

## INTRODUZIONE

Quella delle intercettazioni è materia da decenni al centro di ricorrenti conati di riforma. Né, forse, poteva essere altrimenti, attesa la natura primaria e delicatissima degli interessi coinvolti: dalla efficacia dell'azione di accertamento dei reati alla tutela della riservatezza; dal diritto di informare ed essere informati al diritto di difesa. Con obiettivi non sempre limpidi, si è più volte cercato di porre mano alla disciplina di questo importante strumento investigativo alla ricerca di un più soddisfacente punto di equilibrio, ma senza che le diverse iniziative siano mai giunte ad un approdo legislativo. Sino al d.lgs. n. 216 del 2017.

La recente riforma ha certo il merito di focalizzare l'attenzione sulle due principali carenze della normativa in materia: l'inaccettabile disinteresse per la riservatezza dei soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nelle conversazioni captate e l'assenza di qualsiasi disciplina nell'uso investigativo dell'insidiosa tecnologia rappresentata dai cosiddetti captatori informatici o *trojan horses*.

Il legislatore dell'89 aveva sostanzialmente ignorato il problema della protezione della riservatezza, trattando le intercettazioni come un qualsiasi atto di indagine, di cui era possibile divulgare il contenuto al venir meno del segreto interno, senza tener conto della peculiarità delle intercettazioni che, a mo' di reti a strascico, raccolgono sovente dati irrilevanti per il processo, spesso gravemente e inutilmente lesivi della *privacy*. Una grave falla nel sistema per la quale il nostro Paese si è guadagnato le censure della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Non era meno urgente, poi, intervenire per governare l'uso del captatore informatico, formidabile strumento di procacciamento di informazioni dall'inquietante potenziale invasivo della sfera privata: la sua straordinaria efficacia esplorativa e acquisitiva di dati è troppo preziosa, perché l'inquirente rinunci ad avvalersene; ma i diritti individuali in gioco impongono che se ne demarchino normativamente i confini ope-

rativi, evitando che l'uso di tale nuova tecnica investigativa sia relegato fra le attività informali di polizia.

Questa attenzione bifocale della Delega ha consigliato di dividere in due parti il presente volume, attesa l'eterogeneità dei fronti tematici. Prima di anticiparne separatamente i principali contenuti, peraltro, non possiamo non segnalare il denominatore comune dell'intero impianto della riforma: un preoccupante scadimento del *drafting* legislativo e una sconcertante arrendevolezza del legislatore rispetto alle spinte provenienti dalla prassi giudiziaria e giurisprudenziale. I principi della Delega sono stati redatti con sintassi giuridica precaria, caratterizzata da un improprio ricorso a locuzioni sovrabbondanti e poco rigorose, che spesso hanno reso di difficile comprensione i criteri dettati al delegato, talvolta addirittura intorbidando il significato linguistico di talune proposizioni normative. Sul piano dei contenuti, le scelte effettuate sono state supinamente operate sulla scia di un diritto pretorio, formatosi entro la griglia normativa che il legislatore avrebbe dovuto appunto riformare. Ne è conseguito un farraginoso meccanismo di selezione delle conversazioni irrilevanti, nel tentativo di riprodurre in un sistema unitario le soluzioni con cui le circolari delle più importanti Procure italiane avevano cercato di risolvere o di contenere, in base alla normativa vigente, il fenomeno della propalazione di colloqui captati dal contenuto processualmente insignificante. Quanto al captatore informatico, la nuova disciplina risulta "confinata" nello stesso, angusto perimetro operativo in cui, decidendo sui casi concreti, si era mossa la giurisprudenza. Dal legislatore era ragionevole attendersi, invece, una più complessiva regolamentazione dei molteplici usi che questa nuova risorsa tecnologica offre alle agenzie investigative. A questo proposito sarebbe stato sufficiente volgere lo sguardo ad alcune esperienze straniere, per comprendere come il problema del captatore informatico vada ben oltre le intercettazioni ambientali effettuate su dispositivi portatili.

La parte del volume dedicata alla tutela della riservatezza conferma quasi plasticamente le considerazioni svolte. Il primo criterio direttivo della Delega si apriva con un *incipit* promettente, «prevedere disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni», e terminava con una chiusa rassicurante: «fermi restando i limiti e i criteri di utilizzabilità vigenti». Nitido l'obbiettivo primario dell'intervento legislativo e inequivoci i confini: il suo perseguimento non poteva essere occasione – come talvolta accaduto in passato – per limitare surrettiziamente

l'uso dello strumento intercettativo. Già tra l'alfa e l'omega di quel primo criterio direttivo, tuttavia, si dispiegava un linguaggio normativo involuto e approssimativo, con cui – tra l'altro – si invitava il legislatore delegato ad avere «speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle persone occasionalmente coinvolte». Si tratta di una *aberratio ictus*, poiché ciò che rileva non è la “terzietà” delle persone, bensì delle notizie, essendo evidente, da un lato, che dati sensibili dell'indagato, se affatto estranei alle indagini, non debbono essere liberamente propalabili, come anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte insegnato; dall'altro, che dati sensibili riguardanti persone occasionalmente coinvolte possono invece essere pubblicati, se rilevanti per il processo.

Ma la principale causa dell'astrusa complessità del nuovo sistema è la sconsiderata scelta-cardine su cui il delegante ha imperniato la sua strategia riformatrice: nell'ingenua convinzione che per limitare la propalazione delle notizie captate basti far scrivere poco all'ascoltante, si è pensato di imporre alla polizia giudiziaria di indicare nel c.d. brogliaccio soltanto la data e l'ora delle conversazioni ritenute irrilevanti. Non essendo tuttavia pensabile che alla polizia giudiziaria sia riconosciuto il potere di operare una cernita sostanzialmente insindacabile, il delegato le ha imposto il dovere di annotare il contenuto di tali conversazioni in modo che il pubblico ministero, prima, e la difesa, poi, possano valutare l'effettiva inutilità per il processo delle conversazioni “oscurate” ed eventualmente pretenderne – con strumenti e in momenti diversi – il recupero al procedimento. Una superfetazione documentale che pone problemi di conservazione e di regime d'uso che saranno approfonditamente analizzati.

Speciale attenzione, poi, sarà dedicata all'inedita istituzione di un archivio riservato nel quale confluisce tutto il materiale relativo alle intercettazioni, che lì è destinato ad essere custodito, coperto dal segreto, salvo che il giudice non ne riconosca la rilevanza o che non sia direttamente acquisito al fascicolo del pubblico ministero nel corso del procedimento cautelare. In questo procedimento, infatti, si prevede una doppia selezione *inaudita altera parte* affidata al pubblico ministero e al giudice, peraltro sguarnita di adeguati presidi sanzionatori in caso di inosservanza dei prescritti criteri. Particolari profili problematici presenta nei due meccanismi selettivi il versante delle prerogative della difesa, talvolta sacrificate alle esigenze di tutela della riservatezza. Di tutt'altra natura, ma comunque intimamente legata al diritto di difesa, è

poi la delicatissima tematica delle intercettazioni che vedono il difensore tra i locutori, a cui viene dedicata una particolare riflessione.

Ha meritato autonoma trattazione anche la nuova fattispecie incriminatrice introdotta con l'art. 617-*septies* c.p., che punisce la diffusione di riprese e di registrazioni fraudolente. Complice anche la non felicissima formulazione normativa, tale fattispecie pone all'interprete – come vedremo – spinose questioni, a partire da quella se sia punita la diffusione di conversazioni fraudolentemente captate soltanto da chi era presente all'incontro o alla conversazione oppure anche da un terzo estraneo.

Non poteva mancare, infine, una particolare riflessione in ordine alle regole che debbono fare da cerniera temporale tra l'applicazione della vecchia e quella della nuova disciplina. Questa, secondo l'art. 9 d.lgs n. 216 del 2017, si dovrebbe applicare alle operazioni di intercettazione autorizzate da provvedimenti emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto.

Se tale disposizione dovesse essere intesa come una sorta di mera "*vacatio legis*", cioè diretta soltanto a differire l'entrata in vigore del decreto legislativo, si porranno problemi che andranno risolti secondo i canoni del diritto intertemporale incardinati – in materia processuale – sul principio *tempus regit actum*. Se, invece, ci si orientasse a ritenere che l'art. 9 contenga una vera e propria disposizione transitoria, in deroga ai principi generali del diritto intertemporale, le operazioni di intercettazioni autorizzate prima dell'entrata in vigore del decreto continuerebbero ad essere effettuate, documentate e selezionate sulla base della disciplina previgente, proponendo tra l'altro questioni di non facile "convivenza" con intercettazioni disposte dopo l'entrata in vigore nell'ambito dello stesso procedimento.

Nel commentare una normativa destinata ad incidere in modo tanto significativo sulle modalità di "metabolizzazione" processuale delle conversazioni e delle comunicazioni intercettate è parso estremamente opportuno dare voce anche alle professionalità (pubblico ministero, giudice per le indagini preliminari, avvocato, giornalista giudiziario) che con le nuove regole dovranno misurarsi ed operare, affinché possano predittivamente indicare e valutare i termini del probabile impatto che queste potranno avere sullo svolgimento della loro funzione.

La parte della riforma dedicata ai cosiddetti captatori informatici sconta i limiti imposti dalla legge delega. La limitazione è duplice: ri-

guarda sia la finalità dell'operazione investigativa, circoscritta alle sole intercettazioni ambientali, con esclusione delle altre, molteplici informazioni acquisibili con questa nuova tecnica, sia l'obiettivo preso di mira: i soli dispositivi elettronici portatili, con esclusione di quelli a postazione fissa.

