”

Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova

Privacy with Regard to Interceptions in Orlando Enabling Act

A Paternalistic Protection of Privacy that Can Damage the Right of Defence

CARLOTTA CONTI

Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università di Firenze

INTERCETTAZIONI; RISERVATEZZA; LINEE GUIDA

INTERCEPTIONS; PRIVACY; GUIDELINES

ABSTRACT

Nella delega sulle intercettazioni, contenuta nella riforma Orlando, il Parlamento ha tracciato criteri direttivi piuttosto ampi ispirati alle linee-guida adottate dalle principali procure della Repubblica, con l'obiettivo ambizioso di allestire una tutela efficace della riservatezza. Il riferimento incrociato alla legge-delega ed alle circolari permette di evidenziare alcuni nodi problematici cui il legislatore delegato dovrà prestare attenzione onde evitare aporie e dubbi di costituzionalità: in particolare, la scelta di affidare al pubblico ministero (e, prima ancora, alla polizia giudiziaria) la selezione delle conversazioni da verbalizzare, per un verso, può penalizzare le esigenze difensive; per un altro verso, in assenza di idonee sanzioni processuali, può rendere l'esigenza di tutela della riservatezza un mero flatus vocis. All'esito del dialogo tra pubblico ministero e polizia giudiziaria potrebbe, poi, emergere un materiale – dai contorni e dalla sorte incerta – consistente nelle conversazioni verbalizzate e successivamente “omissate”, la cui eventuale pubblicazione illecita resta priva di una specifica tutela penale.

In the enabling act about interceptions, contained in the Orlando legal reform, the Parliament has drawn some well-structured legislative parameters in order to protect privacy in the best possible way. These parameters are inspired on the guidelines made by the public prosecutors' offices. The cross-reference to the enabling act and the circulars allows to highlight some of the main issues. The lawmaker has to take care of these problems in order to avoid inconsistencies and constitutional doubts. In particular, the choice to entrust to the public prosecutor (and, firstly, to the police) the selection of conversations to record can penalize the defensive needs; moreover, this choice, without trial sanctions, can make the need to protect privacy useless. After the dialogue between the public prosecutor and the police, the recorded and cutted off conversations could remain; their potential and unlawful publication lacks of a suitable sanction.

SOMMARIO

1. Una terza via rispetto alle precedenti iniziative riformistiche. – 2. La redazione dei brogliacci: *signum loco signati accipitur*. – 2.1. I criteri che presiedono alla scrematura *ab initio*. – 2.2. L'assenza di una regolamentazione del "recupero" di conversazioni non verbalizzate. – 2.3. La verbalizzazione "bifasica": un filtro *à rebours*? – 3. La selezione a fini cautelari: il silenzio in ordine alle conversazioni favorevoli. – 3.1. Deposito e copia. – 4. La procedura di stralcio. – 4.1. Il rapporto tra procedura di stralcio e deposito ex art. 415-bis c.p.p. – 4.2. Il ricorso "mirato e non massivo" allo stralcio. – 4.3. La tutela della difesa. – 4.4. L'assenza di una specifica tutela dei terzi. – 4.5. Il silenzio sullo stralcio delle intercettazioni meritevoli di tutela assoluta. – 5. Le intercettazioni delle conversazioni con il difensore. – 6. Una *lex imperfecta*?

1.

Una terza via rispetto alle precedenti iniziative riformistiche.

Nella legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando) è inserita una delega in materia di intercettazioni (art. 1, comma 82) che reca articolati principi e criteri direttivi in punto di tutela della riservatezza (art. 1, comma 84), largamente ispirati alle regole proposte nelle linee-guida adottate dalle principali Procure della Repubblica, secondo un *trend* oramai diffuso, che vede nella fonte in oggetto un importante riferimento nella implementazione esegetica ed operativa della disciplina vigente.

Merita precisare subito che la legge-delega effettua una prima opzione di campo affermando che debbono restare fermi i limiti ed i criteri di utilizzabilità vigenti¹. La disciplina – a differenza di quanto era previsto nel Ddl Alfano ed in altri disegni di legge in materia – non restringe nell'*an* l'uso del mezzo di ricerca della prova². Al tempo stesso, salvo una eccezione, non prevede un ampliamento del segreto investigativo e del divieto di pubblicazione, né un inasprimento delle conseguenze per la violazione degli stessi³. Non viene, dunque, ripreso neppure il modello di tutela prospettato dal Ddl Mastella (e dallo stesso Ddl Alfano) e solo in parte attuato dalla riforma del 2006 in tema di intercettazioni illegali⁴.

Quella che viene prospettata è una terza via di intervento che si concentra sugli snodi processuali più problematici dal punto di vista della fuga di notizie sui *mass media*⁵. È quest'ultimo dato, considerato come ineluttabile, il punto di partenza dal quale muove, a ritroso, il tentativo di bloccare la conoscibilità e la diffusione delle conversazioni inutilizzabili o "irrelevanti"⁶. In sintesi estrema, due sono i fronti di modifica. Anzitutto, si prevede in capo al pubblico ministero un potere di selezione in punto di utilizzabilità e utilità processuale delle conversazioni intercettate; tale filtro – che, come si vedrà, finirà per essere ampiamente gestito anche dalla polizia giudiziaria – opera a monte, sin dal momento dell'ascolto. In secondo luogo, si lavora su quel passaggio cruciale che consiste nello stralcio in contraddittorio delle intercettazioni inuti-

¹ È, anzi, significativo ricordare che il criterio direttivo di cui al comma 84, lett. d) impone di prevedere la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

² Per ragguagli statistici sul numero delle intercettazioni, dei *target* e dei soggetti effettivamente ascoltati, si veda A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 1.

³ Salva la previsione di un nuovo delitto punibile con la reclusione non superiore a quattro anni consistente nella diffusione, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, tra presenti, effettuate fraudolentemente. La punibilità è esclusa quando le registrazioni o le riprese sono utilizzate nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca (comma 84, lett. b) l. n. 103 del 2017).

⁴ Si allude, ovviamente, ai commi inseriti nell'art. 240 c.p.p. dal d.l. n. 259 del 2006, convertito in l. 281 del 2006. Sul punto, si veda *amplius infra*, par. 6. In generale, sulle possibili linee di riforma delle intercettazioni, L. FILIPPI, G. ILLUMINATI, G. LEO, P. PROFITI, *Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?*, Forum in *Quest. giust.*, 2006, pp. 1207 ss.; G. SPANGHER, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 921 ss.

⁵ Sul concetto di riservatezza A. Gaito e S. Furfaro, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in Aa.Vv., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 363. Tra i primi commenti alla legge-delega, si vedano C. Parodi, *La delega in materia di intercettazioni contenuta nella riforma della giustizia penale*, in *Il penalista*, 24 luglio 2017 e A. Zampaglione, *Delega in materia di intercettazioni: un costante bilanciamento di interessi*, in Aa.Vv., *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa, 111 ss.

⁶ Si tratta di una linea di intervento già prospettata da G. MELILLO, *Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza ed efficienza delle indagini*, in *Cass. pen.*, 2000, 3488.

lizzabili o irrilevanti, intervenendo sull'*an*, sul *quando* e sul *quomodo* di tale snodo procedurale⁷.

Il pregio della delega, come si è accennato, è quello di muoversi lungo le direttrici segnate dalle linee-guida delle Procure e poi riprese nella delibera sulla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni* adottata dal Consiglio Superiore della Magistratura il 29 luglio 2016⁸. Quella che, *prima facie*, potrebbe apparire una “delega in bianco”⁹ – in ragione dell’ampiezza di alcune formule lessicali – in realtà è già piena di contenuti, ove si integrino i criteri direttivi con le dettagliate previsioni delle predette fonti, ben note agli studiosi, agli operatori e, soprattutto, al legislatore. Essendo le circolari già operative *de iure condito*, la delega – e verosimilmente questo varrà anche per il decreto delegato – prende le mosse da una sperimentazione già effettuata in concreto anziché lavorare nel mondo delle idee escogitando regole che potrebbero scontrarsi con la realtà applicativa¹⁰. Come è noto, le critiche metodologiche mosse alle linee-guida delle procure sono sintetizzabili nel rilievo che attraverso tale fonte, non vincolante, in alcune ipotesi sono state prospettate regole talora idonee a forzare il dato positivo: quanto meno sotto questo profilo, l’intervento normativo parrebbe destinato a mettere fine alle polemiche¹¹; restano, ovviamente, le osservazioni relative ai singoli aspetti di merito, che esamineremo *infra*¹².

2.

La redazione dei brogliacci: *signum loco signati accipitur*.

Uno dei punti nevralgici della disciplina a tutela della riservatezza riguarda la redazione dei brogliacci d’ascolto. Come si è accennato *supra*, la delega – prendendo spunto dalle linee-guida delle Procure – impone una redazione selettiva dei brogliacci a tutela della *privacy* sotto il controllo del pubblico ministero. Si è di fronte a quello che il CSM nella delibera ricognitiva considera «un primo filtro di selezione delle conversazioni captate». Si tratta di un vaglio macroscopico da operarsi nell’immediato al momento dell’ascolto, che inciderà sulle scelte in ordine alla verbalizzazione. La previsione – con accentuato pragmatismo – muove da un dato della realtà: nella fase investigativa le intercettazioni vengono conosciute ed utilizzate attraverso il brogliaccio d’ascolto redatto dalla polizia giudiziaria: evitando *tout-court* che tale atto riporti determinate conversazioni, si scongiurerà il rischio che esse fuoriescano dal processo penale o attraverso una indebita pubblicazione del verbale che le contiene, ovvero mediante la riproduzione delle stesse nei provvedimenti del giudice per le indagini preliminari.

⁷ Occorre tenere presente che il CSM nel parere sul Ddl n. 2798/2014 (in cui si leggevano già i tratti essenziali della disciplina attuale) aveva ritenuto «certamente condivisibile [...] la scelta di affrontare uno degli aspetti più controversi in materia, cioè quello riguardante il momento in cui effettuare la selezione e la trascrizione delle conversazioni intercettate, dato che opera essenzialmente qui il rischio di indebite propalazioni di comunicazioni irrilevanti ai fini delle indagini, ma lesive della riservatezza dell’imputato o di terzi su circostanze estranee al processo. In tale direzione, un intervento di riforma inteso a imporre una chiara sequenza temporale tra conclusione delle operazioni di intercettazione, deposito dei verbali e registrazioni, “udienza di stralcio” e perizia trascrittiva potrebbe ben scongiurare il rischio di diffusione di notizie irrilevanti per il processo, assicurare la tutela della *privacy* e consentire l’immediato esercizio del diritto di difesa». Anche nella delibera del 29 luglio 2016, intitolata *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni*, in <http://www.csm.it/documents/21768/170343/>, il CSM ribadisce che la mera riduzione delle intercettazioni sarebbe una soluzione impraticabile: non è la raccolta del dato a costituire un *vulnus* alla riservatezza, bensì il suo trattamento.

⁸ Nel testo si farà riferimento alle circolari della Procura di Roma (26 novembre 2015), della Procura di Napoli (16 febbraio 2016) e della Procura di Torino (15 febbraio 2016), tutte in *Quest. giust.*, 19 aprile 2016. Si veda la sintesi di G. CASCINI, *Intercettazioni e privacy: dalle circolari delle Procure di Roma, Torino e Napoli soluzioni utili per il legislatore*, *ibidem*. La circolare torinese si legge anche in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 557 ss.

⁹ L. FILIPPI, sub *comma 84, lett. a-e, Riforma Orlando*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spancher, 5 ed., Milano, 2017 t. III, 3533.

¹⁰ Sulla utilità delle riforme graduali sempre attuali appaiono le considerazioni svolte da A. MALINVERNI, *La riforma del processo penale*, Torino, 1970, 55.

¹¹ V. anche A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 14.

¹² Può essere utile ricordare che la l. n. 103 del 2017 impone la previsione di regole apposite che dovranno essere determinate con un decreto ministeriale da approvare entro un anno dall’entrata in vigore della legge per rendere omogenee le tariffe relative alle intercettazioni e per imporre la gestione e conservazione dei dati da parte dei fornitori di servizi mediante cifratura (art. 1, comma 89). Occorre altresì tenere presente che la riforma nulla prevede sulle regole che le procure si devono dare a tutela della riservatezza secondo quanto prescritto dal Garante con il Provvedimento del 18 luglio 2013 (in www.garanteprivacy.it doc. web n. 2551507). In sintesi estrema, erano state impartite prescrizioni per la sicurezza sia informatica, sia fisica nei locali dove si effettuano o si ascoltano le intercettazioni: accessi tracciati, protocolli cifrati, biometrica o badge a codici, videosorveglianza. I tempi originariamente previsti per l’adeguamento sono stati sospesi e prorogati più volte. L’ultimo provvedimento sospensivo (con effetto fino al 31 dicembre 2017) è stato adottato il 26 gennaio 2017 (in www.garanteprivacy.it doc. web n. 6003325). Sulle ragioni della sospensione, si veda L. FERRARELLA, *Intercettazioni, altra proroga. E la sicurezza aspetta dal 2013*, in *Il Corriere della Sera*, 23 febbraio 2017, 29 che rileva come le articolazioni territoriali della polizia giudiziaria si siano trovate non in regola con le prescrizioni a causa di ritardi burocratici. Come è noto, sul fronte sovranazionale occorre tenere presenti la Direttiva (UE) 27 aprile 2016, 680 e il Regolamento (UE) 27 aprile 2016, 279 in materia di dati personali.

