

INTRODUZIONE

Questo volume costituisce la continuazione ideale di quello pubblicato nel 2018 nella medesima collana, con il titolo *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*.

I temi sono sostanzialmente gli stessi; il titolo riecheggia quello del precedente volume; identica è la divisione in due parti; pressoché invariata è la squadra degli Autori. Sono però cambiati – nell’arco di questo biennio – lo spirito politico che animava il d.lgs. n. 216 del 2017 (nel volume citato anche come “riforma Orlando”) e, con esso, le cruciali scelte legislative deputate a regolare il complicato equilibrio di un trittico comprendente modalità investigative particolarmente insidiose, diritto di difesa e tutela della riservatezza.

Le norme oggetto del volume pubblicato nel 2018 hanno avuto il singolare destino di diventare un “pezzo di storia del diritto” senza mai essere divenute operative. La fatica interpretativa che su di esse si è esercitata sarebbe potuta (e dovuta) servire al legislatore, quanto meno, per rimeditare alcune scelte (anche omissive) che caratterizzavano il d.lgs. n. 216 del 2017 e che la riflessione dottrinale aveva denunciato. Così non è stato. La legge n. 7 del 2020 (nel volume citata anche come “riforma Bonafede”), entrata in vigore il 1° settembre 2020, si è innestata sul provvedimento del 2017, stravolgendone la parte che più lo contrassegnava: quella concernente la tutela della *privacy* nella pratica gestione delle captazioni comunicative. Il cambio di maggioranza politica avvenuto nel marzo 2018 lasciava in effetti presagire un simile destino. Viviamo momenti di esibita conflittualità politica. *The winner takes it all* e si prodiga per cancellare le opere del detestato sconfitto come segno di conquistata supremazia. La classe politica uscita vincitrice da quel confronto elettorale appariva

determinata a privilegiare la libertà di informazione sulle esigenze di riservatezza personale. Era un problema di immagine, sorretta dall'ingenuo (e pericoloso) slogan che “gli onesti non hanno nulla da nascondere”. La riforma imponeva una controriforma. Ne fosse almeno sortito un progetto ideologicamente alternativo, ma meditato e organico. Niente di tutto questo. Si ha anzi la sensazione che chi ha messo mano all'opera restauratrice si sia preoccupato soltanto di eliminare alcune disposizioni ritenute meno condivisibili, senza operare quelle ricutiture in grado di restituire un disegno unitario, essenziale per agevolare il lavoro ricostruttivo di dottrina e giurisprudenza.

Ci sono voluti due anni per confezionare il nuovo prodotto, che, all'analisi attenta proposta in queste pagine, si rivela tutt'altro che coerente e sta già creando un senso di vertigine nell'interprete. È arduo decifrare le disposizioni che hanno modificato i rapporti tra segretezza delle registrazioni captate, divieti di pubblicazione e limiti di utilizzabilità. E si sa che le oscurità legislative favoriscono, anche se non giustificano, l'inventiva giurisprudenziale. Quella contenuta nella legge n. 7 del 2020 è scrittura normativa in buona parte da riformulare. Per questo gli autori del presente volume si sono impegnati sia nell'offrire un contributo esegetico a chi questa normativa sarà chiamato ad applicare, sia nel suggerire indicazioni *de iure condendo* al legislatore che volesse opportunamente rimettervi mano.

Tra le norme modificate va segnalata quella in tema di traslazione in altri procedimenti di comunicazioni acquisite tramite captatore informatico (art. 270 comma 1-*bis* c.p.p.): un intervento novellatore del quale francamente non si avvertiva la necessità, anche perché, a chiarire i contorni giuridici della questione, erano intervenute (nel gennaio 2020) le Sezioni Unite della Cassazione, con una sentenza ben motivata, ora smentita dalla legge, senza spiegazioni di sorta: sarà compito dell'interprete dare un senso a questa inattesa revisione normativa.

I due anni di “moratoria” propiziata da ben cinque proroghe non sono neppure bastati per dettare una compiuta disciplina del captatore informatico, che la legge si ostina a regolare solo come strumento di intercettazione ambientale. Restano in buona parte valide, pertanto, le osservazioni critiche già svolte, a tale riguardo, nel collettaneo del 2018; osservazioni che in questo volume trovano opportuno sviluppo e aggiornamento, col tener conto della letteratura (anche stra-

niera) nel frattempo fiorita con riguardo a codesta particolare tecnica investigativa.

L'opera è aggiornata al 30 settembre 2020.