Non è facile capire il senso di questa riluttanza del legislatore ad affrontare i molteplici problemi di informatica forense, con l'ampiezza che avrebbe imposto la concreta applicazione delle nuove tecnologie all'indagine penale. Ci si è mossi entro i confini segnati dalla nota sentenza delle Sezioni unite (Scurato, luglio 2016), che si era limitata a considerare il problema dell'intercettazione ambientale. Limitazione del tutto giustificata dalla necessità – per un giudice – di rispettare il *petitum*, ma nient'affatto giustificata per il legislatore (in questo caso, delegante), tenuto invece a esplorare la varietà di problemi e questioni che la pratica delle indagini informatiche può porre, ben oltre le intercettazioni ambientali. Quali siano i molteplici usi investigativi cui si presta il *malware* informatico emerge con chiarezza dal primo capitolo della seconda parte. Gli studi di informatica forense confermano la notevole insidiosità di una tecnica d'indagine capace di sondare aspetti anche intimi della vita di relazione, all'insaputa del soggetto preso di mira.

In sede legislativa è difettata, evidentemente, la consapevolezza che dette tecnologie possano ledere la dignità della persona anche quando il loro uso punti a raccogliere informazioni sensibili diverse da quelle oggetto di comunicazione o corrispondenza. Informazioni comunque ascrivibili a quel patrimonio di riservatezza nel quale si compendia, a ben vedere, la personalità individuale e, con essa, la dignità della persona. E dove si profila un rischio di ledere la dignità umana c'è sempre, si sa, un diritto fondamentale da proteggere.

Questo è, precisamente, l'argomento ritenuto risolutivo dalla Corte costituzionale tedesca che, già nel febbraio 2008, aveva affermato l'esistenza di un diritto personale all'uso confidenziale delle tecnologie informatiche, sì da attrarre l'uso investigativo dei *trojan horses* nell'orbita dei diritti fondamentali, comprimibili solo nei casi e modi stabiliti dalla legge, sulla base di un atto motivato dell'autorità giudiziaria, nel rispetto del principio di proporzionalità. Il pur apprezzabile sforzo dottrinale di elaborare la nozione di domicilio virtuale per estendere alle perquisizioni *on-line* le norme in tema di perquisizioni e sequestri informatici appare inadeguato a tutelare le situazioni giuridiche che l'uso dei captatori informatici è in grado di comprimere.

Per questo, nella seconda parte del volume, accanto ai contributi sulle nuove norme in tema di intercettazioni ambientali effettuate con captatori informatici, trova spazio il capitolo sulle perquisizioni *on-line*: tema trascurato dalla riforma, ma non ignoto alla prassi. Il raffronto con la realtà tedesca mette in evidenza la gravità della trascuratezza che può essere rimproverata al legislatore italiano. L'esigenza di un ulteriore aggiornamento della normativa sui cosiddetti captatori informatici non tarderà a riproporsi nel prossimo futuro, proprio con riguardo alla varietà di usi che questi formidabili mezzi investigativi sono in grado di assicurare.

L'esame della normativa evidenzia poi ulteriori manchevolezze e difficoltà applicative. A cominciare dalla regola che – per l'intercettazione ambientale effettuata con *malware* informatico in relazione a delitti diversi da quelli indicati nei commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p. – impone l'attivazione di un dispositivo geo-localizzatore. Operazione pressoché impossibile, allo stato, assicurano coloro che hanno esperienza nell'uso di queste modalità investigative. A chiarire come si risolverà questo delicato problema dovrebbe contribuire l'atteso regolamento ministeriale, al quale si riferisce il novellato art. 89 disp. att. c.p.p. Incertezze interpretative affioreranno poi verosimilmente con riguardo al mancato rispetto degli *standard* tecnici imposti da detto regolamento e delle altre modalità che i quattro commi del citato art. 89 stabiliscono per il trasferimento delle comunicazioni intercettate verso gli impianti delle Procure della Repubblica e per la documentazione delle relative operazioni. Andrà, al riguardo, sciolto il dubbio circa il valore processuale da assegnare a tali disposizioni e circa le conseguenze della loro eventuale inosservanza: si tratta di norme gravitanti nell'orbita dell'art. 268 commi 1 e 3 c.p.p., tali cioè da determinare – se trasgredite – la sanzione minacciata dall'art. 271 c.p.p.? Oppure si tratta di altro? Sono, questi, solo alcuni dei temi analizzati nei contributi che arricchiscono la seconda parte del volume.

Si è poi ritenuto di affiancare ai commenti tematici sulle norme novellate il punto di vista di operatori del diritto (un avvocato e un magistrato) che hanno maturato significative esperienze sul terreno dell'informatica forense.

Chiude la serie dei saggi uno scritto riguardante le questioni intertemporali. Posto che anche questa parte della riforma è destinata a entrare in vigore con sensibile dilazione temporale (sei mesi) rispetto alla pubblicazione in *Gazzetta ufficiale*, sorgono questioni interpretative,

fonti di prevedibili controversie, in ordine alla disciplina applicabile nel semestre di *vacatio* e all'utilizzabilità dei risultati acquisiti in questo considerevole lasso di tempo.

Fermo-Bologna, marzo 2018

I CURATORI

*Un ringraziamento sentito al dottor Andrea Zampini che ha atteso con competenza, intelligenza e generosa disponibilità alla revisione redazionale e al coordinamento dei contributi.*





PARTE PRIMA

NUOVI EQUILIBRI  
FRA DIRITTO ALLA RISERVATEZZA,  
DIRITTO DI CRONACA  
E DIRITTO DI DIFESA

*a cura di Glauco Giostra*



# I

## DALL'ESECUZIONE DELLE OPERAZIONI DI ASCOLTO ALL'ACQUISIZIONE DELLE CAPTAZIONI RILEVANTI

*di Chiara Gabrielli*

SOMMARIO: 1. Le coordinate ideologiche della riforma. – 2. Il “doppio binario” delle modalità di documentazione: dalle ambiguità della disciplina alle incertezze dell'applicazione. – 3. *Segue*: alla ricerca della *ratio* di un meccanismo oltremodo complesso. – 4. Le tappe per l'acquisizione al fascicolo: il deposito, l'accesso dei difensori, le richieste delle parti. – 5. *Segue*: la selezione ad opera del giudice. – 6. Le successive occasioni di acquisizione.

### *1. Le coordinate ideologiche della riforma.*

Il dibattito giuridico aveva segnalato da tempo come la disciplina codicistica pre-riforma fosse inadeguata a impedire la divulgazione di informazioni processualmente irrilevanti attinenti alla sfera familiare, professionale, affettiva dei soggetti captati. Effetti non ascrivibili a prassi corrive, irrispettose delle prescrizioni legislative, come può dirsi per altre patologie<sup>1</sup>, ma dovuti a una vistosa carenza del dato normativo, che, sottovalutando la peculiare natura di “rete a strascico” delle captazioni, prevedeva un automatismo fra la caduta del segreto interno e il venir

---

<sup>1</sup>La più grave delle quali è il frequente scadimento, nella prassi, della motivazione del decreto che autorizza l'intercettazione da «garanzia delle garanzie» (A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, p. 110) ad «adempimento formale pigramente ricalcato sulle movenze della richiesta del pubblico ministero, quasi sempre remissivo rispetto alle sollecitazioni della polizia giudiziaria» (G. GIOSTRA, *Intercettazioni: un sacrosanto richiamo alla legalità e sciagurati propositi di riforma*, in *Quest. giust.*, 2009 (3), p. 208).

meno del divieto di pubblicazione rispetto al contenuto delle conversazioni intercettate.

Stando al combinato disposto degli artt. 114 e 329 c.p.p., infatti, i colloqui registrati cessavano di essere coperti dal segreto quando la difesa ne avesse potuto avere conoscenza e da allora, ai sensi dell'art. 114 comma 1 c.p.p., gli stessi divenivano legittimamente pubblicabili nel contenuto. Fino alle innovazioni introdotte dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, quel momento coincideva con il deposito integrale di registrazioni e verbali – nei quali, oltre alle informazioni prescritte dall'art. 89 disp. att. c.p.p., devono essere sommariamente trascritte le comunicazioni intercettate – presso la segreteria del pubblico ministero, a disposizione dei difensori. In assenza di qualsiasi selezione preliminare del materiale da portare a conoscenza della difesa, con l'adempimento previsto dall'art. 268 comma 6 c.p.p. divenivano legittimamente divulgabili notizie estranee al *thema probandum*, arrecando rispetto alla riservatezza dei soggetti coinvolti un pregiudizio costituzionalmente indifendibile<sup>2</sup> e intollerabile in termini di etica civile.

La dottrina si era fatta carico di individuare opportuni rimedi: da un lato, si trattava di interporre fra il deposito delle captazioni a disposizione della difesa e la caduta del segreto sul loro contenuto la selezione, nel contraddittorio tra le parti, delle conversazioni processualmente rilevanti; dall'altro, di prevedere che il vincolo di segretezza venisse meno per queste ultime e continuasse a protrarsi, invece, per i colloqui sprovvisti di rilievo probatorio, così da assicurarne la non divulgabilità<sup>3</sup>.

Da tali suggerimenti ha tratto ispirazione la legge 23 giugno 2017, n.

---

<sup>2</sup> Violerebbe gli artt. 2 e 15 Cost. «un sistema che, senza soddisfare gli interessi di giustizia, in funzione dei quali è consentita la limitazione della libertà e della segretezza delle comunicazioni, autorizzasse la divulgazione (...) del contenuto di comunicazioni telefoniche non pertinenti al processo» (Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34).

<sup>3</sup> Per tutti, v. G. GIOSTRA, *Limiti alla conoscibilità dei risultati delle intercettazioni: segreto investigativo, garanzie individuali, diritto di cronaca*, in AA. VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del Convegno dell'associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano 5-7 ottobre 2007, Giuffrè, 2009, p. 403; 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, p. 557. Discutibile che l'obiettivo potesse realizzarsi a legislazione invariata, come invece ritiene la circolare adottata dalla procura della Repubblica di Torino, nel presupposto, difficilmente condivisibile, che la conoscenza della difesa dell'atto di indagine, da cui dipende il venire meno del segreto interno ex art. 329 c.p.p., si realizzi soltanto nel momento in cui il difensore possa esercitare il diritto di ottenerne copia.