Come è noto, infatti, il segreto investigativo ed il correlato divieto di pubblicazione, coprono gli atti di indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria ma non quelli emessi dal giudice (art. 329 c.p.p.)¹³. Non a caso, la delibera ricognitiva del CSM invita a non trascrivere, per esteso o per estratto, le conversazioni irrilevanti nei brogliacci, nelle informative e nelle annotazioni di polizia nonché nelle richieste rivolte al giudice dal pubblico ministero, con una previsione funzionale ad evitare, soprattutto, la riproduzione testuale di tali conversazioni nell'ordinanza cautelare, che sfugge al divieto di pubblicazione *ex art.* 114 c.p.p.¹⁴.

In particolare, la legge-delega stabilisce che nei brogliacci d'ascolto non debbano essere trascritte le intercettazioni che siano inutilizzabili a qualunque titolo¹⁵; ovvero contengano dati sensibili (art. 4, comma 1, lett. d) cod. *privacy*) che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini¹⁶; ovvero che risultino irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei¹⁷. Con disposizione sin troppo densa, viene precisato che, in relazione a tali conversazioni, debbono essere indicati soltanto «data, ora e apparato» su cui la registrazione è intervenuta, «previa informazione al pubblico ministero», che ne verifica la rilevanza con decreto motivato autorizzandone, in tal caso, la trascrizione nel brogliaccio (art. 1, comma 84, lett. a) punto 5). Dunque, questa inedita selezione *ab origine* si atteggia nella legge-delega – sia pure a fatica – come una prerogativa del pubblico ministero al quale spetta il compito di effettuare una valutazione di utilizzabilità e “rilevanza”. Una simile soluzione si fonda all'evidenza sul rilievo che solo il magistrato è in grado di svolgere un simile sindacato alla luce del complesso panorama investigativo (si pensi all'ipotesi in cui egli si trovi a gestire più indagini, in relazione alle quali gli ascolti sono effettuati da diversi settori della polizia giudiziaria)¹⁸. Resta fermo che la scrematura sin qui delineata ha ad oggetto le modalità di redazione del *brogliaccio* d'ascolto (utilizzato nel corso delle indagini preliminari – segnatamente a fini cautelari – e nell'ambito dei procedimenti semplificati che omettono il dibattimento). Per contro, fino a che non sia stato disposto l'eventuale stralcio, le *registrazioni* restano integralmente acquisite agli atti.

Prima ancora di procedere ad ulteriori osservazioni, occorre prendere atto che – alla luce dei carichi di lavoro delle procure, ma anche in ragione delle prassi consolidate nella materia in esame – risulterà estremamente difficile assicurare quel previo controllo del magistrato, che viene ipotizzato dalla legge-delega: è agevole immaginare che di fatto il potere selettivo sarà gestito dalla polizia giudiziaria ed il decreto, cui si fa riferimento (art. 1, comma 84, lett. a), punto 5), verosimilmente si attingerà alla stregua di un atto meramente recettizio. Del resto, pressoché tutte le circolari delle procure affidano la selezione direttamente a quest'ultimo soggetto, salva la necessità di interpellare il magistrato nei casi dubbi.

¹³ Occorre, peraltro, ritenere che in relazione a quei provvedimenti che si iscrivono nel momento genetico o nelle vicende relative ad un atto segreto (si pensi al decreto che autorizza o proroga una intercettazione) il segreto investigativo copra anche gli atti emessi dal giudice in forza di una interpretazione sistematica che non vanifichi la *ratio* del segreto investigativo.

¹⁴ In proposito, v. già le linee-guida della procura di Roma: «la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero eviteranno di inserire nelle note informative, nelle richieste e nei provvedimenti il contenuto di conversazioni manifestamente irrilevanti e manifestamente non pertinenti rispetto ai fatti oggetto di indagine». Sul punto, si rinvia al contributo di R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Questa rivista*, n. 3/2017. Può essere utile ricordare come il Ddl Alfano, con specifica previsione in proposito, avesse previsto che nell'ordinanza cautelare non potessero essere inseriti stralci di intercettazioni (art. 292, comma 2 *quater* c.p.p. nel testo approvato dal Senato il 10 giugno 2010).

¹⁵ In tema di inutilizzabilità occorre prestare attenzione: quasi tutte le Circolari sembrano dare per scontato che ai fini della redazione del brogliaccio debbano essere escluse le intercettazioni inutilizzabili per essere state eseguite fuori dei casi consentiti. Viene, dunque, in rilievo la tutela della riservatezza dei soggetti captati o dei contenuti delle captazioni. Si veda *infra*, par. 5.

¹⁶ Come noto, rientrano nel novero dei dati sensibili quelli concernenti opinioni politiche o religiose, sfera sessuale e salute.

¹⁷ Tutte le circolari, sia pure con varietà di contenuti, tentano di delineare le categorie di intercettazioni da non verbalizzare. Meritevole di particolare considerazione risulta la Circolare della procura di Torino ove si precisa che, ai fini del deposito cautelare, il pubblico ministero possa avere necessità di garantire la riservatezza delle intercettazioni per necessità di prosecuzione di indagini nello stesso procedimento o anche in altri procedimenti; per inutilizzabilità a qualunque titolo (es. 103, comma 5 c.p.p.; art. 270-*bis* c.p.p.; art. 6 legge 140 del 2003; art. 271 c.p.p.); per le intercettazioni non pertinenti all'accertamento della responsabilità per i reati per cui si procede e contemporaneamente rientranti nella tipologia dei dati sensibili; per le intercettazioni assolutamente non pertinenti rispetto ai reati per cui viene richiesta la misura cautelare, specie se si tratti di materiali riguardanti terze persone non indagate o non direttamente intercettate. È appena il caso di segnalare l'opportuno uso del concetto di pertinenza in luogo di quello di rilevanza, privilegiato, per contro, dalla legge-delega.

¹⁸ La legge-delega ha tenuto conto dei rilievi del CSM, che nella delibera ricognitiva ha richiamato la centralità della figura del pubblico ministero e la necessità di evitare deleghe in bianco alla polizia giudiziaria. Anzitutto, il Consiglio Superiore ha precisato che la materia dell'inutilizzabilità richiede un vaglio giurisdizionale e, dunque, non può essere la polizia giudiziaria a valutare in solitudine l'omissione della verbalizzazione che, di fatto, sottrarrebbe in radice la prova alla valutazione del magistrato. In secondo luogo, l'organo di autogoverno della magistratura ha sottolineato che la nozione di rilevanza richiede una complessiva conoscenza dell'indagine e, dunque, una valutazione demandata alla polizia giudiziaria nell'immediatezza dell'ascolto sarebbe potenzialmente fallace.

Vista sotto tale lente, la nuova disciplina, pur lodevole nell'intento di prevedere una tutela della *privacy*, per così dire, rafforzata dalla vera e propria inesistenza dell'oggetto materiale di una possibile illecita diffusione – manca la stessa verbalizzazione delle conversazioni “a rischio” – enfatizza le criticità di quel momento così delicato che consiste nella redazione del brogliaccio, destinato a rimanere a lungo l'unico *signum* procedimentale dell'intercettazione¹⁹: la gestione della scrematura, che costituisce l'asse portante del modello di tutela della riservatezza sul quale si punta con la riforma in oggetto, finirà per risultare affidata alla polizia giudiziaria, con una valutazione la cui vertiginosa delicatezza si cumula ai rischi di errore, incompletezza, fraintendimenti in ordine all'identità dei colloquanti o al tenore delle dichiarazioni, del tutto possibili a fronte di conversazioni che potrebbero avere interruzioni, problemi acustici (se del caso dovuti a rumori di fondo o assenza di segnale), oppure utilizzare linguaggi cifrati, dialetti o lingue straniere²⁰.

2.1.

I criteri che presiedono alla scrematura ab initio.

A fronte di tale disciplina si profilano numerose questioni di dubbia soluzione alle quali il legislatore delegato dovrà prestare la massima attenzione onde evitare pericolose aporie. Anzitutto, risulta problematico stabilire quali sono i criteri in base ai quali il filtro deve essere effettuato; ancora non è chiaro come si svolga il “dialogo” tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, comunque necessario nelle ipotesi più delicate; ancora, appare problematico per la difesa – ma anche per lo stesso pubblico ministero qualora egli si cimenti con materiale già vagliato dalla polizia – individuare, tra le conversazioni “omissate”, quelle che possano apparire utili per l'esercizio del diritto alla prova.

Procedendo con ordine, è appena il caso di precisare, *in limine*, che l'efficacia del filtro – anche qualora esso sia condotto, come sarebbe auspicabile, dal magistrato requirente – è legata a doppio filo con la chiarezza dei criteri che presiedono all'effettuazione dello stesso e proprio questo sembra essere un nodo irrisolto a sciogliere il quale è chiamato il legislatore delegato.

Nella legge-delega si legge una pluralità di riferimenti non sempre sovrapponibili: nella previsione generale, si richiede uno speciale riguardo «alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, e delle comunicazioni comunque *non rilevanti* a fini di giustizia penale»²¹; successivamente si prevede la necessità di tutelare la riservatezza degli atti contenenti registrazioni «che *non siano pertinenti* 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 *irrilevanti* ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei» (art. 1, comma 84, lett. a) punti 1 e 4). Infine, si precisa che, al momento della redazione del brogliaccio, di tali atti il pubblico ministero «verifica la *rilevanza*» (art. 1, comma 84, lett. a) punto 5).

Tentando una razionalizzazione, occorre anzitutto precisare come desti perplessità il ricorso ai concetti di pertinenza e rilevanza, già di per sé ostici ed insuscettibili di precisazioni astratte e teoriche²². Si tratta di nozioni che, specie al momento iniziale dell'indagine, quando il *thema probandum* è ancora fluido, finiscono per affidare inevitabilmente al magistrato inquirente – e, prima ancora, alla polizia giudiziaria – un'ampia discrezionalità. In proposito, è appena il caso di osservare che, ad un approccio strettamente tecnico, il riferimento alle intercettazioni “irrilevanti” – in quanto riguardanti fatti o circostanze estranee alle indagini – dovrebbe essere meglio precisato attraverso l'impiego del concetto di pertinenza: un dato può essere irrilevante ogniqualevolta, ancorché pertinente rispetto ad un tema, risulti inidoneo

¹⁹ Secondo la nota espressione *signum loco signati accipitur* (S. TOMMASO D'AQUINO, *Le questioni disputate. Quaest. 23, art. 3*).

²⁰ Si ricorda qui l'importante sentenza con la quale le Sezioni unite hanno affermato l'incompatibilità tra la funzione di perito trascrittore o traduttore delle intercettazioni ed il successivo svolgimento della funzione di interprete (Cass., sez. un., 10 maggio 2011, n. 18268, E., in *CED Cass.*, n. 249483): nel pervenire a tale conclusione, il Supremo Collegio ha valorizzato l'attività di trascrizione rilevando come essa richieda particolari competenze di tipo tecnico-valutativo. Sulla problematica, volendo, v. diffusamente C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, 3645.

²¹ Legge in tale previsione reca una «cornice assiologica inedita rispetto al regime previgente che dovrebbe certo orientare l'interprete verso soluzioni restrittive nei casi dubbi» (così A. CISTERNA, *Intercettazioni: i rischi di una delega troppo generica*, in *Guida dir.*, 2017, 32, 65).