103, invitando il legislatore delegato a differire dopo la «conclusione della procedura di cui all'articolo 268, commi 6 e 7, del codice di procedura penale» la cessazione del «divieto di cui al comma 1 dell'art. 114 del medesimo codice relativamente agli atti acquisiti»<sup>4</sup>. Al di là dei mutati riferimenti normativi<sup>5</sup>, la sollecitazione è stata recepita dal comma 3 del nuovo art. 268-*quater* c.p.p. – che prevede la caduta del segreto rispetto agli «atti e [ai] verbali delle conversazioni e comunicazioni oggetto di acquisizione» al fascicolo delle indagini dopo la selezione giurisdizionale – e ribadita dal comma 1-*bis* dell'art. 269 c.p.p., che riafferma la correlazione fra l'ingresso nel predetto fascicolo e la cessazione del segreto.

A tale fondamentale innovazione si accompagnano, nel riformato assetto codicistico, accorgimenti finalizzati a presidiare la segretezza degli esiti delle operazioni di ascolto *medio tempore*, quando non ne sia stata ancora valutata la rilevanza dall'organo giurisdizionale, e in seguito, quando la stessa sia stata esclusa. Il d.lgs. n. 216 del 2017 – precisa la Relazione illustrativa – si prefigge di far «custodire sin da subito i risultati delle operazioni di intercettazione» nell'archivio riservato istituito presso l'ufficio del pubblico ministero, inteso come «luogo della segretezza»<sup>6</sup>. Dovrebbero così ridursi, rispetto alla immediata collocazione nel fascicolo delle indagini di tutti i risultati degli ascolti, prevista dal codice del 1989, le occasioni di indebita fuoriuscita delle informazioni prima della dialisi e, dunque, garantirsi quello «speciale riguardo» verso la tutela della «riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni (...) non rilevanti a fini di giustizia penale» sollecitato dal legislatore delegante.

Mentre gli intendimenti appena ripercorsi meritano di essere conditi, la loro traduzione normativa suscita alcune perplessità. Sarebbe in-

---

<sup>4</sup> «I principi di delega mirano ad ostacolare la fuga di notizie in fasi caratterizzate dal segreto, così come la divulgazione di elementi considerati non utili ai fini delle investigazioni», osserva D. FERRANTI, *Riflessioni sulle linee guida della riforma del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2640.

<sup>5</sup> Al riguardo v. *infra*, nota 55.

<sup>6</sup> Solo dopo essere stati «valutati in chiave di rilevanza» i risultati delle captazioni potranno essere «inseriti nel fascicolo delle indagini (...) per intervento del giudice» e «da lì, e su richiesta di parte (...), possono transitare nel fascicolo per il dibattimento» (*Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, in *Atti Senato*, XVII leg., n. 472-bis, § 8).

<sup>7</sup> Come pure va riconosciuto al legislatore delegante il merito di non aver approfittato dell'*occasio legis* per sollecitare modifiche alla disciplina delle intercettazioni che non fossero necessarie né a rimuovere disfunzioni codicistiche né a colmare lacune normative. Almeno sul versante processuale contraddistingue la riforma un apprezzabile

generoso, tuttavia, attribuire la responsabilità delle imperfezioni di cui essa risente esclusivamente al legislatore delegato. Se l'attuale disciplina non riesce ad apprestare l'auspicabile protezione alla riservatezza delle notizie "processualmente terze" attraverso meccanismi operativi di agevole decodificazione e di fluida applicabilità<sup>8</sup>, la principale causa sembra doversi individuare nello "strabismo" del legislatore delegante, il quale, nel definire *de iure condendo* le linee guida delle nuove regole procedurali, ha fatto proprie soluzioni esegetiche elaborate per fronteggiare *de iure condito* le inadeguatezze della disciplina previgente. Ci si riferisce, in particolare, alla scelta dell'art. 1 comma 84 lett. a n. 5 legge n. 103 del 2017 di vietare la «trascrizione sommaria ai sensi dell'articolo 268 comma 2 del codice di procedura penale» dei colloqui ritenuti processualmente irrilevanti dagli inquirenti<sup>9</sup>, rispetto ai quali il brogliaccio d'ascolto dovrebbe indicare soltanto «data, ora e apparato su cui la registrazione è intervenuta».

Facile rintracciare le ascendenze di tale precauzione operativa nelle circolari adottate da numerose procure della Repubblica<sup>10</sup>. Sul presupposto che l'indebita «diffusione delle intercettazioni [fosse] strettamente connessa alla loro trascrizione», operando una forzatura del dato testuale dell'art. 268 comma 2 c.p.p., che imponeva una sintesi almeno sommaria di tutti i colloqui captati, tali circolari individuavano l'antidoto alle inaccettabili propalazioni in una "scrematura" preliminare delle conversazioni da riportare nel verbale.

A legislazione invariata, l'introduzione "pretoria" di un filtro di rilevanza rappresentava probabilmente l'unica strada praticabile per arginare

---

atteggiamento di *self-restraint* estraneo alla maggior parte delle iniziative legislative intraprese in passato in questa materia.

<sup>8</sup> Criticità avvertite anche dal vicepresidente del Consiglio superiore della magistratura Legnini, che, in una intervista, annunciava interventi del CSM «per cercare di rendere più fluidi i rapporti tra pubblici ministeri e polizia giudiziaria, chiamata quest'ultima a un primo filtro di rilevanza degli ascolti» (*Il Sole 24 ore*, 4 febbraio 2018).

<sup>9</sup> Sempre in base all'art. 1 comma 84 lett. a n. 5 legge n. 103 del 2017, la polizia giudiziaria provvederà a riportare nel verbale i soli estremi delle conversazioni «previa informazione al pubblico ministero, che ne verifica la rilevanza con decreto motivato autorizzandone, in tal caso, la trascrizione». La formulazione lessicale non è irreprensibile; probabilmente si intende dire che il pubblico ministero, «ove ne ravvisi la rilevanza, dispone con decreto motivato la trascrizione».

<sup>10</sup> Per un esame approfondito delle soluzioni prospettate dalle circolari si rinvia a A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dal sistema delle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017 (2), *passim*.

l'inammissibile diffusione di notizie "processualmente terze" prodotta dalla caduta troppo precoce del segreto interno; meno comprensibili, almeno a prima vista, le ragioni che hanno indotto il legislatore delegante a recepire tale rimedio "emergenziale" nel rivisitare l'intero assetto della materia, costringendo il delegato ad escogitare correttivi in grado di contenerne gli aspetti più discutibili, anche a costo talvolta di introdurre tortuosità operative.

## 2. Il "doppio binario" delle modalità di documentazione: dalle ambiguità della disciplina alle incertezze dell'applicazione.

Nel dare attuazione ai divieti di trascrizione previsti dall'art. 1 comma 84 lett. *a* della legge delega, il decreto legislativo non si è attenuto strettamente alle indicazioni del delegante. Per un verso, opportunamente non ha riprodotto il divieto per la polizia giudiziaria di riportare le conversazioni e comunicazioni «inutilizzabili a qualunque titolo», nel condivisibile presupposto che tale valutazione spiccatamente tecnico-giuridica non possa essere affidata alla polizia giudiziaria. Per l'altro, tuttavia, dimenticando che *quod abundat vitiat*, ha aggiunto "di suo pugno" nel nuovo art. 268 comma 2-*bis* c.p.p. un inciso ridondante, potenziale fonte di complicazioni esetiche.

Per realizzare le intenzioni del delegante<sup>11</sup>, sarebbe stato sufficiente vietare alla polizia giudiziaria di riportare nel brogliaccio d'ascolto il contenuto di «comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini», da intendere come colloqui il cui oggetto risulta estraneo al *thema probandum* delineato dall'art. 187 c.p.p. L'attuale art. 268 comma 2-*bis* c.p.p., invece, precisa «sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti», configurando questi come parametri distinti, ognuno dei quali autosufficiente per fondare una valutazione di irrilevanza tale da impedire di trascrivere la conversazione nel verbale. Ma quand'è che una conversazione può dirsi irrilevante «per i soggetti coinvolti»? Valorizzando l'esigenza, espressa dalla legge n. 103 del 2017, di assicurare uno «speciale riguardo alla tutela della riservatezza (...) delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento», si potrebbe definire tale quella comunicazione che in-

---

<sup>11</sup> Il combinato disposto dei nn. 1 e 5 dell'art. 1 comma 84 lett. *a* vieta di trascrivere conversazioni «irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei».

terviene fra soggetti estranei al procedimento penale. Accogliere questa ricostruzione, che appare la più plausibile sul piano letterale, avrebbe però conseguenze insostenibili: non dovrebbe essere mai trascritto un colloquio fra soggetti terzi rispetto al procedimento, sebbene possa offrire elementi utili agli scopi investigativi.

In alternativa, considerata l'ambiguità dell'inciso «sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti», si potrebbe associare la diagnosi di irrilevanza ai fini delle indagini al ricorrere congiunto dei due criteri; se così fosse, il divieto di trascrizione sancito dall'art. 268 comma 2-*bis* c.p.p. opererebbe nei soli casi in cui si possa predicare al contempo l'estraneità dei collocatori al procedimento penale in cui avviene la captazione e la non pertinenza dell'oggetto dei colloqui al *thema probandum*.