²² Per alcuni spunti di sicuro interesse, si veda C. CESARI, *Privacy, diritto di cronaca, intercettazioni: la ricerca di nuovi equilibri nelle proposte all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1281 ss. In merito alla legge-delega, A. CISTERNA, *Intercettazioni: i rischi di una delega troppo generica*, cit., 65, che stigmatizza «la mancanza endemica di un criterio obiettivo con cui valutare – e se occorre sanzionare – abusi in questo settore».

a portare un'informazione utile; pertanto, le intercettazioni che riguardano fatti o circostanze estranei alle indagini appaiono "non pertinenti" prima e piuttosto che irrilevanti²³. V'è anche da dire che, a fronte di intercettazioni pertinenti rispetto ai fatti oggetto delle indagini, una valutazione sulla rilevanza condotta agli albori dell'inchiesta parrebbe imporre una anticipazione eccessiva di valutazioni che trovano la loro sede naturale a margine dell'istruzione probatoria: si pensi alla delicatezza dell'ipotesi in cui la conversazione, pur riguardando i fatti oggetto di indagine, contenga dati sensibili che appaiono *prima facie* del tutto irrilevanti ai fini dell'inchiesta, ma dei quali non si escludono possibili future rivalutazioni²⁴. Pare lecito rilevare come la disciplina in esame si proietti a ritroso sul momento genetico del mezzo di ricerca della prova imponendo una rigorosa valutazione sui presupposti dello stesso: l'ancoraggio dell'intercettazione ad uno *standard* probatorio seriamente idoneo ad integrare la nozione di "gravi indizi di reato" potrebbe contribuire a delineare con maggior nettezza il parametro in relazione al quale riempire di contenuto i predetti concetti. Per contro, qualora la captazione fonica sia utilizzata in concreto come primo atto di indagine finalizzato a reperire indizi, l'inconsistenza dell'addebito può rendere di difficile applicazione anche le nozioni in esame.

A margine delle considerazioni sin qui condotte, merita apprezzamento la scelta di stralciare le conversazioni in ragione di profili oggettivi, sterilizzando il profilo soggettivo: in teoria, anche conversazioni intrattenute dall'indagato possono essere "omissate" in ragione dei contenuti non processualmente significativi delle stesse²⁵.

Sotto un diverso aspetto, merita precisare, poi, che le espressioni utilizzate dalla legge-delega non escludono – ma, anzi, sembrano implicare – che il vaglio del magistrato inquirente si spinga in profondità, giacché difetta qualsivoglia riferimento alla "manifesta" non pertinenza o irrilevanza. Paradossalmente, dunque, parrebbe di trovarsi dinanzi ad un apprezzamento più penetrante di quello che l'art. 190 c.p.p. delinea al momento dell'ammissione della prova in dibattimento²⁶.

Occorre ancora tenere presente che non è chiaro se la scrematura abbia per oggetto intere conversazioni o anche soltanto parti di esse. È stato evidenziato in dottrina che una simile distinzione emerge soltanto dalla circolare della procura di Frosinone²⁷. Il profilo appare problematico, giacché, all'evidenza, l'estrapolazione di singole frasi da una intera conversazione potrebbe alterarne il senso²⁸. Tuttavia, per un verso, appare difficile distinguere tra una conversazione e una parte di essa (si faccia l'esempio banale di una telefonata che segue ad un'altra anche a distanza di tempo al fine di completare uno scambio di opinioni); per un altro verso, se una conversazione si protrae nel tempo ed affronta varie tematiche, ritenere che non possa procedersi allo stralcio di quelle irrilevanti potrebbe penalizzare la tutela della *privacy*.

Prima di concludere sul punto, merita rilevare come nelle maglie della legge-delega spicchi l'assenza di qualsivoglia richiamo alla necessità di evitare che il filtro operato dal pubblico ministero possa comportare la mancata verbalizzazione di conversazioni favorevoli alla difesa. Si tratta di un principio affermato dalla circolare della procura di Torino (e poi ripreso nella delibera ricognitiva del CSM) la quale precisava che «la selezione ad opera del PM, tranne i casi di assoluta inutilizzabilità, non potrà mai portare al mancato inoltrare al giudice, ai fini del

²³ Non a caso, la circolare della procura di Torino, pur prevedendo categorie molto simili a quelle inserite nella delega, fa riferimento alle intercettazioni non pertinenti all'accertamento della responsabilità per i reati per cui si procede e contemporaneamente rientranti nella tipologia dei dati sensibili, nonché alle intercettazioni assolutamente non pertinenti rispetto ai reati per cui viene richiesta la misura cautelare, specie se si tratti di materiali riguardanti terze persone non indagate o non direttamente intercettate.

²⁴ Nella disciplina del filtro preliminare, la legge-delega si ispira alla Circolare della Procura di Roma (26 novembre 2015) che, peraltro, delinea una categoria di "intercettazioni irrilevanti" parzialmente differente e, soprattutto, con buona dose di realismo, configura *d'emblée* un'attività autonoma di polizia giudiziaria. In particolare, la Circolare romana tratteggia le seguenti categorie: a) conversazioni il cui contenuto sia riferibile a dati sensibili; b) conversazioni il cui contenuto sia riferibile a dati personali di soggetti non sottoposti ad indagine e le cui utenze non siano oggetto di intercettazione diretta; c) conversazioni nelle quali siano coinvolti soggetti estranei ai fatti di indagine, le cui utenze non siano oggetto di attività di intercettazione diretta. La Procura di Roma cerca, poi, di tipizzare i criteri di esclusione che debbono operare al momento della redazione del brogliaccio, ancorandoli a dati oggettivi e non valutativi: in relazione alle categorie dianzi declinate, qualora «non vi sia un'evidente rilevanza ai fini della prova [...] l'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto ed alla redazione dei brogliacci dovrà astenersi dal verbalizzare il contenuto della conversazione, rivolgendosi, nelle ipotesi dubbie, al pubblico ministero procedente». Dunque, in base all'impostazione prospettata, devono sempre essere trascritti i colloqui che presentino un'"evidente rilevanza": il criterio di inclusione – idoneo ad operare anche in presenza dei criteri oggettivi di esclusione – è ancorato ad un concetto valutativo reso, tuttavia, stringente dal riferimento al carattere della "evidenza".

²⁵ Sul punto, L. FILIPPI, *sub comma 84, lett. a-e*, cit., 3533.

²⁶ Secondo A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 8, «sarebbe stato più prudente capovolgere la prospettiva: non ci dovrebbero essere ragioni specifiche per mantenere riservati determinati colloqui, ma ragioni specifiche per esibirli».

²⁷ Circolare 6 maggio 2016, sulla quale A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 7.

²⁸ Si veda A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 7.

successivo deposito, di trascrizioni e/o registrazioni di conversazioni e/o scambio di comunicazioni informatiche o telematiche astrattamente, anche se indirettamente, favorevoli all'indagato». Di questo aspetto – così rilevante quanto meno sotto il profilo della enunciazione di principio – non vi è traccia nella legge-delega; tuttavia, il legislatore delegato non potrà non tenere conto, pena la violazione dell'art. 24 Cost.

2.2.

L'assenza di una regolamentazione del "recupero" di conversazioni non verbalizzate.

Sotto altro profilo, occorre tenere presente che la legge-delega, pur prevedendo una disciplina ispirata alla valutazione sull'utilità della prova, a differenza di quanto è stabilito dagli artt. 190 e 495 c.p.p. – che concedono al giudice uno *ius poenitendi* prevedendo la possibilità, in ragione delle evoluzioni dell'istruzione dibattimentale, di revocare l'ammissione di prove o di ammettere prove in precedenza escluse – fino al momento in cui si svolgerà la procedura di stralcio, non prevede *ex professo* alcun meccanismo di "ripecaggio" delle conversazioni di cui emerga successivamente la rilevanza, se del caso su iniziativa della difesa: quest'ultima, infatti, fino al momento del deposito conosce esclusivamente ciò che viene filtrato dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.

Invero, sul fronte delle scelte dell'accusa, sembra prospettabile, in base alle regole generali, la possibilità che il pubblico ministero, in qualunque momento ed in ragione delle evoluzioni del panorama investigativo, possa ascoltare nuovamente le registrazioni e disporre la verbalizzazione di conversazioni originariamente escluse. Sul versante delle facoltà difensive, per contro, eventuali iniziative volte al recupero potranno esplicitarsi soltanto a deposito avvenuto, in vista dello stralcio²⁹. Ma pure in tale contesto si profilano problemi: la delega stabilisce espressamente che, qualora una conversazione sia esclusa dalla verbalizzazione, nel brogliaccio deve darsi conto esclusivamente dalla data, dell'ora e dell'apparato sul quale la conversazione è avvenuta. Tuttavia, tali dati non sono idonei a permettere alla difesa di andare ad individuare "a colpo sicuro" la conversazione che ritiene necessario far acquisire agli atti: soltanto ove la verbalizzazione menzioni anche gli interlocutori ed il tipo di conversazione omissa il lavoro di ascolto del difensore appare agevolato. Altrimenti, al fine di recuperare conversazioni non verbalizzate favorevoli alla difesa l'unica possibilità del difensore sarebbe quella di ascoltare tutte le registrazioni non verbalizzate, attività impossibile da svolgere nei tempi rapidi della procedura di stralcio. Al tempo stesso, il mero ascolto – senza il supporto di una sbobinatura o della consulenza di un esperto o di un traduttore – potrebbe risultare inutile.

In proposito, appare interessante il suggerimento pratico indicato nella delibera del CSM che prospetta la possibilità di inserire nei brogliacci la dicitura "intercettazione manifestamente irrilevante ai fini delle indagini" procedendo poi alla "mera indicazione" (concetto mutuato dalla circolare della procura di Napoli) da contrapporsi alla "trascrizione del contenuto": ad avviso dell'Organo di autogoverno della magistratura, l'indicazione nei brogliacci almeno dei dati estrinseci della conversazione (identità dei conversanti, orario e oggetto del colloquio) è necessaria proprio al fine di consentire alla difesa di avere contezza della rilevanza di conversazioni che eventualmente la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero non abbiano colto³⁰. Un simile meccanismo appare indispensabile per tutelare il diritto alla prova, anche se appare evidente quale ne sia il limite: le predette indicazioni potrebbero risultare rischiose sotto il profilo della diffusione all'esterno. In alcuni casi, anche la semplice conoscenza degli interlocutori o dell'oggetto della conversazione potrebbe compromettere la tutela della riservatezza³¹.

²⁹ Anche qualora sia stata disposta una misura cautelare, infatti, come si vedrà, la difesa ha il diritto all'ascolto ed alla copia esclusivamente delle conversazioni rilevanti, che il pubblico ministero ha posto a base della misura ed il giudice ha utilizzato per disporla.

³⁰ La delibera del CSM prospetta, poi, la previsione di peculiari categorie: "conversazione privata relativa a dati sensibili"; "conversazione con difensore"; "conversazione tra indagato e soggetto *ex art. 200*"; "conversazione casualmente captata con parlamentare"; "conversazione *ex art. 270-bis*". Ancora, si precisa che potrebbe essere predisposto un indice separato con l'indicazione meramente numerica del progressivo delle conversazioni, senza indicare l'interlocutore così che il pubblico ministero possa successivamente valutare le richieste di stralcio. Anche per la Circolare della Procura di Napoli (15 aprile 2016) la polizia giudiziaria deve procedere al vaglio preliminare riportando sul brogliaccio la dicitura «intercettazione irrilevante ai fini delle indagini» e limitandosi a riassumere in forma assolutamente generica il tema, senza alcun sunto o trascrizione, oltre ad indicare, se possibile, gli interlocutori (es. "conversazione su argomenti familiari"; "conversazione su temi strettamente personali" ecc.).

³¹ Per una esemplificazione, A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 6.

2.3. *La verbalizzazione "bifasica": un filtro à rebours?*

Emergono, inoltre, ulteriori problemi di tipo squisitamente pratico, tali tuttavia da stendere pesanti ombre sul *modus operandi* e sinanche sulla effettiva utilità della selezione in oggetto. Anticipando le conclusioni, è agevole immaginare che nelle pieghe del "dialogo" tra magistrato e polizia giudiziaria, preconizzato dalla legge-delega, si crei materiale in prima battuta verbalizzato da quest'ultimo soggetto, ma successivamente escluso dal *dominus* delle indagini, che poi permane in un limbo processuale dagli ambigui contorni, come una ghiotta preda per gli appetiti mediatici, già selezionata per così dire "a rovescio".