Ma neppure questa ricostruzione porterebbe a esiti soddisfacenti: per esempio, non essendo, per definizione, l'indagato soggetto "irrilevante" per il procedimento, tale lettura non impedirebbe mai, del tutto irragionevolmente, la trascrizione sommaria delle sue conversazioni, anche qualora contenessero soltanto informazioni sprovviste di qualsiasi attinenza con l'oggetto dell'inchiesta penale. La spiegazione più probabile è che il discutibile riferimento ai «soggetti coinvolti», che peraltro non ricompare nel successivo comma 2-*ter* dell'art. 268 c.p.p., sia frutto di una svista legislativa, anziché di una scelta consapevole, e che possa quindi essere "sterilizzato" in via interpretativa.

Conferma la tendenza della novella alla ridondanza il divieto previsto dall'art. 268 comma 2-*bis* c.p.p. di riportare nel verbale degli ascolti le comunicazioni «parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge». Per impedire che queste ultime fossero trascritte non c'era effettiva necessità, a nostro avviso, di richiamarle espressamente: sarebbe stato sufficiente vietare di riportare le conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini<sup>12</sup>; l'unica giustificazione, se tale può definirsi, potrebbe rintracciarsi nel ribadire l'esplicita attenzione prestata dalla legge delega ai «dati sensibili ai sensi dell'art. 4 comma 1 lett. d) del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità»<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Fra l'altro, la locuzione «parimenti non rilevanti» sembra estendere ai dati personali sensibili anche il discutibile inciso «sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti».

<sup>13</sup> L'espressa attenzione normativa ai dati personali definiti sensibili dalla legge sarebbe dunque un'enfatizzazione motivata dalla «preoccupazione che possano confluire negli atti di indagine conversazioni attinenti a dati sensibili piuttosto che dalla concreta



Al divieto di trascrizione delle predette conversazioni il legislatore delegante accompagnava l'obbligo per l'organo di polizia delegato all'ascolto di riportare nel verbale «data, ora e apparato su cui la registrazione è intervenuta, previa informazione al pubblico ministero». Non precisava, tuttavia, con quali modalità questa comunicazione si dovesse realizzare. Il d.lgs. n. 216 del 2017 ha integrato le scarse istruzioni fornite dalla legge delega precisando che l'informazione preventiva alla quale è tenuto l'organo di polizia deve avvenire mediante «annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni», ovvero attraverso una sintesi che, a ben vedere, differisce dalla trascrizione più nel *nomen* che nella sostanza.

Di questo fondamentale passaggio informativo colpisce anzitutto l'eccezionale collocazione topografica nell'art. 267 comma 4 c.p.p.<sup>14</sup>, anziché nel più pertinente art. 268 c.p.p., che disciplina, agli attuali commi 2-*bis* e 2-*ter*, l'antefatto e le eventuali conseguenze dell'informazione indirizzata dalla polizia al pubblico ministero. Anche assemblando i predetti tasselli normativi, tuttavia, la sequenza operativa non risulta nitidamente scandita, come dimostra lo iato fra la lettura testuale del dato codicistico e le istruzioni interpretative offerte dalla Relazione illustrativa<sup>15</sup>.

Rigorosamente inteso, il combinato disposto dell'art. 267 comma 4 c.p.p. e dell'art. 268 comma 2-*bis* c.p.p. istituisce una indefettibile correlazione tra la trascrizione dei soli estremi identificativi del colloquio<sup>16</sup> conseguente alla preliminare diagnosi di irrilevanza formulata dalla polizia giudiziaria e l'obbligo di redigere l'«annotazione sui contenuti» indirizzata al pubblico ministero<sup>17</sup>. Stando alla Relazione illustrativa, in-

---

esigenza di specificazione», osserva D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2018 (1), p. 192.

<sup>14</sup> Varrebbe a poco tentare di giustificare tale opzione topografica individuando il denominatore comune fra il preesistente primo periodo del comma 4 e il secondo, recentemente aggiunto, nel riferimento soggettivo all'ufficiale di polizia giudiziaria. Infatti, l'uno disciplina la fase di esecuzione delle operazioni di captazione, l'altro regola il diverso profilo dell'interlocazione fra polizia giudiziaria e pubblico ministero dai cui esiti dipenderanno le modalità di documentazione delle conversazioni intercettate.

<sup>15</sup> In argomento v. anche G. CASCINI, *infra*, parte prima.

<sup>16</sup> Alla trascrizione «per estremi» si riferisce il «provvedere a norma dell'articolo 268 comma 2-*bis*» c.p.p.

<sup>17</sup> In questo senso v. anche GIUS. AMATO, *Un tentativo parziale di coniugare privacy e investigazioni*, in *Guida al diritto*, 2018 (7), p. 43; G. PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2018 (1), p. 174.

vece, tale adempimento andrebbe limitato ai «casi in cui sia dubbio se procedere a trascrizione»<sup>18</sup>. La differenza non è di poco conto: accogliendo quest'ultima impostazione, si ammette che possa esistere una “zona grigia” di colloqui non trascritti sommariamente né annotati, indicati nel verbale con gli estremi e accessibili solo mediante l'ascolto diretto delle registrazioni, zona la cui estensione dipenderà dalla sicurezza con cui la polizia si sente di formulare una diagnosi di irrilevanza<sup>19</sup>; una diagnosi che, da un lato, può rivelarsi «potenzialmente fallace», perché espressa in assenza di «una complessiva conoscenza di tutti gli elementi raccolti nel corso dell'indagine»<sup>20</sup>, dall'altro può risentire di condizionamenti dovuti alla subordinazione gerarchica della polizia all'esecutivo.

La discrezionalità dell'operatore di polizia potrebbe ridursi qualora, come auspica la Relazione illustrativa, il pubblico ministero, organo delegante all'ascolto, dettasse «le opportune istruzioni e direttive (...) per concretizzare l'obbligo di informazione sui contenuti delle conversazioni di cui possa apparire dubbia la rilevanza». Ma anche in questo caso non verrebbe meno del tutto: per un verso, niente assicura che la polizia farà un'applicazione scrupolosa delle prescrizioni impartite dal magi-

---

<sup>18</sup> Di questo avviso, per «una logica finalità di economia processuale», anche D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine*, cit., p. 194, nota 21.

<sup>19</sup> Ad accogliere tale prospettiva, si restituirebbe in parte plausibilità alla obiezione, frequentemente rivolta alla novella legislativa, di aver attribuito un eccessivo potere alla polizia giudiziaria nell'apprezzare la rilevanza processuale delle intercettazioni; attenendosi a una lettura fedele del dato normativo, invece, «gli spazi di effettivo controllo del pubblico ministero ci sono» (GIUS. AMATO, *Un tentativo parziale*, cit., p. 44). Critico verso l'«interpretazione riduttiva» offerta dalla Relazione illustrativa, perché «sposta l'asse del potere selettivo (...) a favore delle forze di polizia», R. SCARPINATO, *Intercettazioni, il Ministero cancella il “metodo Falcone”*, in *Il Fatto Quotidiano*, 24 febbraio 2018, p. 4, che ne denuncia sia il «contrasto con i principi costituzionali di cui agli articoli 112, 104, 24 e 111» Cost., sia le controindicazioni, rappresentate dalla probabile «dispersione di un enorme patrimonio informativo di cui non resterebbe traccia documentale, con gravi ricadute negative per l'efficacia del contrasto alla mafia e al terrorismo».

<sup>20</sup> Ad osservarlo è il Consiglio superiore della magistratura, rimarcando come, invece, il pubblico ministero, «soprattutto in indagini delicate e ad ampio spettro, è il collettore di plurimi accertamenti (...) i quali trovano proprio nella saldatura operata dal magistrato dell'accusa il loro momento di sintesi e di complessiva valutazione» (CSM, *Delibera n. 285/VV/2016. Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)). Sui rischi di affidare alla polizia giudiziaria il potere di selezione delle conversazioni rilevanti v., per tutti, A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie*, cit., p. 642.

strato e che non ometta trascrizioni dovute stando al decalogo elaborato dal *dominus* delle indagini; per l'altro, negli ambiti non interessati dalle istruzioni del pubblico ministero l'operatore resterà comunque arbitro del giudizio di rilevanza<sup>21</sup>.

Esonerando dall'annotazione l'organo di polizia sicuro della non attenzione di una certa conversazione all'oggetto delle indagini si rischia che la stessa sfugga sia al controllo del magistrato dell'accusa sia all'attenzione della difesa; se così fosse, il primo non sarebbe in grado di imporne la «trascrizione coatta»<sup>22</sup> ai sensi dell'art. 268 comma 2-ter c.p.p.; la seconda, privata di quello che la stessa Relazione illustrativa definisce «un utile strumento orientativo per le difese», non sarebbe in condizione di individuarne la rilevanza per la posizione del proprio assistito e, dunque, di richiederne al giudice l'acquisizione. Sia per il pubblico ministero sia per la difesa, a ben vedere, l'unica *chance* di conoscere i contenuti di conversazioni non trascritte né annotate passerebbe per l'ascolto, difficilmente realizzabile, di tutte le registrazioni laconicamente indicate con gli estremi. A favore dell'interpretazione che esclude eccezioni all'obbligo di annotare tutte le conversazioni irrilevanti secondo l'organo di polizia convergono, quindi, tanto l'argomento testuale quanto imprescindibili ragioni di garanzia.

I disorientamenti interpretativi, peraltro, non attengono soltanto ai presupposti dell'obbligo di redigere l'annotazione. Neanche il successivo passaggio operativo è messo bene a fuoco dal d.lgs. n. 216 del 2017: annotata una conversazione presunta irrilevante, non è chiaro se l'organo di polizia possa intanto riportare nel verbale la data, l'ora e le utenze telefoniche coinvolte oppure se debba arrestarsi in attesa delle determinazioni del pubblico ministero, al quale l'art. 268 comma 2-ter c.p.p. consente di superare le preliminari valutazioni di irrilevanza della polizia pronunciandosi con «decreto motivato»<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Invero, di indicazioni operative impartite dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria rispetto alle ipotesi in cui sia tenuta all'obbligo di annotazione non c'è traccia nella legge delega. In ogni caso, se il delegante avesse immaginato questa soluzione avrebbe dovuto prevedere che tali istruzioni fossero portate a conoscenza della difesa, per consentirle di individuare, malgrado la mancata redazione dell'annotazione, il probabile oggetto della conversazione riportata nel verbale soltanto per estremi.