Infatti, se si pone mente ad una contestualità tra la redazione del brogliaccio e l'ascolto appare pressoché impossibile che la polizia giudiziaria possa previamente informare il pubblico ministero – già gravato di pesanti incombeni nell'ambito di un numero cospicuo di procedimenti – in modo tale che quest'ultimo possa effettuare il filtro. È ben noto, peraltro, come nella prassi la verbalizzazione sia attività in molti casi successiva all'ascolto; spesso tale *modus procedendi* è imposto dalla corposità del dialogo da "sbobinare" o dalla necessità di sollecitare l'intervento dell'interprete rispettandone le disponibilità. Nonostante ciò, non sempre è possibile attendere il *placet* del pubblico ministero prima di procedere alla verbalizzazione. Così, è verosimile che il vaglio del magistrato – e questo già sta accadendo nell'applicazione delle linee-guida – si configuri come successivo rispetto all'ascolto dell'intercettazione ed alla redazione del brogliaccio³²; esso, dovrà essere tagliato o integrato qualora il magistrato vada di contrario avviso rispetto alle valutazioni effettuate, in prima battuta, dalla polizia giudiziaria. *In cauda venenum*: proprio tale aspetto, squisitamente pratico ed apparentemente innocuo, può determinare lo spinoso problema dell'esistenza in atti di stralci di verbale estremamente interessanti per la stampa, con rischi di fughe di notizie tali da vanificare proprio quell'istanza di tutela della *privacy* che è sottesa alla riforma³³. Un profilo indispensabile da chiarire a livello di decreto delegato risulterà proprio quello relativo alla necessità di depositare o meno le parti, originariamente trascritte dalla polizia giudiziaria e successivamente "omissate" dal pubblico ministero: per un verso, essendo agli atti le registrazioni nella loro integralità, si potrebbe anche giungere a ritenere non necessario il deposito; per un altro verso, l'idea di stralci di verbali non acquisiti al fascicolo sembra evocare lo spettro di una gestione poco limpida dell'indagine preliminare³⁴.

La verbalizzazione "bifasica" imposta dal bilanciamento tra l'esigenza di conciliare la gestione del brogliaccio da parte della polizia ed il rafforzamento del controllo del pubblico ministero riserva, dunque, un'insidia: si potrebbe generare la coesistenza di due brogliacci, uno completo e destinato al pubblico ministero, l'altro depurato all'esito del filtro operato da quest'ultimo³⁵. In proposito, da un lato, sarebbe utile prevedere la necessità che il pubblico ministero disponga la distruzione della parte del brogliaccio trascritta dalla polizia giudiziaria, qualora egli ritenga di atetizzarla in quanto priva di rilevanza o inutilizzabile; da un altro lato, appare indispensabile costruire un apparato sanzionatorio che funzioni da valido deterrente

³² Anche il CSM nella delibera ricognitiva afferma che un continuo contatto tra tali soggetti possa comportare difficoltà logistiche specie negli uffici di grandi dimensioni anche se un controllo, quanto meno nei casi di dubbio e *a posteriori*, risulta necessario.

³³ Di emblematico rilievo, in ordine alle questioni pratiche relative alle modalità con le quali si esplicano le valutazioni del pubblico ministero in ordine all'identità dei colloquanti ed ai contenuti del colloquio, appare la problematica relativa alle intercettazioni di conversazioni svolte dal difensore, su cui *amplius infra*, par. 5.

³⁴ In proposito, si è rilevato che «attuare la direttiva porrà un problema: non avrebbe senso che la polizia informasse il pubblico ministero riassumendogli il colloquio per iscritto in un atto destinato ad entrare nel fascicolo. Di primo acchito s'intravede un'alternativa (ma può darsi che ulteriori opzioni sfuggano): il Governo potrebbe ritenere che la delega implicitamente autorizzi a non inserire nel fascicolo l'informazione redatta dalla polizia; oppure potrebbe stabilire che la polizia informi il pubblico ministero dell'esistenza del colloquio ma non del suo contenuto; in tal caso, il magistrato che volesse svolgere davvero una verifica non avrebbe altra scelta che ascoltare di persona la registrazione. Nessuna delle due strade è priva di controindicazioni: l'una introdurrebbe nel sistema una pericolosa eccezione (non l'unica, a dire il vero; esistono già gli artt. 270-bis, co. 1, e 130 disp. att. c.p.p.); l'altra potrebbe condurre a controlli di facciata» (così A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 15).

³⁵ Si veda l'intervista al Ministro Orlando: "Intercettazioni, più controlli sulla polizia", di Giovanni Negri e Raffaella Calandra, *Il Sole 24 Ore*, 24 settembre 2017. Con una significativa lungimiranza, un simile rischio si paventa già nella delibera ricognitiva del CSM ove, nel richiamare alla necessità di «un continuo e proficuo confronto la polizia giudiziaria delegata», si sottolinea come, da un lato, sia opportuno evitare la redazione di sunti contenenti dati sensibili o inutilizzabili e, da un altro lato, occorra 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. Anche nella circolare della procura di Tivoli (16 marzo 2017), sia pure in relazione al tema specifico delle intercettazioni del difensore (su cui *infra*, par. 5), si prospetta la problematica relativa alla valutazione del pubblico ministero condotta, nei casi dubbi, successivamente alla intervenuta trascrizione ad opera della polizia giudiziaria; in proposito, la circolare precisa che la trascrizione dovrà essere espunta dal verbale ma conservata dal pubblico ministero in un archivio riservato fino alla distruzione.

contro l'eventuale pubblicazione, modellato su quello previsto in relazione alle intercettazioni illegali disciplinate dall'art. 240 c.p.p. (artt. 3 e 4 legge n. 281 del 2006): in relazione ad esse, la serietà e la specificità della sanzione (che prevede, oltre al ricorso alla reclusione, la possibilità di imporre pesanti oneri economici a titolo di riparazione a carico dell'autore della pubblicazione, del direttore responsabile e dell'editore) hanno costituito per più di dieci anni un serio deterrente contro la pubblicazione arbitraria.

È appena il caso di precisare, ancora, che considerazioni analoghe a quelle sin qui condotte sono destinate a valere qualora nel corso della procedura di stralcio, anche su istanza della difesa, si disponga l'eliminazione dagli atti di conversazioni o parti di conversazioni originariamente ritenute pertinenti e rilevanti e poi fatte oggetto di un successivo ripensamento: in assenza di espressa previsione in tal senso, i verbali che siano stati stralciati ricadono nella disciplina di conservazione e distruzione stabilita dall'art. 269 c.p.p.

Prima di concludere sul punto, occorre evidenziare altresì l'altra faccia della medaglia della verbalizzazione "bifasica" che riguarda la sorte delle conversazioni scremate a monte direttamente dalla polizia giudiziaria. In relazione ad esse il pubblico ministero finirà per subire le scelte di quest'ultimo soggetto a meno che, grazie ad un vero e proprio "fiuto investigativo", il magistrato requirente, nel dubbio sulla rilevanza della conversazione, vada ad ascoltare la registrazione e decida di chiedere la verbalizzazione della parte omissa dalla polizia. Cero è difficile preconizzare intuizioni del genere a fronte di un brogliaccio nel quale vi siano le sole indicazioni relative alla data, all'ora ed al dispositivo su cui la registrazione è avvenuta. Soltanto in presenza di qualche ulteriore indicazione in ordine agli interlocutori ed al contenuto il pubblico ministero può essere messo in condizioni di svolgere una "supervisione" effettiva sulla scrematura che altrimenti risulta essere sottratta in via di fatto al suo controllo. Se si intendesse portare avanti un modello di verbalizzazione bifasica, sarebbe allora preferibile imporre alla polizia giudiziaria la redazione non omissa del brogliaccio rimettendo al pubblico ministero le scelte in ordine all'eventuale stralcio e, ovviamente, disciplinando la sorte processuale delle parti tagliate dal magistrato inquirente.

3.

La selezione a fini cautelari: il silenzio in ordine alle conversazioni favorevoli.

La legge-delega precisa che la riservatezza delle comunicazioni deve essere garantita attraverso prescrizioni che incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni.

L'impiego delle intercettazioni nel procedimento *de libertate* presenta da sempre profili di criticità e richiede una disciplina *sui generis*. Anzitutto, la misura cautelare è adottata a sorpresa e, dunque, non si può pensare ad uno stralcio preventivo in contraddittorio. In secondo luogo, successivamente alla esecuzione della misura è previsto *ex professo* per la difesa un diritto al deposito ed alla copia delle registrazioni relative alle intercettazioni che il pubblico ministero ha presentato unitamente alla richiesta cautelare³⁶, con corrispondente caduta del segreto e del divieto totale di pubblicazione: anche il CSM, nella delibera ricognitiva, sottolinea che quello dell'applicazione della misura cautelare è il momento più delicato sotto il profilo dell'attenzione mediatica; pertanto, l'opera di selezione del magistrato deve essere ancora più attenta.

In estrema sintesi, la legge-delega prospetta che il pubblico ministero effettui il filtro di utilizzabilità e rilevanza delle intercettazioni da presentare con la richiesta cautelare (art. 1, comma 84, lett. a), punto 1). Seguendo l'ispirazione delle circolari – peraltro non tutte allineate sul *quomodo* – il legislatore delegante incide sulla selezione del materiale da porre a base

³⁶ Come è noto, l'art. 268 c.p.p. è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale, nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate (C. cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *Cass. pen.*, 2009, 861). Merita precisare che, a detta della Corte, con la richiesta cautelare il pubblico ministero può presentare anche i soli brogliacci, ma successivamente alla adozione della misura la difesa ha diritto al deposito ed alla copia delle registrazioni. Con la successiva sentenza Lasala del 2010, le Sezioni unite hanno provveduto a meglio articolare l'interazione tra pubblico ministero e difensore (Cass., sez. un., 27 maggio 2010, Lasala, *ivi*, 2011, 461). La difesa – nei limiti di un reciproco obbligo di buona fede e diligenza – ha diritto al tempestivo deposito ed alla copia delle intercettazioni poste a base della misura cautelare. Per le intercettazioni non poste a base della misura restano ferme le regole ordinarie: esse sono segrete per la difesa finché il pubblico ministero non proceda al deposito ed alla attivazione della procedura di selezione.

delle istanze *de libertate* operata, ovviamente, dal pubblico ministero: a differenza di quanto accade in relazione alla redazione dei brogliacci, a fini cautelari è da escludere un intervento autonomo della polizia giudiziaria. Peraltro, occorre tenere presente che il ruolo preponderante di quest'ultima al momento della verbalizzazione può ripercuotersi anche sulle scelte in materia cautelare a dispetto del rilievo che tali opzioni rientrano tra le prerogative del magistrato. È verosimile, infatti, che il pubblico ministero ai fini delle proprie determinazioni utilizzi il brogliaccio e dunque, di fatto, subisca la selezione operata dalla polizia ove non svolga un controllo approfondito sull'operato di quest'ultima ed un vaglio autonomo sulle registrazioni.

In ogni caso, al momento della richiesta cautelare, il magistrato inquirente dovrà escludere le intercettazioni in relazione alle quali deve essere omessa la trascrizione (intercettazioni da mantenere riservate a fini di prosecuzione delle indagini³⁷; le intercettazioni inutilizzabili a qualunque titolo; ovvero contenenti dati sensibili che non siano pertinenti 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 irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei).

Come si è già evidenziato in relazione alla redazione selettiva del brogliaccio, nulla si precisa in ordine alla necessità di presentare al giudice gli atti favorevoli alla difesa. Sul punto, interessanti ragguagli si leggono nella circolare della procura di Torino – ove si precisa che la selezione cautelare non potrà mai portare al mancato inoltrare al giudice di intercettazioni «astrattamente, anche se indirettamente, favorevoli all'indagato» – e nella delibera del CSM ove è ricorrente il riferimento alla necessità di deposito degli elementi a favore: «il tema delle informazioni sensibili, che coinvolgano persone non indagate, astrattamente utili alla difesa, è [...] troppo spesso trascurato nel dibattito pubblico e nelle semplificazioni, anche riformatrici, che puntano ad una massiva e poco meditata distruzione del materiale di intercettazione, con possibili irreversibili ripercussioni sul diritto di difesa»³⁸.

Il legislatore delegato dovrà prevedere l'obbligo del pubblico ministero di produrre tutti gli elementi a favore dell'indagato, implicante *in re ipsa* l'esito positivo del vaglio di rilevanza sul quale ci si è soffermati *supra*³⁹: in buona sostanza, in presenza di conversazioni favorevoli, il pubblico ministero non potrà optare per il mancato deposito a tutela della prosecuzione delle indagini. È appena il caso di precisare, peraltro, che un simile obbligo, anche in assenza di specifica previsione nel decreto delegato, potrebbe farsi scaturire dalla disciplina generale tracciata dall'art. 291 c.p.p.; l'estensione di tale norma alla materia delle intercettazioni è imposta dall'attuazione dell'art. 24 Cost., anche se sullo sfondo permangono, ovviamente, le classiche perplessità legate alla natura unilaterale delle valutazioni condotte dal pubblico ministero⁴⁰ nonché i problemi connessi alla difficoltà di individuare e recuperare le conversazioni omissate *d'embée* dalla polizia giudiziaria.

3.1. *Deposito e copia.*

La legge-delega non prevede nulla di specifico in relazione al meccanismo di deposito e copia. Eppure si tratta di un punto centrale meritevole di specifica considerazione da parte del legislatore delegato. In proposito, un utile riferimento si rinviene nelle circolari, ove si precisa che il pubblico ministero, dopo l'esecuzione della misura, dovrà depositare esclusivamente i *file*

³⁷ Merita precisare che questo profilo di selezione nella legge-delega è collocato come un inciso e sembra precisato esclusivamente ai fini dell'utilizzazione cautelare delle intercettazioni (lett. a, punto 1). Per contro, il successivo punto 5) che rinvia ai casi previsti nel punto 1) ai fini della redazione selettiva del brogliaccio, sembra fare riferimento esclusivamente alle categorie di intercettazioni inutilizzabili o non pertinenti, come si è *supra* precisato.

³⁸ Sulla problematica, L. GIORDANO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura sulle buone prassi in materia di intercettazioni: prime considerazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2016. Ad avviso dell'Autore, proprio al fine di non sottrarre elementi difensivi, nella prassi il pubblico ministero tende a depositare con la richiesta cautelare i brogliacci di tutte le intercettazioni. Il pericolo di sottrazione di elementi favorevoli alla difesa, nella prospettiva della delibera, è superato dal fatto che, pur effettuando una selezione delle registrazioni, il pubblico ministero conserva le tracce audio registrate ed i relativi brogliacci. Queste registrazioni resteranno disponibili per la difesa al momento dell'udienza di stralcio. Anzi, laddove una simile selezione sia stata compiuta dal pubblico ministero, «il ricorso a detta udienza, secondo la delibera consiliare, è assolutamente necessario per consentire il necessario contraddittorio su questi profili». Ancora, si evidenzia il rischio che, in una logica di bilanciamento tra gli interessi costituzionali in gioco, deve essere corso se davvero s'intende evitare una grave lesione per la riservatezza.

³⁹ Più problematica è la possibilità di non presentare le intercettazioni inutilizzabili ma favorevoli alla difesa: peraltro, secondo una nota scuola di pensiero, l'inutilizzabilità sarebbe sempre superabile in nome del *favor rei*.

⁴⁰ Si tratta di una questione dibattuta sin dalla riforma apportata con la legge 8 agosto 1995 n. 332 che ha imposto al pubblico ministero l'obbligo di depositare assieme all'istanza *de libertate* tutti gli elementi favorevoli alla difesa.

audio relativi alle sole conversazioni presentate con la richiesta ed in relazione alle quali sono stati redatti i brogliacci. Dunque, saranno depositate esclusivamente le singole conversazioni selezionate dal magistrato requirente in base ai predetti criteri. Qualora, poi, il giudice ritenga rilevanti ed utilizzabili esclusivamente alcune tra le conversazioni indicate dal pubblico ministero a supporto della richiesta, vi è da ritenere che l'obbligo di deposito in favore della difesa investa esclusivamente queste ultime, configurandosi stavolta un filtro di rilevanza a tre fasi che vede nell'organo giurisdizionale l'ultimo protagonista.

Sul punto, è molto chiara la circolare della procura di Roma secondo cui «in caso di adozione di misure cautelari il pubblico ministero provvederà al deposito dei file audio delle conversazioni utilizzate per l'adozione del provvedimento e ritenute rilevanti. Il difensore avrà il diritto di ascoltare le registrazioni e ad estrarre copia dei file audio»⁴¹. Anche la delibera del CSM precisa che è opportuno predisporre un apposito supporto magnetico che contenga esclusivamente le conversazioni poste a sostegno della misura cautelare al fine di evitare la propalazione di registrazioni non trasmesse al giudice per le indagini preliminari ai fini dell'adozione della misura. Senz'altro il decreto delegato potrebbe proporre una disciplina che prospetti tale opzione.

Prima di concludere, è importante ricordare come, nella delibera ricognitiva, il CSM richiami l'attenzione sulla tutela della riservatezza anche con riferimento alle intercettazioni *rilevanti* precisando che non sempre è bene riportarne integralmente il contenuto dal quale potrebbero derivare inutili lesioni della sfera privata di terzi. L'organo di autogoverno della magistratura afferma che il pubblico ministero ed il giudice devono attenersi ad un onere di sobrietà contenutistica di natura deontologica che può rendere utile omissare i riferimenti a cose o persone. Qualora, tuttavia, risulti indispensabile riportare integralmente le conversazioni intercettate a garanzia della genuinità della prova, i magistrati dovrebbero evidenziarne il rilievo probatorio nella motivazione, illustrando il bilanciamento dei valori e le ragioni della riproduzione testuale.

4. La procedura di stralcio.

La legge-delega (art. 1, comma 84, lett. a) richiede una precisa scansione procedimentale per la selezione del materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine⁴². In proposito, merita precisare che, nel corso dei lavori preparatori è caduta la parola "udienza": la delega parrebbe dunque evitare una presa di posizione troppo netta sulla necessità che lo stralcio avvenga sempre in tale sede.

Il legislatore delegante impone che la procedura di stralcio, qualora non abbia già avuto luogo, si svolga comunque prima dell'avviso di conclusione indagini o della richiesta di giudizio immediato, su iniziativa del pubblico ministero e sul presupposto che questi ravvisi l'esistenza in atti di intercettazioni inutilizzabili o "irrilevanti" da indicare espressamente ai fini dello stralcio (art. 1, comma 84, lett. a) punto 4). Il divieto totale di pubblicazione cade esclusivamente per le intercettazioni da trascrivere per le quali vi è il diritto di copia in favore della difesa (art. 1, comma 84, lett. a) punto 2). Tutte le altre intercettazioni (ed i relativi verbali) restano dunque soggette al divieto totale di pubblicazione con una inedita divaricazione tra caduta del segreto e persistente non pubblicabilità dell'atto⁴³.

Occorre tenere presente che, malgrado tutti i filtri previsti in sede di redazione del brogliaccio o di richiesta cautelare, la delega non incide sull'obbligo del pubblico ministero di depositare tutte le registrazioni. Dunque, ai fini di una consapevole partecipazione allo stralcio,

⁴¹ Cfr. anche circolare Procura di Torino, 15 febbraio 2016. Ovviamente, se il pubblico ministero durante la vicenda cautelare non ha proceduto al deposito di tutte le intercettazioni ex art. 268, comma 4 c.p.p., le intercettazioni non presentate restano segrete per la difesa.

⁴² Cfr. P. TONINI e F. CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle Procure*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 708.

⁴³ In dottrina, su tale delicata questione, già, A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 206; G. CONSO, *Intercettazioni telefoniche: troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 138; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 141 s.; G. GIOSTRA, *Limiti alla conoscibilità dei risultati delle intercettazioni: segreto investigativo, garanzie individuali, diritto di cronaca*, in AA.Vv., *Le intercettazioni di comunicazioni e conversazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Milano, 2009, 402 ss.; V. GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in AA.Vv., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., 67; G. ILLUMINATI, *Come tutelare la riservatezza nelle intercettazioni telefoniche*, in *Gazz. giur.*, 1996, n. 3; C. PARODI, *Le intercettazioni*, Torino, 2002, 149; A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, Padova, 2011, 153 e 179. In senso critico rispetto al prolungamento del segreto sino alla conclusione delle operazioni peritali, A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 17, il quale ritiene preferibile far cadere il segreto al momento della chiusura dello stralcio.

la difesa ha un diritto all'ascolto integrale (art. 1, comma 84, lett. a) punto 2)⁴⁴.

Merita evidenziare che, nell'idea del Parlamento, la procedura di stralcio deve svolgersi qualora il pubblico ministero ravvisi l'esistenza in atti di intercettazioni inutilizzabili o "irrilevanti". Si opta, quindi, per quel "ricorso mirato" allo stralcio, cui fa riferimento la delibera del CSM: pertanto – e questo aspetto connota anche le scelte delle circolari – da passaggio necessario per pervenire alla acquisizione delle intercettazioni, mediante l'individuazione di quelle da trascrivere, la procedura di stralcio viene configurata nella legge-delega alla stregua di una sede deputata all'eliminazione delle intercettazioni da non acquisire⁴⁵. Non a caso, la procedura di stralcio sembra configurarsi come non obbligatoria: se il pubblico ministero ritiene di non ravvisare l'esistenza in atti di conversazioni irrilevanti egli è libero di non attivarsi. Ancora una volta si è dinanzi ad un ennesimo snodo cruciale la cui articolazione dimostra come la tutela della *privacy* risulti interamente rimessa alle determinazioni della pubblica accusa⁴⁶.

La legge-delega prevede che, quando non siano allegati a sostegno della richiesta di misura cautelare, gli atti siano custoditi in apposito archivio riservato, con facoltà di esame e ascolto ma non di copia, da parte dei difensori delle parti e del giudice, fino al momento di conclusione della procedura di stralcio (art. 1, comma 84, lett. a) punto 2). Come si è accennato, al contempo, con disposizione ripresa dalla circolare della procura di Torino, viene esteso il divieto totale di pubblicazione fino alla conclusione della procedura di stralcio (art. 1, comma 84, lett. a), punto 2): dunque, soltanto una volta terminata tale procedura, il divieto totale di pubblicazione cade esclusivamente con riguardo agli atti acquisiti; per contro, gli atti non acquisiti, anche se ascoltati dalla difesa ai fini dello stralcio, restano sempre non pubblicabili. Si tratta di un punto centrale: fino ad oggi il segreto ed il divieto totale di pubblicazione cadevano nel momento stesso in cui il pubblico ministero effettuava il deposito anche se il difensore non aveva il diritto alla copia: l'estensione del divieto totale di pubblicazione risulta, dunque, funzionale a proteggere le intercettazioni "irrilevanti" da indebite diffusioni, anche se restano – è appena il caso di precisarlo – tutte le obiezioni relative all'inefficacia della sanzione penale per la violazione di tale divieto (art. 684 c.p.).

Successivamente alla conclusione della procedura di stralcio, i difensori delle parti possono ottenere copia degli atti e trascrizione in forma peritale delle intercettazioni «ritenute rilevanti dal giudice» ovvero il cui rilascio sia stato autorizzato da tale soggetto nella fase successiva alla conclusione delle indagini preliminari (art. 1, comma 84, lett. a), punto 3)⁴⁷. Spicca il riferimento alla necessità che il giudice valuti in positivo la "rilevanza" della registrazione al fine di disporre l'acquisizione: il parametro ancora più restrittivo rispetto a quello che presiede alla scrematura effettuata in sede di redazione del brogliaccio ed al momento delle scelte cautelari⁴⁸, eppure è di tutta evidenza la difficoltà che l'organo giurisdizionale può incontrare nell'effettuare simili valutazioni senza avere un quadro completo dell'indagine.

⁴⁴ Merita considerare come il CSM, con singolare affermazione, auspichi una ulteriore verifica selettiva ad opera del pubblico ministero al momento del deposito degli atti al termine delle indagini; in questa fase dovrà farsi attenzione a non depositare conversazioni oggetto di selezione negativa salvo ripensamenti dovuti ad una rivalutazione del materiale probatorio. Occorre considerare che una simile selezione può essere fatta soltanto attraverso l'udienza di stralcio, quindi con la partecipazione della difesa.

⁴⁵ In tal senso, P. TONINI e F. CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle Procure*, cit., 708.

⁴⁶ L. FILIPPI, sub *comma 84, lett. a-e*, cit., 3534. È importante tenere presente che la Corte europea dei diritti umani si è pronunciata sulla problematica. Nel caso *Craxi c. Italia* (17 luglio 2003) nell'udienza dibattimentale del 29 settembre 1995 era stata data lettura di conversazioni intercettate (CEDU, *Craxi c. Italia*, 17 luglio 2013, in *Cass. pen.*, 2004, 686, con nota di A. TAMIETTI, *Intercettazioni telefoniche garanzie a tutela del diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza dell'imputato*). La Corte ha stigmatizzato il mancato svolgimento di un'udienza precedente nel corso della quale le parti ed il giudice, in modo riservato, potessero escludere i brani delle conversazioni intercettate sprovviste di attinenza con il procedimento giudiziario, fornendo una garanzia importante al diritto enunciato all'art. 8 CEDU. In particolare, i Giudici di Strasburgo hanno ravvisato una duplice violazione dell'art. 8 CEDU: sia in quanto seguito da una indagine effettiva sulla maniera in cui queste conversazioni private erano state rese pubbliche sulla stampa; sia in ragione del fatto che le autorità italiane non avevano rispettato le procedure legali prima della lettura dei verbali delle conversazioni telefoniche intercettate.

⁴⁷ È da ritenere che la difesa possa ottenere copia delle conversazioni soltanto a seguito della pronuncia del giudice. Risultano in tal modo superati i dubbi prospettati in relazione alla soluzione accolta dalla circolare della procura di Torino – cui risulta dichiaratamente ispirata la legge-delega – che prevedeva in favore della difesa il diritto alla copia per le intercettazioni che il pubblico ministero non avesse indicato nella richiesta di stralcio. Sul punto, in termini critici, F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 556.