<sup>22</sup> L'espressione è di L. FILIPPI, *L'attuazione della delega sulle intercettazioni. Un'altra occasione mancata*, in *Il penalista*, 28 gennaio 2018.

<sup>23</sup> Suggestisce una diversa lettura dell'art. 268 comma 2-ter c.p.p. il parere approvato dalla Commissione giustizia della Camera nella seduta del 6 dicembre 2017, secondo

I “segnali” ricavabili dal dato normativo rischiano di non essere dirimenti. A favore della prima ricostruzione depone la necessità per il pubblico ministero di adottare un decreto motivato per imporre alla polizia giudiziaria di effettuare la trascrizione di conversazioni che la stessa abbia ritenuto *prima facie* prive di rilevanza. Considerando il rapporto di dipendenza funzionale che lega l’organo di polizia giudiziaria al magistrato dell’accusa, sorprende che l’uno sia tenuto ad adottare un decreto motivato per discostarsi dagli orientamenti dell’altro<sup>24</sup>. Ma quella forma inopinatamente prescritta dal legislatore delegato<sup>25</sup> risulta ancora più sproporzionata se si ritiene che la polizia, dopo aver informato il pubblico ministero mediante annotazione, debba restare in *stand by*: il decreto motivato sarebbe richiesto per superare una valutazione solo “interlocutoria”, che non ha ancora trovato traduzioni operative.

L’avverbio «preventivamente» utilizzato dall’art. 268 comma 4 c.p.p., riferito all’informazione che la polizia giudiziaria deve garantire al pubblico ministero quando si accinge a provvedere ai sensi dell’art. 268 comma 2-*bis* c.p.p., fa propendere invece per l’opposta lettura, secondo cui l’una debba attendere che l’altro si pronunci prima di documentare – per estremi oppure con una sintesi dei contenuti – la conversazione nel verbale. Al contrario, se il legislatore delegato, assecondando la proposta formulata dalla Commissione giustizia del Senato<sup>26</sup> ma disattendendo il riferimento del delegante alla «previa informazione al pubblico ministero», avesse impiegato l’avverbio «tempestivamente», si sarebbe potuta anteporre all’informazione mediante annotazione l’indicazione a verbale degli estremi del colloquio.

---

cui tale norma consente al pubblico ministero di disporre la trascrizione nel verbale delle conversazioni «che in un primo momento aveva ritenuto irrilevanti, ai sensi del comma 2-*bis*, quando egli ne apprezzi successivamente, in forza della successiva attività di indagine, la rilevanza per i fatti oggetto di prova».

<sup>24</sup> È da escludere che l’organo subordinato vanti il diritto a conoscere quelle ragioni. D’altra parte, è difficile ritenere che la motivazione del provvedimento sia prevista per consentire al soggetto intercettato di verificare che non sia stata arbitrariamente asserita dal pubblico ministero una rilevanza inesistente, al solo scopo di trascrivere le conversazioni. Se così fosse, analogo obbligo di motivazione dovrebbe, a maggior ragione, essere imposto anche alla polizia giudiziaria ogniqualvolta proceda di sua iniziativa alla trascrizione di un colloquio nel verbale.

<sup>25</sup> Tiene a sottolinearlo la *Relazione illustrativa*, cit., § 4: «si stabilisce, pertanto, la possibilità di recuperare – con provvedimento motivato (*in questo senso testualmente* il comma 84 lettera *a*) n. 5 dell’art. 1 legge 103/2017) – il materiale raccolto».

<sup>26</sup> Cfr. il parere approvato il 12 dicembre 2017.

L'analisi dell'art. 268 comma 2-ter c.p.p. suscita ulteriori perplessità. Nel disciplinare il potere del pubblico ministero, quando ritenga rilevante una conversazione fra quelle annotate, di ordinarne alla polizia la trascrizione nel verbale, sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse impiegato l'espressione "dispone", anziché «può disporre»; quest'ultima, intesa alla lettera, potrebbe far pensare che il magistrato possa non imporre la trascrizione di alcuni colloqui malgrado risultino rilevanti, ad esempio di quelli che riesca agevolmente a ricostruire nel contenuto attraverso la lettura delle annotazioni.

Inoltre, a proposito delle conversazioni contenenti dati personali sensibili si registra un dismorfismo lessicale fra i poteri di selezione preliminari assegnati alla polizia giudiziaria dall'art. 268 comma 2-bis c.p.p. e quelli di "recupero" attribuiti al pubblico ministero dal successivo comma 2-ter. Mentre la polizia può trascrivere di propria iniziativa nel verbale questo tipo di conversazioni quando le reputi rilevanti ai fini delle indagini, il pubblico ministero può imporne la trascrizione solo ove risultino «necessarie ai fini di prova», ovvero – spiega la Relazione illustrativa – là dove «sia possibile stabilire un nesso essenziale tra la loro conoscenza e l'attività probatoria». Una disciplina che consente alla polizia giudiziaria di compiere qualcosa che al pubblico ministero è preclusa non può che suscitare forti sospetti di irragionevolezza<sup>27</sup>; le cause, questa volta, sembrano imputabili più alle opzioni lessicali del legislatore delegato che alle prescrizioni del delegante<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Per le conversazioni che non contengono dati sensibili il criterio di selezione da parte della polizia giudiziaria e quello di recupero ad opera del pubblico ministero risultano nella sostanza pressoché congruenti, sebbene l'uno riferisca la rilevanza «ai fini delle indagini», l'altro ai «fatti oggetto di prova».

<sup>28</sup> Secondo la *Relazione illustrativa*, cit., § 4, la legge n. 103 del 2017 avrebbe previsto «un più penetrante obbligo ai fini dell'utilizzazione di conversazioni coinvolgenti dati sensibili», ammettendo che il pubblico ministero possa imporne la trascrizione «solo se, oltre che rilevanti, siano necessarie all'accertamento dei fatti». A ben vedere, però, il delegante non è così perentorio nell'imporre un «vincolo (...) più rigoroso» per la trascrizione di conversazioni contenenti dati personali sensibili: secondo l'art. 1 comma 84 lett. a n. 5 legge n. 103 del 2017 il pubblico ministero provvede in tal senso quando «verifica la rilevanza» delle stesse; quindi, basterebbe che il magistrato ravvisi la rilevanza di conversazioni contenenti dati personali sensibili annotate ma non trascritte per imporre alla polizia giudiziaria di darne conto nel verbale. L'indicazione più stringente imposta al pubblico ministero dall'art. 268 comma 2-ter c.p.p., che limita il potere di "trascrizione coatta" alle comunicazioni contenenti dati sensibili «necessarie ai fini di prova», sembra frutto di un'opinabile aggiunta del legislatore delegato, che, peraltro, non trova coerente riscontro né nella disciplina delle richieste – essendo gli artt. 268-

C'è tuttavia, nell'interlocuzione fra polizia e pubblico ministero designata dalla "riforma Orlando" con riguardo alla fase della trascrizione preliminare, un aspetto che lascia ancora più perplessi. Sorprende che proprio una novella avente la propria "stella polare" nella tutela della riservatezza delle conversazioni sprovviste di rilevanza processuale contempra un controllo del pubblico ministero sulle condotte "omissive" della polizia giudiziaria in fase di trascrizione, ma non avverta l'esigenza di prevedere un analogo sindacato del magistrato sulla scelta di effettuare la trascrizione. Qualora l'organo di polizia reputi rilevante un colloquio in realtà estraneo al *thema probandum*, nel brogliaccio degli ascolti verrebbero riportate informazioni "processualmente terze"; inopinatamente l'ordinamento non sembra prevedere strumenti in grado di impedirlo.

### 3. Segue: *alla ricerca della ratio di un meccanismo oltremodo complesso.*

La sofisticata distinzione fra annotazione del contenuto indirizzata al pubblico ministero e trascrizione sommaria nel verbale risulterebbe in "difficoltà di senso" se al differente regime di documentazione non corrispondessero garanzie di segretezza diverse: più intense rispetto alle annotazioni, in cui, nella fisiologia operativa, dovrebbero trovare allocazione colloqui "processualmente terzi", meno intense per i verbali contenenti le trascrizioni, relative a comunicazioni tendenzialmente rilevanti. Sembra legata all'esistenza di un simile *gap* la possibilità di non rassegnarsi a considerare questo complicato congegno come un "reperto" normativo ereditato dalle circolari adottate dalle procure della Repubblica, che aveva un senso nel previgente sistema, ma che lo ha perso nell'odierno. Proviamo dunque a seguire i percorsi cui sono destinate le due forme di documentazione, per vedere dove differiscono.

Per le annotazioni, i cui contenuti sono assistiti da una presunzione *iuris tantum* di irrilevanza, la destinazione "definitiva" non può che essere l'archivio riservato istituito presso l'ufficio del pubblico ministero: se anche guardando all'art. 269 comma 1 c.p.p., che richiama «i verbali

---

*bis* comma 1 e 268-ter comma 2 c.p.p. incentrati sul criterio della "rilevanza" – né in quella della decisione giurisdizionale, imperniata ai sensi dell'art. 268-*quater* comma 1 c.p.p. sul parametro della "non manifesta irrilevanza".

e le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo», restasse qualche incertezza<sup>29</sup>, l'esplicita menzione delle annotazioni fra i materiali che vi sono custoditi compare nell'art. 89-*bis* comma 1 disp. att. c.p.p. Sulla base dell'avverbio «preventivamente» utilizzato dall'art. 268 comma 4 c.p.p., la trasmissione al pubblico ministero avverrà ad ascolti in corso, a mano a mano che l'organo di polizia giudiziaria si imbatte in colloqui a suo parere irrilevanti, da sottoporre al vaglio del magistrato.

Alla medesima collocazione nell'archivio riservato sono destinati, prima della selezione giurisdizionale disciplinata dall'art. 268-*quater* c.p.p., i verbali delle operazioni di ascolto in cui figurano sommariamente trascritte le conversazioni rilevanti secondo gli inquirenti. Il primo periodo dell'attuale art. 268 comma 4 c.p.p. ne prevede, come regola generale, l'immediato inoltro dalla polizia giudiziaria al pubblico ministero, in vista dell'ingresso in archivio, alla «scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga». Tuttavia, accogliendo le sollecitazioni della Commissione giustizia della Camera, lo stesso comma 4 autorizza il pubblico ministero, «in ragione della complessità delle indagini», a differire con decreto il trasferimento in archivio di verbali e registrazioni «quando la prosecuzione delle operazioni rende necessario» che l'organo di polizia «consulti le risultanze acquisite», ed è prevedibile che questa diventi l'ipotesi in concreto più ricorrente.

Dunque, i verbali contenenti le trascrizioni presunte rilevanti restano presso la polizia giudiziaria almeno per tutta la durata del periodo di ascolto prevista dal decreto di autorizzazione. Qualora la stessa venga prorogata, il primo periodo dell'art. 268 comma 4 c.p.p., non del tutto nitido, pare consentire che la prima trasmissione del materiale avvenga alla fine del primo periodo di proroga, anziché alla scadenza del termine di ascolto originariamente stabilito. Nell'eventualità di ulteriori proroghe, l'eventuale differimento della trasmissione disposto con decreto dal pubblico ministero permetterà che verbali e registrazioni stazionino presso gli uffici di polizia fino a quando «la prosecuzione delle operazioni» rende «necessario» che l'ufficiale delegato all'ascolto «consulti le risultanze acquisite»<sup>30</sup>. In quest'ultimo caso – non invece nei primi due – il pubbli-

---

<sup>29</sup>Non insuperabile comunque in via interpretativa: le annotazioni potrebbero essere ricomprese nella categoria residuale degli atti relativi alle registrazioni.

<sup>30</sup> Secondo GIUS. AMATO, *Per gli operatori corsa a ostacoli nel rebus dei termini*, in *Guida al diritto*, 2018 (7), p. 48, il differimento della trasmissione al pubblico ministero potrebbe essere giustificato sia dall'esigenza di procedere a una «rinnovata valutazione

co ministero prescrive le cautele necessarie «per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso» (art. 268 comma 4 ultimo periodo c.p.p.). È difficile negare che la loro concreta attuazione dipenderà dallo scrupolo con cui gli organi di polizia giudiziaria daranno attuazione a quelle direttive; esiste il rischio che nel tempo non brevissimo in cui è bene che la documentazione delle conversazioni intercettate resti presso gli uffici della polizia, per ragioni di funzionalità operativa, la stessa sia esposta alla «curiosità di persone interessate alla divulgazione»<sup>31</sup> e possa essere oggetto di indebita diffusione. In questa prospettiva, potrebbe recuperare qualche plausibilità la scelta legislativa di vietare che i contenuti delle conversazioni irrilevanti figurino nel brogliaccio di ascolto, “dirottandoli” nelle annotazioni immediatamente trasmesse all’archivio riservato presso l’ufficio del pubblico ministero<sup>32</sup>. Il prezzo, non trascurabile, è l’attivazione di un «meccanismo farraginoso» e «complicato per tutti i protagonisti»<sup>33</sup>. Qualora si fosse riusciti ad assicurare presidi di segretezza efficienti, si sarebbe potuto evitare di pagarlo, prevedendo un’unica modalità di documentazione per tutti i colloqui.

#### 4. *Le tappe per l’acquisizione al fascicolo: il deposito, l’accesso dei difensori, le richieste delle parti.*

Potendo naturalmente risultare difformi le valutazioni del pubblico ministero e dei difensori sulla rilevanza probatoria degli esiti delle operazioni di intercettazione, il legislatore delegante raccomandava che la «selezione [del] materiale» da introdurre nel fascicolo di cui all’art. 373

---

della rilevanza» delle intercettazioni sia dalla «necessità di completare le trascrizioni». In ogni caso, la durata del rinvio sembra rimessa alle valutazioni della polizia giudiziaria: il dato normativo non prevede che nel decreto del pubblico ministero sia fissato un *dies ad quem*, né che il magistrato provveda a una verifica successiva della perdurante necessità di consentire la consultazione.

<sup>31</sup> Così Proc. Rep. Velletri, *Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 15 gennaio 2018, p. 3.

<sup>32</sup> A maggior ragione, in quest’ottica, sarebbe stato importante prevedere un controllo del pubblico ministero sulla valutazione di rilevanza formulata dalla polizia, prima che la stessa proceda alla trascrizione sommaria del colloquio nel verbale (v. *retro*, § 2).

<sup>33</sup> G. GIOSTRA, *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in *Il Sole 24 ore*, 20 dicembre 2017, p. 33.



comma 5 c.p.p. si realizzasse attraverso «una precisa scansione procedimentale» rispettosa «del contraddittorio tra le parti». Nell'allinearsi a tale indicazione metodologica, il d.lgs. n. 216 del 2017 allestisce un «incidente non probatorio dagli effetti limitati all'acquisizione nel fascicolo delle indagini»<sup>34</sup> di una porzione degli esiti degli ascolti, fino a quel momento conservati nell'archivio riservato; «fuori dai casi di cui al comma 1» dell'art. 268-*ter* c.p.p.<sup>35</sup>, attribuisce al pubblico ministero e ai «difensori delle parti»<sup>36</sup> il potere di sollecitare l'ingresso nel procedimento penale delle captazioni ritenute rilevanti (art. 268-*ter* commi 2 e 3 c.p.p.) e al «giudice per le indagini preliminari che ha autorizzato, convalidato o prorogato le intercettazioni» il compito di disporlo (art. 268-*quater* comma 6 c.p.p.).

Per consentire alla difesa di rimontare lo svantaggio conoscitivo, in modo da poter formulare consapevoli richieste di acquisizione, il primo comma dell'art. 268-*bis* c.p.p. impone al pubblico ministero di depositare entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni<sup>37</sup> «le annota-

<sup>34</sup>L. FILIPPI, *L'attuazione della delega*, cit.

<sup>35</sup>Sull'interpretazione di tale *incipit* v. L. GIULIANI, *infra*, parte prima, § 6. Sul rapporto fra acquisizione ordinaria e cautelare v. anche A. CAMON, *Primi appunti sul nuovo procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, in *Arch. pen.*, 2018 (*speciale riforme*), p. 17 s.

<sup>36</sup>A rigore, la locuzione «parti» non comprende la persona offesa dal reato: per tutti, A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., p. 213; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 1997, p. 135, il quale ne segnalava tuttavia, in riferimento al previgente art. 268 comma 6 c.p.p., l'«interesse ad esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni (...) per poter esercitare il diritto di difesa ex art. 90 comma 1 c.p.p.», auspicando che fosse previsto «legislativamente l'obbligo dell'avviso di deposito di verbali e registrazioni anche al difensore della persona offesa». Rispetto all'attuale disciplina, si può tentare di comprendere fra «i difensori delle parti» evocati dall'art. 268-*bis* c.p.p. anche il legale della persona offesa dal reato facendo leva sul raffronto con l'art. 269 comma 1 secondo periodo c.p.p.: poiché quest'ultimo richiama i soli «difensori dell'imputato», si potrebbe ritenere che la locuzione «difensori delle parti» non alluda soltanto ai difensori dell'imputato; nella fase delle indagini preliminari, non potrebbe trattarsi che del legale della persona offesa dal reato. Un ulteriore argomento potrebbe ricavarsi dal riferimento «ai difensori» contenuto nell'art. 268-*ter* comma 2 c.p.p.: secondo D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine*, cit., p. 200, tale locuzione comprende anche i difensori «delle eventuali persone offese dal reato che hanno certamente diritto ad interloquire in ordine all'acquisizione al fascicolo delle intercettazioni utili in vista della tutela processuale della parte assistita».

<sup>37</sup>Il «deposito» al quale fa riferimento l'art. 268-*bis* c.p.p. deve ritenersi effettuato non «in segreteria» (come prevedeva il previgente art. 268 c.p.p.), ma nell'archivio riservato istituito presso l'ufficio del pubblico ministero ai sensi dell'art. 89-*bis* disp. att.

zioni, i verbali e le registrazioni, unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato» le captazioni e di dare immediato avviso ai difensori della facoltà di «esaminare gli atti» e «di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche». Deposito che il pubblico ministero, autorizzato dal giudice per le indagini preliminari, potrà ritardare «non oltre la chiusura delle indagini» ove ravvisi il pericolo che la *discovery* possa arrecare «un grave pregiudizio» all'efficacia dell'attività investigativa. In ogni caso, l'ostensione delle captazioni, che la competenza funzionale assegnata al giudice per le indagini preliminari vale a collocare nella fase delle investigazioni, dovrebbe precedere il deposito degli esiti delle indagini ai sensi dell'art. 415-*bis* c.p.p.<sup>38</sup>. I due adempimenti hanno infatti finalità diverse: l'uno è rivolto a consentire ai difensori delle parti di venire a conoscenza delle captazioni eseguite in vista della selezione di quelle destinate al fascicolo delle indagini, l'altro è indirizzato a permettere alla difesa dell'indagato, conosciuti gli esiti delle investigazioni preliminari, di attivare le facoltà enunciate dall'art. 415-*bis* comma 3 c.p.p. per dissuadere il pubblico ministero dall'intenzione di esercitare l'azione penale.