⁴⁸ Si veda A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 18.

4.1. *Il rapporto tra procedura di stralcio e deposito ex art. 415-bis c.p.p.*

Quanto all'*an* ed al *quando*, la procedura di stralcio viene collocata nel momento in cui il pubblico ministero si accinge a formulare richiesta di giudizio immediato ovvero ritiene di inviare l'avviso di conclusione delle indagini (art. 1, comma 84, lett. a) punto 4). La legge-delega sembra dunque prendere posizione sul discusso tema del rapporto tra udienza di stralcio e deposito degli atti collegato all'invio dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*: quando ci sono intercettazioni, che il pubblico ministero ritenga inutilizzabili o "irrilevanti", la procedura di stralcio si configura come un passaggio necessitato al fine di evitare il deposito massivo di tutte le captazioni foniche assieme agli altri atti di indagine a seguito del predetto avviso⁴⁹.

Com'è noto, poiché nella prassi il pubblico ministero ritarda il deposito delle intercettazioni (art. 268, comma 5 c.p.p.) fino alla chiusura delle indagini preliminari, ci si chiede se – in assenza di un precedente stralcio – le intercettazioni debbano essere trattate alla stregua di tutti gli altri atti di indagine e, dunque, anche in relazione ad esse scatti l'obbligo del deposito con diritto di copia per la difesa a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-bis c.p.p.). A fronte di una giurisprudenza divisa, la soluzione – accolta dalla legge-delega – di imporre lo stralcio soltanto se il pubblico ministero ravvisa l'esistenza di conversazioni da mantenere riservate sembra muovere dal presupposto che il deposito ed il diritto di copia *ex art. 415-bis c.p.p.* abbiano ad oggetto anche le intercettazioni⁵⁰.

4.2. *Il ricorso "mirato e non massivo" allo stralcio.*

Come si è accennato, pare lecito affermare che la legge-delega accolta la scelta di un ricorso mirato e non massivo alla procedura di stralcio, secondo le indicazioni tracciate dal CSM. Nella delibera ricognitiva, l'organo di autogoverno della magistratura rileva che l'udienza di stralcio nella prassi non si celebra perché nei procedimenti semplificati è possibile utilizzare i brogliacci; perché la perizia trascrittiva può incidere sui tempi di custodia cautelare⁵¹; perché ci sono controversie giurisprudenziali sulla competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari o del giudice dell'udienza preliminare a disporre la trascrizione; perché può darsi che un'unica vicenda processuale si scinda in più procedimenti con diversi giudizi di rilevanza; perché può accadere che occorran più udienze per lo stralcio.

Alla luce di simili rilievi, la procedura di stralcio deve aver luogo quando il pubblico ministero si sia accorto che vi sono intercettazioni inutilizzabili o irrilevanti da eliminare in contraddittorio: si è già avuto modo di osservare che, letto in questa chiave, quello in esame non è un passaggio necessario per includere le intercettazioni da acquisire, bensì uno snodo eventuale che serve ad escludere le conversazioni da tutelare⁵². Infatti, quando il pubblico ministero non ha rilevato una situazione meritevole di tutela, la procedura di stralcio sembra poter aver

⁴⁹ Nel senso che questo adempimento avrà una notevole incidenza sui tempi del deposito della richiesta di giudizio immediato o dell'invio dell'avviso di conclusione delle indagini, A. CISTERNA, *Intercettazioni: i rischi di una delega troppo generica*, cit., 67.

⁵⁰ Merita, peraltro, ricordare la posizione giurisprudenziale garantista secondo cui la disciplina del deposito con diritto alla copia a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari vale per tutti gli atti diversi dalle intercettazioni (Cass., sez. VI, 3 maggio 2011, n. 21063, Andò, in *CED Cass.*, n. 250103; Cass., sez. V, 1° ottobre 2009, n. 4976, Mancuso, in *CED Cass.*, n. 246061). Queste ultime hanno una disciplina speciale che comporta il diritto alla copia esclusivamente a seguito dell'udienza di stralcio. Si tratta di una soluzione accolta anche dalla circolare della procura di Roma: «il deposito dei verbali e delle registrazioni (alla conclusione delle attività di intercettazione ovvero contestualmente alla conclusione delle indagini) comporta il diritto del difensore di ascoltare i *files* audio di tutte le conversazioni intercettate, ma non il diritto ad ottenere copia dei *file* audio [...] Resta fermo il diritto del difensore di ottenere copia dei file audio relativi alle conversazioni delle quali il giudice abbia disposto, in contraddittorio, la trascrizione (tipicamente all'udienza di stralcio o in sede dibattimentale)». In termini analoghi si esprime la circolare della procura di Bologna, 24 agosto 2016, in *www.ordineavvocatibologna.net*. Condivide tale impostazione, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, in *Trattato di proc. pen.*, diretto da G. Spangher, vol. II, tomo I, *Le prove*, a cura di A. Scafati, Torino, 2009, 509. Per contro, secondo le Circolari delle Procure di Napoli e Torino, il deposito con diritto alla copia *ex art. 415-bis c.p.p.* concerne anche le intercettazioni per le quali non sia stata svolta l'udienza di stralcio. I poli della questione sono stati efficacemente sintetizzati affermando che «se il divieto di rilasciare copia venisse meno a indagini concluse, sarebbe tradita la volontà legislativa di ridurre al minimo la lesione della riservatezza conseguente alla *discovery* dei risultati dell'ascolto», ma «se il divieto di rilasciare copia dei *files* dovesse permanere anche al termine delle indagini, sarebbe l'estensione del diritto di difesa a dipendere, ancor più irragionevolmente, da una libera scelta della parte pubblica». Così F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, cit., 554.

⁵¹ La giurisprudenza ritiene che sia possibile in tal caso la sospensione dei termini *ex art. 304*, comma 2 c.p.p. (Cass., sez. II, 12 dicembre 2008, n. 47614, in *CED* 242303). Sul punto, si veda L. GIORDANO, *Il Consiglio Superiore*, cit., 6.

⁵² In questi termini, nitidamente, F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, cit., 556. V. anche A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 10.

luogo anche in un momento successivo⁵³. Va da sè che, ove si addivenga ad una simile soluzione, risulta indispensabile interpretare l'art. 415-*bis* c.p.p. nel senso del necessario deposito di tutte le intercettazioni in favore della difesa. Una differente esegesi, infatti, penalizzerebbe il diritto di difesa senza alcuna contropartita in termini di riservatezza.

Nei limiti in cui si rende necessario il ricorso allo stralcio, il CSM rileva, poi, che in tale sede il difensore potrebbe mettere in evidenza gli errori valutativi compiuti dal pubblico ministero nell'attivazione della procedura cautelare: l'Organo di autogoverno della magistratura sembra palesare una preferenza per la celebrazione del contraddittorio in una udienza dinanzi al giudice per le indagini preliminari prima dell'avviso di conclusione delle indagini perché egli – specie dopo l'emissione di una misura cautelare – ha conoscenza degli atti di indagine e può condurre la valutazione di irrilevanza⁵⁴.

La soluzione accolta dalla delega, e vista con favore dal CSM, risulta modellata sulle linee-guida della procura di Torino. Anche tale circolare muove dal presupposto che con l'avviso di conclusione delle indagini scatti l'obbligo di deposito ed il diritto alla copia con caduta del divieto totale di pubblicazione; per questo, crea una procedura di stralcio *ad hoc* che, peraltro, sembra non implicarne lo svolgimento in udienza. Si richiamano gli artt. 268, commi 6-8 e 269, comma 3 c.p.p. non per pervenire alla trascrizione delle intercettazioni rilevanti ma per giungere alla separazione e secretazione processuale di quelle inutilizzabili, irrilevanti o contenenti dati sensibili in vista della loro distruzione; per le conversazioni semplicemente irrilevanti ma non contenenti dati sensibili, invece, «la scelta del momento in cui attivare la procedura prevista resta rimessa alla valutazione del magistrato titolare del procedimento, pur se i dati irrilevanti riguardino terze persone non indagate o non direttamente intercettate»⁵⁵.

Può essere utile riportare alcuni aspetti operativi che potrebbero ispirare il legislatore delegato. Per la procura di Torino, contestualmente all'invio dell'avviso di conclusione delle indagini, ovvero contestualmente alla richiesta di giudizio immediato, il pubblico ministero dà avviso ai difensori del deposito e della facoltà di ascolto, precisando che intende chiedere al giudice lo stralcio dei verbali inutilizzabili e di quelli irrilevanti e contenenti dati sensibili; nell'avviso deve essere inserito l'elenco delle registrazioni di cui si intende chiedere lo stralcio⁵⁶. Scaduto il termine di 5 giorni entro cui i difensori possono procedere all'ascolto, il pubblico ministero inoltrerà al giudice competente la richiesta di stralcio delle registrazioni e qualora non intenda o non possa chiederne subito la distruzione, la richiesta di invio al proprio ufficio per la conservazione ai sensi dell'art. 269 c.p.p. fino alla sentenza definitiva⁵⁷. Ciò che non è stralciato, sarà depositato al termine delle indagini preliminari.

4.3. *La tutela della difesa.*

Da un punto di vista teorico, l'anticipazione dello stralcio – quanto meno in alcune ipotesi – al momento della chiusura delle indagini è vista con favore dalla difesa. Infatti, l'orientamento che riteneva non doveroso il deposito delle intercettazioni unitamente all'avviso di conclusione delle indagini, per quanto rispettoso della riservatezza, risultava lesivo per il diritto alla

⁵³ Si tenga presente che, qualora lo stralcio avvenga in dibattimento, la Corte costituzionale ha raccomandato la cautela dello svolgimento a porte chiuse (C. cost., 15 novembre 2012, n. 255, in *Giur. cost.*, 2012, 4091). Sulla sentenza F. CAPRIOLI, *Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate*, *ibidem*, 4108.

⁵⁴ È possibile «immaginare che la selezione del giudice ex art. 268 c.p.p. possa avere un perimetro diverso da quello individuato dal pubblico ministero all'atto del deposito della richiesta cautelare, malgrado il contributo (sempre *soft*) delle parti private» (A. CISTERNA, *L'autoregolamentazione delle intercettazioni nelle linee guida delle procure*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 7).

⁵⁵ Anche la procura di Bologna prospetta un ricorso mirato all'udienza di stralcio. Analogamente, la circolare della procura di Napoli, secondo cui soltanto in caso di ritenuta irrilevanza il pubblico ministero deve chiedere l'udienza di stralcio prima dell'invio dell'avviso ex art. 415-*bis* c.p.p. che, secondo la procura, gli imporrebbe il deposito ed il rilascio di copia alla difesa. Peraltro, secondo la procura di Napoli, dopo l'udienza di stralcio, gli interessati dovranno chiedere la distruzione (in contraddittorio) ex art. 269 c.p.p. altrimenti si rischia il deposito ex art. 415-*bis* c.p.p. anche del materiale stralciato.

⁵⁶ La circolare della procura di Torino richiede la mera indicazione degli estremi del provvedimento autorizzativo, della data di acquisizione, del numero progressivo, senza alcuna sintesi dei contenuti. Come si è già accennato, appare preferibile l'inserimento di qualche ulteriore indicazione che potrebbe consentire alla difesa di meglio individuare le conversazioni da ascoltare al fine di prospetterne un recupero.

⁵⁷ Anche secondo la procura di Torino, attivata tale procedura, e fino ad esaurimento, rimarrà fermo il divieto di pubblicazione e gli atti rimarranno «processualmente segreti» fino alla decisione del giudice competente.

prova⁵⁸. Peraltro, la scelta di uno stralcio senza udienza potrebbe risultare non idonea ad assicurare un pieno contraddittorio tra le parti e, soprattutto, un adeguato e consapevole vaglio ad opera dell'organo giurisdizionale. Pertanto, sarebbe auspicabile che il legislatore delegato prevedesse una procedura di stralcio in udienza, rafforzando la dialettica tra i soggetti interessati.