Dal momento che il verbale dà conto delle sole conversazioni rilevanti secondo gli inquirenti, sarebbe incorso nella violazione del principio di parità delle parti e del diritto di difesa il legislatore che non avesse consentito ai difensori di accedere anche alle annotazioni. Tutte le volte in cui il pubblico ministero abbia condiviso la diagnosi di irrilevanza formulata dalla polizia giudiziaria, l'esame delle annotazioni è indispensabile alla difesa per avvedersi della utilità processuale di un colloquio che risulti riportato a verbale soltanto con gli estremi<sup>39</sup>, così da poterne sollecitare

---

c.p.p. Esercitando il diritto di esaminare gli atti e di ascoltare le registrazioni a seguito dell'avviso previsto dall'art. 268-*bis* comma 2 c.p.p., i difensori effettuano quindi il loro primo accesso all'archivio riservato.

<sup>38</sup>In questo senso anche le indicazioni del delegante: l'art. 1 comma 84 lett. a n. 4 legge n. 103 del 2017 prevedeva che il pubblico ministero «in vista del deposito successivo all'avviso di cui all'articolo 415-*bis* del codice di procedura penale» dovesse disporre l'avvio della procedura di stralcio. Diversamente, Proc. Rep. Velletri, *Linee guida sulla nuova disciplina*, cit., p. 12, secondo cui «il momento più opportuno per avvisare la difesa del deposito del materiale intercettato» coincide «con l'avviso di conclusione delle indagini».

<sup>39</sup>Come osserva efficacemente la *Relazione illustrativa*, cit., § 5, la scelta di estendere la *discovery* «all'intero compendio di documenti e atti» – annotazioni comprese – trova la propria ragion d'essere nel «garantire l'esercizio delle facoltà riconosciute ai difensori delle parti e consentire il controllo sulle scelte di esclusione operate dal pubblico ministero».

l'acquisizione al fascicolo delle indagini. Impensabile che nel breve lasso temporale indicato dall'art. 268-*ter* comma 3 c.p.p. – dieci giorni dalla ricezione dell'avviso dell'avvenuto deposito, eventualmente prorogabili al massimo per ulteriori dieci – i difensori possano ascoltare tutte le registrazioni delle conversazioni contrassegnate con i soli estremi. Più verosimile che quel tempo sia sufficiente per ascoltare i soli colloqui che stando all'annotazione di polizia risultano di controversa interpretazione.

Al pubblico ministero è imposto di redigere l'«elenco delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti a fini di prova» e di avvertire i difensori della facoltà di «prendere visione» anche del medesimo (art. 268-*bis* commi 1 e 2 c.p.p.). Non ha torto la Relazione illustrativa nel sottolineare i vantaggi di tale *discovery* per le difese: tempestivamente informate, potranno accertare, analizzando le rispettive trascrizioni sommarie, se fra le conversazioni delle quali il pubblico ministero si accinge a sollecitare l'acquisizione al procedimento penale vi sono colloqui di cui è vietata l'utilizzazione oppure estranei al perimetro del *thema probandum*. In questo caso, a tutela rispettivamente della legalità della prova e della riservatezza del proprio assistito, il difensore potrà opporsi al loro ingresso nel fascicolo delle indagini, esercitando il potere assegnatogli dal terzo comma dell'art. 268-*ter* c.p.p.<sup>40</sup>.

Per rintracciare ciò che è “in eccesso” gli basterà analizzare le trascrizioni delle captazioni elencate dal pubblico ministero. La conoscenza di quella lista non lo esonera, invece, da un esame integrale né delle trascrizioni di conversazioni ritenute rilevanti dalla polizia giudiziaria ma non inserite dal pubblico ministero nell'elenco<sup>41</sup> né delle annotazioni, che documentano le conversazioni che la polizia, con l'avallo del magistrato, non ha ritenuto di trascrivere. Dagli esiti di quest'ultima, più ampia, verifica dipenderanno le richieste “integrative” di acquisizione dei colloqui captati che la difesa può avanzare ai sensi dell'art. 268-*bis* comma 3 c.p.p. ove ravvisi che non siano «comprese nell'elenco formato dal pubblico ministero» conversazioni di segno favorevole alla posizione processuale del proprio assistito.

---

<sup>40</sup>Non è esteso ai difensori, invece, il potere, conferito dal comma 6 dell'art. 268-*ter* c.p.p. al pubblico ministero, di «chiedere al giudice (...) l'eliminazione dal fascicolo dei verbali e delle registrazioni» utilizzati per l'adozione di una misura cautelare, dei quali «ritiene, per elementi sopravvenuti, l'irrelevanza».

<sup>41</sup>Nell'elenco non figureranno le conversazioni che la polizia ha ritenuto di trascrivere ma che il pubblico ministero ritiene prive di rilevanza.

Per l'esercizio proficuo di quest'ultima prerogativa, peraltro, l'accesso ai predetti materiali è condizione necessaria ma non sufficiente. Per poter selezionare le informazioni rilevanti all'interno di una mole spesso molto consistente di colloqui captati, in cui figurano conversazioni da subito trascritte, conversazioni annotate e riportate solo per estremi nel verbale, conversazioni prima annotate e successivamente trascritte nel verbale per ordine del pubblico ministero, i difensori dovrebbero disporre di adeguato un lasso di tempo. È assai improbabile che siano sufficienti i dieci giorni dalla ricezione dell'avviso di deposito che l'art. 268-ter comma 3 c.p.p. concede in via ordinaria alla difesa per far pervenire le proprie richieste acquisitive nella segreteria del pubblico ministero<sup>42</sup>, al quale compete curarne «l'immediata trasmissione al giudice»<sup>43</sup>. È prevedibile, pertanto, che la difesa si attiverà assai frequentemente per ottenere dal giudice il supplemento temporale – pari al massimo a dieci giorni<sup>44</sup> – previsto dall'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 268-ter c.p.p. L'impressione è che nella prassi l'eccezione normativa abbia ottime *chance* di trasformarsi in regola: sebbene il dato codicistico richieda che ricorrano congiuntamente la «complessità del procedimento»<sup>45</sup> e l'elevato «numero delle intercettazioni», i due parametri sembrano sufficien-

---

<sup>42</sup>Definisce il termine assegnato alla difesa «irrisorio, anzi derisorio, a fronte della durata delle intercettazioni, durante la quale il pubblico ministero ha avuto nell'arco di mesi il tempo per valutare rilevanza e utilizzabilità delle conversazioni e comunicazioni captate» L. FILIPPI, *L'attuazione della delega*, cit.; altrettanto critica rispetto al termine troppo breve T. BENE, *La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 13.

<sup>43</sup>Si registra comunque un miglioramento consistente rispetto alla versione iniziale del decreto. Non solo venivano concessi alla difesa soltanto cinque giorni non prorogabili per l'esame dei materiali, ma, poiché l'art. 268-ter comma 3 c.p.p. faceva coincidere il *dies a quo* con il momento del deposito delle registrazioni e della relativa documentazione, il termine effettivo di cui la stessa avrebbe potuto disporre poteva risultare persino inferiore, qualora il pubblico ministero avesse disatteso l'obbligo imposto dall'art. 268-bis comma 2 c.p.p. di avvisare «immediatamente» le parti che possono procedere alla *discovery*.

<sup>44</sup>Nonostante l'ambiguità dell'art. 268-ter comma 3 c.p.p., deve ritenersi che il giudice non possa concedere la proroga d'ufficio, ma soltanto su richiesta della difesa. Lamenta la mancata comunicazione dell'istanza al pubblico ministero D. PRETTI, *Prime riflessioni*, cit., p. 201.

<sup>45</sup>Diagnosticabile, per esempio, sulla base del cospicuo numero di persone indagate o offese dal reato, come pure dell'elevato numero di reati ipotizzati. Dal momento che il legislatore si è spinto a indicare i parametri, sarebbe stato probabilmente opportuno contemplare anche la durata delle operazioni di ascolto.

temente elastici da consentire al giudice di rimediare all'obiettiva esiguità del termine ordinario accordando la proroga, anche nella misura massima consentita; semmai, viene il dubbio che neppure il supplemento di ulteriori dieci giorni permetta ai difensori di effettuare un adeguato esame<sup>46</sup>.

Sarebbe stato preferibile che il legislatore non avesse fissato limiti alla proroga che il giudice può concedere ai difensori, tanto più in un assetto processuale che non consente loro di ottenere copia della documentazione e delle registrazioni, ma solo di prenderne visione e operarne l'ascolto<sup>47</sup>.

Individuare una persuasiva giustificazione rispetto al divieto previsto dall'art. 89-*bis* comma 4 disp. att. c.p.p. è condizione indispensabile per sottrarre la disciplina a censure di irragionevolezza. In passato, infatti, affermando il tendenziale automatismo fra il diritto delle parti di prendere visione degli atti depositati, contenuto minimo del diritto di difesa, e la facoltà di estrarne copia, che assicura di «disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione»<sup>48</sup>, la Corte costituzionale non escluse che il legislatore potesse stabilire diversamente; è evidente, però, che, per superare il vaglio di legittimità, il divieto di ottenere copia deve risultare indispensabile a tutelare valori di rango costituzionale come il sacrificato diritto di difesa. Nel caso di specie, invero, non è agevole ravvisarne<sup>49</sup>.

Per un verso, non può trattarsi di evitare «un grave pregiudizio per le indagini». Se ne avesse avvertito il rischio, il pubblico ministero avrebbe dovuto chiedere al giudice, ai sensi dell'art. 268-*bis* comma 3 c.p.p., l'autorizzazione a differire il deposito di annotazioni, verbali e registrazioni fino alla conclusione delle indagini preliminari. Escludere il rilascio di copie dopo aver consentito l'accesso a registrazioni, annotazioni e trascrizio-

---

<sup>46</sup> Dovendo l'ascolto realizzarsi presso gli uffici della Procura, la Giunta dell'Unione Camere penali segnala l'esigenza di predisporre «un sistema logistico adeguato a garantire che tutti gli avvocati possano accedere, per un tempo adeguato, alla consultazione ed all'ascolto (...) del materiale, difficilmente realizzabile tenuto conto della clausola di invarianza finanziaria di cui all'art. 8 d.lgs. n. 216 del 2017» (*Considerazioni in ordine allo "schema di decreto legislativo" in attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 23 giugno 2017, n. 103*).