Ancora, occorre tenere presente che la legge-delega non risolve una problematica classica: ai fini dello svolgimento dell'udienza di stralcio, «una delle criticità può ravvisarsi nella mole del materiale captato, spesso nel corso di mesi o anni di indagine, rispetto al quale la difesa dovrà compiere scelte definitive, “anticipate” rispetto alla completa *discovery* degli atti e senza avere la possibilità di estrarre copia dei dati anche al fine di effettuare una propria consulenza»⁵⁹. Anzi, la disciplina tratteggiata dal legislatore sembra addirittura aumentare le difficoltà per la difesa laddove stabilisce espressamente che, qualora una conversazione sia esclusa dalla verbalizzazione, nel brogliaccio deve darsi conto esclusivamente dalla data, dell'ora e dell'apparato sul quale la conversazione è avvenuta. Come si è già accennato, non potendo avere accesso ad una sintesi del contenuto rilevante del materiale intercettato – omissato *ab initio* – il difensore dovrà riascoltare per intero tutte le registrazioni per poterne ricavare informazioni rilevanti eventualmente per le finalità difensive. Per contro, un pieno e consapevole esercizio del diritto alla prova potrà svolgersi esclusivamente laddove sia consentita la possibilità di individuare, nel *mare magnum* delle conversazioni rimaste impigliate nella “pesca a strascico”, quelle alla cui acquisizione l'indagato potrebbe avere interesse. Pertanto, sarebbe utile che il brogliaccio recasse ragguagli, sia pure minimi, in ordine quanto meno agli interlocutori della conversazione⁶⁰.

4.4.

L'assenza di una specifica tutela dei terzi.

Prima di concludere sul punto, può essere utile considerare che è stata abbandonata l'idea di una tutela diretta dei diritti dei terzi coinvolti nell'attività captativa, salvo quanto previsto dall'art. 269 c.p.p. vigente. Nelle linee di riforma, la protezione di tali soggetti è affidata al pubblico ministero (e, sia detto per inciso, alla polizia giudiziaria), nel momento in cui viene operata la “selezione trascrittiva”. Si è persa ogni traccia dell'avviso di intercettazione da inviare ai terzi coinvolti previsto nel Ddl Mastella, in cui veniva disciplinato un nuovo art. 268-*sexies* c.p.p. rubricato “avviso a persone non indagate”. Eppure, occorre tenere presente che «non vi è necessaria coincidenza tra titolarità del diritto alla riservatezza e titolarità delle facoltà difensive e che può non esservi identità e convergenza degli strumenti di tutela dell'una e dell'altra sfera di interessi personali»⁶¹. In definitiva, la tutela dei terzi estranei risulta rimessa alla valutazione del pubblico ministero e, prima ancora, quanto meno di fatto, al vaglio della polizia giudiziaria⁶². È del tutto agevole osservare, inoltre, come le rilevate necessità di valorizzazione del diritto alla prova – che impongono la previsione di maggiori aperture in favore della difesa – possano presentare anch'esse profili di frizione con la tutela della riservatezza dei terzi.

Per quanto le soluzioni concrete si espongano ai rilievi che abbiamo sin qui tentato di prospettare, occorre tenere presente che, in linea di principio, si tratta dell'unico approccio prospettabile: se è ormai acclarato che il diritto alla prova deve prevalere sul diritto alla riservatezza è evidente come la tutela di quest'ultima non possa che essere attuata per così dire “di risulta” con riferimento a quelle conversazioni in relazione alle quali non appaia prospettabile un interesse probatorio né per l'accusa, né per la difesa. Ebbene, l'individuazione di un simile interesse non può che essere rimessa alle valutazioni di ciascuna “parte” nell'ambito della

⁵⁸ Tale previsione risolve una questione controversa, relativa all'accesso e diritto di copia del difensore dopo il deposito degli atti, ma prima che sia avvenuta l'udienza di stralcio. Nella prassi lo scarso o tardivo ricorso al subprocedimento *ex* articolo 268 c.p.p., determinava una lesione del diritto di difesa laddove il pubblico ministero rifiutava il rilascio di copia delle intercettazioni alla difesa, motivando il diniego con esigenze di tutela della riservatezza. Onerando la parte pubblica di un esame preliminare del corredo intercettato e della attivazione tempestiva dell'udienza di stralcio, il legislatore fornisce una precisa indicazione relativa ai tempi e alle finalità dell'udienza di stralcio, pertanto l'inerzia del pubblico ministero non potrà determinare una limitazione dei diritti di accesso agli atti della difesa». In tal senso, testualmente, L. GRANOZIO, *Riforma Orlando: delega su intercettazioni*, in www.camerepenali.it, 31 marzo 2017.

⁵⁹ L. GRANOZIO, *Riforma Orlando: delega su intercettazioni*, cit.

⁶⁰ V. *supra*, par. 2.2.

⁶¹ G. MELILLO, *Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza ed efficienza delle indagini*, cit., 3485.

⁶² In generale, sulla protezione “paternalistica” delle posizioni giuridiche che le circolari affidano al pubblico ministero, A. CISTERNA, *L'autoregolamentazione delle intercettazioni nelle linee guida delle procure*, cit., 5. Di pubblico ministero «paladino della privacy» parla A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 13.

propria strategia nonché, se mai, alle considerazioni del giudice, chiamato a pronunciarsi sullo stralcio; per contro, i terzi non paiono legittimi contraddittori all'interno di tale momento dialettico. Quanto, poi, alle conversazioni "acquisite" sembra senz'altro condivisibile quella tutela "di secondo grado" della riservatezza delineata dalla raccomandazione del CSM di evitare riproduzioni testuali, salvo che esse risultino indispensabili per la garanzia della genuinità della prova.

4.5.

Il silenzio sullo stralcio delle intercettazioni meritevoli di tutela assoluta.

In dottrina si è messo in evidenza come la legge-delega non preveda una disciplina speciale in relazione alle modalità di stralcio e distruzione delle intercettazioni inutilizzabili per ragioni di tutela assoluta della riservatezza legate al soggetto intercettato o al contenuto del colloquio⁶³. Senza effettuare alcuna distinzione, la legge afferma che le intercettazioni inutilizzabili o irrilevanti debbono essere stralciate «in contraddittorio»⁶⁴.

Come è noto, la sentenza costituzionale n. 1 del 2013 sulle intercettazioni del Capo dello Stato aveva individuato un modello «costituzionalmente imposto» in cui, qualora il pubblico ministero avesse ravvisato l'esistenza di intercettazioni meritevoli di tutela "assoluta", avrebbe dovuto chiederne la distruzione al giudice nel più breve tempo possibile e senza alcun previo contraddittorio. Per la Consulta, in relazione alle conversazioni in oggetto già la semplice rivelazione ai mezzi di informazione dell'esistenza delle registrazioni costituiva un *vulnus* da evitare. La Corte – riprendendo un risalente distinguo giurisprudenziale effettuato ad altri fini⁶⁵ – aveva individuato due differenti categorie di inutilizzabilità entrambe riconducibili alla disciplina tracciata dall'art. 271 c.p.p.⁶⁶. Una prima tipologia legata a ragioni di tipo procedurale, in relazione alla quale era senz'altro configurabile un preventivo contraddittorio, sia in ordine allo stralcio, sia in ordine alla distruzione; una seconda tipologia legata, invece, alla necessità di una tutela assoluta del soggetto intercettato o del contenuto del colloquio, in relazione alla quale era da escludere qualsivoglia contraddittorio ed il pubblico ministero avrebbe dovuto procedere unilateralmente allo stralcio chiedendo direttamente la distruzione al giudice.

Di tale problematica e di tale distinzione non si rinviene alcuna eco nella legge-delega, che fa riferimento alle intercettazioni inutilizzabili intese come categoria unitaria assoggettata alla medesima disciplina "selettiva" anche ai fini dello stralcio in contraddittorio: come si è accennato, esse sono assimilate *in toto* alle intercettazioni irrilevanti⁶⁷. Probabilmente le

⁶³ P. TONINI e F. CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle Procure*, cit., 705.

⁶⁴ Sulla necessità del contraddittorio ai fini della distruzione, CEDU, 31 marzo 2009, Natunen c. Finlandia, in *Cass. pen.*, 2009, 3219.

⁶⁵ Nel valutare l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello penale, si era formato un indirizzo secondo cui, l'art. 271 c.p.p. riunisce sotto un unico regime sanzionatorio violazioni tra di loro eterogenee. Alcune incidono direttamente sui diritti fondamentali (ad esempio, intercettazioni eseguite fuori dai presupposti previsti in Costituzione); altre, come la mancanza di motivazione sull'intercettazione *extra moenia*, riguardano mere regole interne al processo penale. Per tale motivo, in relazione a queste ultime ipotesi si è parlato di "inutilizzabilità specifiche", "vizi relativi" non idonei a compromettere in maniera sostanziale la validità della prova (Cass., sez. VI, 10 gennaio 2008, Cicino, in *CED Cass.* n. 238837; Cass., sez. IV, 2 luglio 2008, Bitta, in *CED Cass.* n. 239999; Cass., sez. II, 28 maggio 2008, Rosaniti, in *CED Cass.* n. 240629). In senso contrario, Cass., sez. un., 9 aprile 2010, Cagnazzo, in *Cass. pen.*, 2011, 1082, che – pur riconoscendo la obiettiva differenza tra le varie ipotesi di inutilizzabilità e mostrando di condividere dal punto di vista sostanziale la possibilità di graduare sulla base del bene giuridico protetto e dell'intensità della lesione le violazioni punite dall'art. 271 c.p.p. – ha ribadito che le scelte accolte dal legislatore costituiscono un limite alle interpretazioni giurisprudenziali anche se non si tratta di una disciplina costituzionalmente obbligata.

⁶⁶ Occorre tenere presente che la Consulta ha affermato che per le intercettazioni inutilizzabili non si applica l'udienza di stralcio ma la disciplina di distruzione *ex art.* 271, comma 3 c.p.p.

⁶⁷ Merita considerare che la circolare della procura di Bologna riprende le categorie tracciate dalla Corte costituzionale affermando che le mere inutilizzabilità procedurali non rilevano ai fini del vaglio preliminare condotto dal pubblico ministero e sottolineando che comunque la polizia giudiziaria non ha le competenze per effettuare simili valutazioni. Quanto alla procedura di distruzione, soltanto la Procura di Napoli ne esamina analiticamente le modalità.

critiche suscitate dalla scelta di omettere il contraddittorio⁶⁸ hanno indotto il Parlamento ad abbandonare tale strada anche se, è appena il caso di precisarlo, una disciplina che si discosti dalle indicazioni della Consulta potrebbe determinare profili di illegittimità costituzionale⁶⁹.

5. Le intercettazioni delle conversazioni con il difensore.

Con significativo ermetismo, la legge-delega si limita a prospettare la necessità di garantire la riservatezza delle comunicazioni «in particolare dei difensori nei colloqui con l'assistito» (art. 1, comma 84, lett a). In proposito, l'approfondimento delle soluzioni della predetta sentenza costituzionale sembra importante. Infatti, in un passaggio la Consulta aveva affermato che l'opzione della «distruzione unilaterale» delle registrazioni si adatta anche alla protezione dei colloqui segreti svolti dai professionisti tutelati dall'art. 200 c.p.p. e, dunque, anche di quelli tra il difensore e l'assistito⁷⁰. In materia si registrano tre specifiche circolari, una della Procura di Roma (16 giugno 2015) e due della Procura di Tivoli (16 marzo e 23 giugno 2017) alle quali è senz'altro utile fare riferimento in assenza di ulteriori indicazioni che guidino il legislatore delegato⁷¹.

Com'è noto, la disciplina attuale vieta l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori ed a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite e commina l'inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite in violazione di tale divieto e la distruzione delle stesse, salvo che costituiscano corpo del reato (artt. 103, commi 5 e 7 c.p.p.). La giurisprudenza ha ridotto l'ambito applicativo della norma: ravvisando la *ratio* della disciplina di favore nella tutela del diritto di difesa, si afferma che essa si riferisce alle sole intercettazioni di conversazioni relative alla funzione esercitata⁷² anche se il divieto opera a prescindere dalla nomina formale⁷³; in ogni caso, si ritiene che la prescrizione non si traduca in un divieto assoluto di conoscenza *ex ante* ma in una verifica postuma del rispetto dei relativi limiti con conseguente inutilizzabilità in caso di violazione⁷⁴.

Alla luce di tali diversificazioni, le circolari distinguono tra le differenti ipotesi e tentano di delineare una protezione della riservatezza del colloquio che, tuttavia, è resa ostica dalla necessità di verificare l'identità dei colloquianti ed i contenuti della conversazione al fine di decidere l'omissione della trascrizione. Proprio la varietà della casistica rende ancora più complessa l'interazione tra la polizia giudiziaria ed il magistrato procedente, con la concreta possibilità che la verifica sia condotta *ex post*, a verbalizzazione effettuata, e con la probabile circolazione delle parti atezizzate che – anche qualora se ne preveda la conservazione nell'archivio riservato del pubblico ministero in attesa della distruzione⁷⁵ – suscitano forti appetiti mediatici ed irresistibili tentazioni di utilizzazioni informali nel procedimento.