<sup>47</sup> In argomento v. F. ALONZI, *infra*, parte prima, § 3.1.

<sup>48</sup> Corte cost., 24 giugno 1997, n. 192.

<sup>49</sup> Dubita della legittimità costituzionale del divieto di copia anche G. PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto*, cit., p. 185. La scelta legislativa trova d'accordo D. PRETTI, *Prime riflessioni*, cit., p. 212.

ni significherebbe penalizzare il diritto di difesa senza assicurare soddisfacente tutela al buon esito delle indagini. Per l'altro, giustificare il diniego di copia con l'esigenza di scongiurare l'indebita divulgazione dei contenuti delle intercettazioni processualmente irrilevanti pare sottintendere un discutibile giudizio di «diffidenza e sfiducia nei confronti dell'avvocato»<sup>50</sup>, implicitamente individuato come probabile responsabile della propalazione di informazioni ancora coperte da segreto<sup>51</sup>. Si potrebbe, piuttosto, riconoscere il diritto di copia, funzionale a garantire il pieno esplicarsi delle prerogative difensive, e sanzionare per illecita rivelazione il difensore che diffonda il contenuto di intercettazioni coperte dal segreto<sup>52</sup>.

A parziale compensazione del poco tempo concesso alle parti private per selezionare le conversazioni «rilevanti a fini di prova non comprese nell'elenco formato dal pubblico ministero» delle quali chiedere l'acquisizione e per individuare quelle, ivi indicate, alla cui acquisizione intendono opporsi, ritenendole inutilizzabili o non trascrivibili, l'art. 268-ter comma 5 c.p.p. consente ai difensori di perfezionare le richieste di acquisizione e di «eliminazione» presentate nei termini ordinari. «Sino alla decisione del giudice» – che, stando all'*incipit* dell'art. 268-*quater* c.p.p., nel deliberare deve osservare il termine dilatorio di «cinque giorni dalla presentazione delle richieste»<sup>53</sup> – possono «integrare le richieste» già formulate e «presentare memorie».

---

<sup>50</sup> B. MIGLIUCCI, *Intercettazioni, una brutta riforma che manca l'obiettivo*, in *Guida al diritto*, 2017 (47), p. 10.

<sup>51</sup> A giustificazione della scelta legislativa si potrebbe addurre il rischio che il difensore faccia ascoltare le registrazioni e leggere annotazioni e trascrizioni al proprio assistito e che questi ne divulghi i contenuti, ancora segreti, nell'intento di screditare uno dei collocatori. Ma, se davvero questa fosse la finalità perseguita dal legislatore, per raggiungerla non basterebbe escludere il diritto di copia: per essere certi che informazioni processualmente irrilevanti non giungano a conoscenza dell'indagato e non trapelino poi all'esterno, si dovrebbe impedire al difensore di prendere visione degli atti e di ascoltare le conversazioni; soluzione che risulterebbe tanto efficace sul piano della tutela della riservatezza quanto inaccettabile sul piano dell'esercizio del diritto di difesa.

<sup>52</sup> La proposta è formulata da G. GIOSTRA, *Su intercettazioni e segreto*, cit., p. 33.

<sup>53</sup> L'individuazione legislativa del *dies a quo* non è particolarmente felice, poiché la presentazione al giudice delle richieste provenienti dalle parti è asincrona. Stando alle scadenze temporali normativamente prescritte, il pubblico ministero dovrà indicare al giudice entro cinque giorni dal deposito le conversazioni che intende far acquisire; i difensori avranno a disposizione dieci giorni dall'avviso dell'avvenuta ostensione, prorogabili sino a venti, per far pervenire le proprie richieste «nella segreteria» del pubblico ministero, al quale compete l'«immediata trasmissione al giudice». Stando alla lettura più plausibile, il *dies a quo* coinciderà con la presentazione al giudice dell'ultima fra le richieste difensive pervenute al pubblico ministero entro i dieci (o venti) giorni consentiti.

Le medesime facoltà sono conferite dall'art. 268-ter comma 5 c.p.p. al pubblico ministero, che dovrebbe avvalersene per “replicare” alle richieste difensive, non, invece, approfittarne per sottrarre le proprie richieste acquisitive alla conoscenza preventiva della difesa, che la redazione dell'elenco di cui all'art. 268-bis comma 1 c.p.p. intende assicurare. Per evitare l'indebita introduzione di richieste “a sorpresa”, dunque, «fuori dal caso della rilevanza sopravvenuta, determinata dalle allegazioni difensive, il requisito della previa indicazione nell'elenco dovrebbe (...) essere tenuto fermo»<sup>54</sup>; le richieste che il pubblico ministero avrebbe potuto formulare dall'inizio e che abbia strumentalmente differito in sede integrativa dovrebbero essere ritenute inammissibili.

##### 5. Segue: *la selezione ad opera del giudice.*

Limitandosi a prescrivere che la procedura di selezione si realizzi nel «rispetto del contraddittorio tra le parti», la legge n. 103 del 2017 ha affidato al legislatore delegato la scelta delle modalità del loro coinvolgimento dialettico<sup>55</sup>. Il dato codicistico contempla l'alternativa fra due opzioni: il giudice potrà pronunciarsi sull'acquisizione «in camera di consiglio senza l'intervento del pubblico ministero e dei difensori» oppure, «quando necessario», decidere «all'esito dell'udienza» camerale, alla quale gli stessi potranno partecipare; in entrambi i casi il provvedimento adottato assumerà la forma dell'ordinanza.

Quando il giudice decide *de plano*, sarebbe stato più consono alle abitudini sistematiche del codice di rito assegnare alla pronuncia la fisionomia del decreto motivato, tipica dei provvedimenti che prescindono dall'interlocuzione dialettica delle parti nel contesto dell'udienza. Nondimeno, la forma dell'ordinanza recupera parzialmente plausibilità conside-

---

<sup>54</sup> A. CAMON, *Primi appunti*, cit., p. 11.

<sup>55</sup> L'esplicito riferimento nella legge n. 103 del 2017 alla «procedura di cui all'art. 268 commi 6 e 7» ha indotto parte della dottrina a ravvisare nella abrogazione di tali commi ad opera del d.lgs. n. 216 del 2017 un eccesso di delega (L. FILIPPI, *L'attuazione della delega*, cit.). Plausibile, però, la “replica” contenuta nella *Relazione illustrativa*, cit., § 27, secondo cui il rinvio a tali disposizioni «deve intendersi quale richiamo alla procedura giudiziale di selezione, e non a quella specifica procedura che oggi il codice di rito delinea».

rando che la decisione è preceduta da un articolato contraddittorio cartolare.

I difensori delle parti trovano nell'elenco delle conversazioni che il pubblico ministero intende far acquisire al fascicolo un punto di riferimento per elaborare le loro richieste. Inoltre, attraverso memorie indirizzate al giudice possono illustrare le ragioni che rendono le conversazioni individuate «rilevanti a fini di prova» e argomentare le richieste di «eliminazione» dei colloqui inutilizzabili o che non avrebbero dovuto essere trascritti. Quanto al pubblico ministero, mentre al momento in cui formula le proprie richieste è all'oscuro del *petitum* difensivo, una volta che questo sia stato depositato nella sua segreteria in vista della trasmissione al giudice può esercitare le facoltà conferitegli dall'art. 268-ter comma 5 c.p.p. Non è da escludere che la richiesta difensiva di introdurre conversazioni non indicate nell'elenco predisposto dal pubblico ministero proietti l'attenzione di quest'ultimo su comunicazioni in prima battuta sottovalutate, inducendolo a rimodellare le proprie scelte sollecitando ulteriori acquisizioni. Ricorrendo a memorie, potrà contrastare le iniziative dei difensori, offrendo argomenti che per un verso attestino l'irrilevanza di colloqui che questi intendono acquisire e per l'altro giustifichino l'ingresso nel fascicolo delle indagini di quelle conversazioni selezionate dall'accusa di cui le parti private hanno confutato la rilevanza o l'utilizzabilità.

Va riconosciuto al legislatore delegato di aver assicurato il più elevato tasso di interlocuzione dialettica realizzabile a distanza e di aver opportunamente ammesso la possibilità per il giudice di «procedere all'ascolto delle conversazioni e comunicazioni»<sup>56</sup>. Tali accorgimenti bastano, probabilmente, per porre la rinuncia legislativa al contraddittorio camerale, funzionale ad esigenze di speditezza, al riparo da sospetti di illegittimità per violazione dell'art. 24 comma 2 Cost.<sup>57</sup>.

Restano, tuttavia, le perplessità sull'opportunità della soluzione: sarebbe stato preferibile, a nostro avviso, assicurare sempre al pubblico ministero e ai difensori la facoltà di intervenire alla selezione delle conversa-

---

<sup>56</sup> Sembra da ritenere che l'ascolto avvenga mediante accesso all'archivio riservato presso l'ufficio del pubblico ministero; fra i soggetti autorizzati all'ingresso, l'art. 89-bis disp. att. c.p.p. annovera anche «il giudice che procede».

<sup>57</sup> Poco persuasivo, invece, il tentativo della Relazione illustrativa di giustificare la scelta del contraddittorio eventuale alla luce di una presunta continuità con i precedenti commi 6 e 7 dell'art. 268 c.p.p.: il termine «partecipare» in quel contesto alludeva all'intervento, mentre la Relazione ritiene discutibilmente che avrebbe potuto assumere la forma di una «interlocuzione meramente cartolare» (§ 27).