In particolare, la circolare della procura di Roma distingue tra intercettazioni dirette ed intercettazioni indirette. Con riguardo alle intercettazioni dirette nei confronti del difensore (in quanto indagato o offeso), si precisa che esse saranno utilizzabili eccezion fatta per le con-

⁶⁸ In termini critici sulla possibilità di disporre la distruzione in assenza di contraddittorio, si veda P. FERRUA, *La sentenza sulle intercettazioni "casuali" del presidente Napolitano. I non sequitur della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, 1287 ss.; R. ORLANDI, *Distrugette quelle registrazioni*, in *Cass. pen.*, 2013, 1347; A. ZAPPULLA, *Segreti versus contraddittorio in materia di intercettazioni*, *ivi*, 2014, 4329. Condividono l'impostazione della sentenza, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 18^a ed., Milano, 2017, 411 ss.; G.M. BACCARI, *Conflitto Capo dello Stato-Procura di Palermo: La Consulta delinea il potere di filtro del PM*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 674. Ad avviso di L. FILIPPI, *L'immunità assoluta del Presidente della Repubblica dalle intercettazioni*, in *Leg. pen.*, 2013, 947, *de iure condendo* potrebbe prospettarsi la possibilità di un contraddittorio ridotto al fine di verificare l'identità dei colloquianti con riferimento alle intercettazioni inutilizzabili per tale motivo. Sulla sentenza, si veda, inoltre E. MARZADURI, *La ricostruzione del ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale italiano e la garanzia della riservatezza assoluta delle comunicazioni presidenziali*, *ibidem*, 957. Confida nel potere dell'organo giurisdizionale di salvare le intercettazioni favorevoli alla difesa N. GALANTINI, *Un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra Capo dello Stato e la procura di Palermo*, in *questa Rivista*, 2013, 236.

⁶⁹ Nel senso che comunque il meccanismo di selezione incentrata sul pubblico ministero, delineato dalla Corte costituzionale, sembra ispirare le circolari e la stessa delega, ancora, P. TONINI e F. CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle Procure*, cit., 705.

⁷⁰ Sull'assenza di contraddittorio in relazione alla distruzione di conversazioni tutelate dal segreto professionale, A. CAMON, *La decisione del conflitto fra il capo dello Stato e la Procura di Palermo: qualche incertezza sul piano tecnico, grande equilibrio su quello politico-istituzionale*, in *Leg. pen.*, 2013, 941-942, il quale fa l'esempio della conversazione intrattenuta dal medico e rileva che la difesa potrebbe aver interesse ad interloquire sulla distruzione al fine di esercitare il diritto alla prova.

⁷¹ La circolare della procura di Roma si trova in *Quest. giust.*, 19 aprile 2016.

⁷² Cass., sez. V, 25 settembre 2014, n. 42854, Galati, in *CED Cass.*, n. 261081.

⁷³ Cass., sez. V, 18 febbraio 2003, n. 12944, Ricciotti, in *CED Cass.*, n. 224251.

⁷⁴ Cass., sez. VI, 4 maggio 2005, n. 36600, Assinnata, in *CED Cass.*, n. 232266.

⁷⁵ In tal senso, la circolare della procura di Tivoli, 16 marzo 2017.

versazioni attinenti alla funzione difensiva (con soggetti estranei alle indagini ed attinenti alla attività professionale). Nel dubbio, la polizia giudiziaria dovrà rivolgersi al pubblico ministero.

Con riferimento alle intercettazioni indirette (si intercetta l'indagato e risulta una conversazione col difensore), le conversazioni non potranno essere riportate nei brogliacci, in cui comparirà soltanto la dicitura "conversazione con il difensore non utilizzabile"⁷⁶. È appena il caso di rilevare che la previsione contenuta nella legge-delega circa la necessità di indicare soltanto «data, ora e apparato su cui la registrazione è intervenuta» (art. 1, comma 84, lett. a, punto 5), nella sua generalità, sembra riferirsi anche alle conversazioni con il difensore, escludendo la possibilità che il legislatore delegato si conformi, sotto questo profilo, alle soluzioni delle circolari.

Le linee-guida della procura di Roma prevedono, poi, che in caso di dubbio in merito alla attinenza della conversazione alla funzione difensiva, la polizia giudiziaria sottoponga il contenuto della conversazione, trascritta e trasmessa con nota autonoma, alla valutazione del pubblico ministero che darà le opportune direttive; se il magistrato riterrà la conversazione inutilizzabile, trasmetterà la nota con il visto del procuratore aggiunto competente alla segreteria del procuratore per la conservazione agli atti nel protocollo riservato finché il giudice non ne disponga l'eventuale distruzione. A quest'ultimo proposito, nella circolare del 23 giugno 2017, la procura di Tivoli prospetta soluzioni interessanti in ordine al procedimento da seguire, facendo espresso riferimento ai *dicta* della sentenza costituzionale n. 1 del 2013, con un significativo correttivo: si stabilisce, infatti, che dopo aver accertato l'operatività della tutela dell'art. 103 c.p.p. il pubblico ministero debba chiedere direttamente al giudice la distruzione delle registrazioni e della relativa documentazione; tuttavia, gli effetti irreversibili della distruzione inducono a tentare di individuare – in attesa di un orientamento interpretativo degli organi giurisdizionali – una soluzione in cui almeno i difensori degli indagati possano venire a conoscenza del procedimento al fine di consentire una possibile interlocuzione sulla scelta del pubblico ministero attraverso istanze da presentare al giudice⁷⁷.

6. Una *lex imperfecta*?

A chiusura delle sintetiche considerazioni sin qui svolte in relazione all'articolato della legge-delega, ed in attesa dell'opera nomopoietica del legislatore delegato, merita evidenziare l'assenza di un idoneo apparato sanzionatorio per le violazioni della disciplina a tutela della riservatezza. Il riferimento va non soltanto al mancato allestimento di una specifica tutela civile o penale in relazione alla violazione del divieto di pubblicazione – dovuto a sin troppo ovvie ragioni connesse alla posizione contraria dei giornalisti – ma anche alla difficoltà di far operare sanzioni processuali per eventuali omissioni o errori di valutazione del pubblico ministero. Ci si domanda, infatti, cosa accada qualora il magistrato inquirente – o la polizia giudiziaria – non procedano allo stralcio al momento della redazione del brogliaccio, ovvero ai fini delle iniziative *de libertate* o ancora in relazione alla procedura acquisitiva che trova il suo epilogo nella trascrizione e, dunque, lascino agli atti conversazioni processualmente inutili e

⁷⁶ Dal canto suo, la circolare della procura di Tivoli si occupa di quel problema delicato che consiste nella necessità di disporre il distacco dell'utenza qualora emerga che l'intercettazione in corso è vietata dall'art. 103 c.p.p. In tal caso, non si configura un potere autonomo di interruzione dell'attività d'intercettazione in capo alla polizia giudiziaria in ragione dell'evidente necessità del controllo "successivo", che ricade sotto la responsabilità del pubblico ministero. Sulla necessità di disporre il distacco, S. SAU, *In tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: alcune riflessioni a margine di una recente inchiesta giudiziaria*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 189.

⁷⁷ In particolare si prevede che il pubblico ministero debba avanzare richiesta di distruzione contestualmente all'avviso di conclusione delle indagini preliminari nel quale si preciserà che è stata formulata la predetta istanza in modo che i difensori possano immediatamente presentare le proprie osservazioni. In caso di giudizio immediato, l'istanza del pubblico ministero sarà formulata contestualmente alla richiesta del rito la conoscenza dell'avvio del procedimento sarà resa nota ai difensori con la notifica del decreto che dispone il giudizio.

lesive della *privacy*⁷⁸.

È di tutta evidenza che la difficoltà di attivare una disciplina repressiva di tali condotte è dovuta alla natura discrezionale di simili valutazioni. Al tempo stesso, dal punto di vista strettamente processuale, non è agevole individuare la sanzione più adatta. Quand'anche si ipotizzasse di colpire con l'inutilizzabilità le conversazioni verbalizzate a dispetto dell'obbligo di scrematura – se del caso trasformando quest'ultimo in un vero e proprio *divieto di verbalizzazione* – tale strumento risulterebbe del tutto inidoneo a prevenire eventuali lesioni alla riservatezza dovute alla fuga della notizia ormai illegittimamente entrata nel circuito processuale "ufficiale". Simili rilievi sembrano destinati a valere anche a prescindere dalla eventuale messa a punto di uno specifico meccanismo di distruzione. Un idoneo deterrente si potrebbe individuare nella reazione sul piano disciplinare; tuttavia, la concretizzazione di tale profilo postulerebbe, anche stavolta, controlli su scelte discrezionali del magistrato inquirente di difficile e "odiosa" attuazione. Le osservazioni sin qui svolte rafforzano la considerazione secondo cui la riforma affidato al pubblico ministero la protezione della riservatezza facendo affidamento fondamentalmente sugli obblighi istituzionali di lealtà e correttezza nell'ottica di tutela della legalità⁷⁹.

Peraltro, ciò che più preme sottolineare è la mancanza di una disciplina specifica delle conversazioni, originariamente verbalizzate dalla polizia giudiziaria, di cui il pubblico ministero abbia, per contro, disposto l'omissione. Una simile lacuna è, con tutta probabilità, dovuta al fatto che il legislatore delegato non aveva ben presente tale eventualità. Eppure, per un verso, appare indispensabile che il legislatore delegato preveda un divieto di inserimento agli atti del procedimento e un complementare obbligo di distruzione di tale materiale; per un altro verso, sarebbe estremamente utile la previsione di sanzioni civili e penali per l'illecita pubblicazione, sulla scorta di quanto previsto agli artt. 3 e 4 della legge n. 281 del 2006, di conv. del decreto-legge n. 259 del 2006 in relazione alle intercettazioni illegali. Come è noto, tale disciplina ha sortito una notevole efficacia deterrente perché simili intercettazioni – anche nella vicenda concreta che ha dato origine alla decretazione d'urgenza – non sono mai fuoriuscite dal circuito processuale⁸⁰.

⁷⁸ Nel senso che il legislatore avrebbe dovuto prevedere un divieto di allegazione con un'adeguata sanzione in caso di inosservanza, L. FILIPPI, sub *comma 84, lett. a-e*, cit., 3534. Sotto altro profilo, il medesimo Autore rileva, altresì, l'assenza di qualsivoglia sanzione processuale per l'omessa o ritardata udienza di stralcio: «non si tratta soltanto di modificare la norma, che certamente può essere migliorata (ad esempio introducendo la prescrizione, simile a quella dettata dall'art. 195, c. 1 c.p.p. per la testimonianza indiretta, per cui, a richiesta di parte, l'udienza di stralcio e la trascrizione devono necessariamente svolgersi prima della decisione in udienza preliminare, sotto comminatoria di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni). È necessario un mutamento culturale nella giurisprudenza, la quale non può continuare a stravolgere il chiaro dettato della legge, consentendo la decisione del giudice dell'udienza preliminare e persino del dibattimento senza disporre la trascrizione, oppure ammettendo una tardiva selezione delle conversazioni rilevanti in udienza preliminare, in dibattimento e persino in grado d'appello. Sembra invece ovvio che la persona indagata, già al momento della conclusione delle indagini preliminari, abbia diritto di difendersi e perciò di conoscere l'esatto contenuto delle registrazioni, non solo ascoltandole, ma potendone chiedere ed ottenere la trascrizione, senza doversi affidare al sommario resoconto contenuto nei brogliacci della polizia giudiziaria; ed è altrettanto ovvio che anche il giudice dell'udienza preliminare debba decidere conoscendo le registrazioni risultanti dalla perizia trascrittiva».

⁷⁹ «Ecco allora la domanda: e se anche quest'assetto venisse disapplicato? Se anche nel nuovo regime la selezione dei colloqui venisse rinviata alla fase processuale, ad opera d'un pubblico ministero disattento o in cerca di pubblicità? Si possono immaginare sanzioni? Di che tipo: penali, disciplinari, processuali? Oppure il silenzio della delega equivale ad un divieto? E se fosse così, non rischieremmo che, alla resa dei conti, dalla montagna sbucasse un topolino?» (cfr. A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 18).

⁸⁰ L'art. 3 punisce chiunque consapevolmente detiene gli atti, i supporti o i documenti di cui sia stata disposta la distruzione ai sensi dell'articolo 240 c.p.p. con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni. La pena è da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio. L'art. 4 prevede la possibilità di chiedere una riparazione all'autore della pubblicazione degli atti o dei documenti di cui al comma 2 dell'articolo 240 c.p.p., al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, una somma di denaro determinata in ragione di cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico. In ogni caso, l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro. L'azione può essere proposta da parte di coloro a cui i detti atti o documenti fanno riferimento, si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della pubblicazione e senza pregiudizio di quanto il Garante per la protezione dei dati personali possa disporre ove accerti o inibisca l'illecita diffusione di dati o di documenti, anche a seguito dell'esercizio di diritti da parte dell'interessato.