Fermo-Bologna, novembre 2020

I Curatori

Un ringraziamento sentito al dottor Lorenzo Bernardini, per l'impegno e la competenza con cui ha curato la revisione redazionale e il 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'ASCOLTO ALL'ACQUISIZIONE: UN COLLAGE NORMATIVO MALRIUSCITO, ALL'INSEGNA DEL PROTAGONISMO DEL PUBBLICO MINISTERO

di Chiara Gabrielli

SOMMARIO: 1. Ragioni e tratti qualificanti della “controriforma Bonafede”. – 2. La redazione del verbale: prescrizioni operative. – 3. *Segue*: e ruolo del pubblico ministero. – 4. La selezione “ordinaria” in contraddittorio: il deposito. – 5. *Segue*: l’acquisizione. – 6. *Segue*: la trascrizione. – 7. Le alternative a controllo giurisdizionale eventuale: al termine delle indagini. – 8. *Segue*: in sede di instaurazione del rito immediato. – 9. Le sedi non codificate di acquisizione.

1. *Ragioni e tratti qualificanti della “controriforma Bonafede”.*

Plurimi segnali di univoco tenore facevano presagire che la c.d. riforma Orlando non avrebbe rappresentato la tappa conclusiva della tormentata rimeditazione avviata rispetto alla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni introdotta dal codice di rito del 1989. Mentre l’iniziale differimento dell’operatività del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 era giustificato dall’obiettiva esigenza di assicurare alle nuove disposizioni un’adeguata “impalcatura” organizzativa – apprestando «supporti logistici, informatici e strumentali per gli archivi riservati e per le sale ascolto per gli avvocati»¹ –, alla base dei successivi rinvii introdotti “a rate” s’intravedevano ragioni articolate, che andavano

¹ A tali motivazioni faceva riferimento il Ministro della Giustizia Bonafede nell’audizione dell’11 luglio 2018 davanti alla Commissione Giustizia della Camera.

oltre la necessità di assicurare alle novità introdotte un idoneo supporto tecnico².

Le modifiche apportate dal d.lgs. n. 216 del 2017 alle modalità di documentazione delle captazioni e all'itinerario di acquisizione delle stesse al procedimento erano immediatamente divenute bersaglio di rilievi critici largamente condivisi: classe forense e magistratura requirente lamentavano un'insoddisfacente attenzione nei confronti dei diritti difensivi e, al contempo, l'introduzione di una procedura di documentazione «macchinosa e irrealistica», in grado di pregiudicare «qualità ed efficacia delle indagini» e una «corretta distribuzione dei compiti funzionali tra i diversi soggetti coinvolti»³.

Di tali osservazioni mostrava di volersi fare carico la recente “contro-riforma Bonafede”⁴, programmaticamente giustificata non soltanto con il *leit motiv*, comune alla pressoché totalità degli interventi normativi in materia, della «necessaria tutela della riservatezza delle persone», ma anche con l'esigenza di apportare correttivi ad «effetti distorsivi» che si sarebbero riscontrati «sul piano della tutela delle garanzie difensive e della funzionalità delle indagini preliminari» ove i meccanismi prefigurati dal d.lgs. n. 216 del 2017 avessero trovato effettiva attuazione⁵.

Anziché apportare i soli aggiustamenti necessari a emendare la disciplina frutto della “riforma Orlando” dalle imperfezioni denunciate dagli operatori della giustizia, lasciandone invariato l'impianto sostanziale, le «modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversa-

² Per una ricostruzione degli eterogenei obiettivi politici sottesi alla riforma, responsabili di «un articolato per molti versi contraddittorio e ambiguo, la cui attuazione lascerà (...) grandi margini esegetici agli operatori e, in ultima istanza, alla Corte di cassazione», v. M. GIALUZ, *Premessa*, in M. GIALUZ (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, in *Diritto di internet*, 2020, fasc. 3 (suppl.), p. 4.

³ In questi termini si esprimeva sempre il Ministro della Giustizia, in sede di audizione.

⁴ Tale definizione è piuttosto diffusa a proposito del d.l. n. 161 del 2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 7 del 2020. Se ne avvalgono, tra gli altri, C. LARINNI, *La (contro)riforma delle intercettazioni: d.l. n. 161 del 2019*, in *Discrimen*, 21 gennaio 2020; D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sist. pen.*, 2020 (2), p. 76.

⁵ Così la *Relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 161 del 2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Atti Camera, XVIII leg.*, n. 2324. Ragioni invocabili anche nel tentativo, invero non agevole, di individuare i presupposti costituzionalmente richiesti per giustificare la controversa scelta di fare ricorso al decreto-legge.

zioni e comunicazioni» introdotte dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7, che ha convertito con modificazioni il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, hanno forgiato un assetto normativo decisamente innovato nei suoi connotati qualificanti; più che a un ritorno al passato⁶, tuttavia, si assiste a un ritorno “al futuro”.

È vero che il legislatore ha messo mano alle modalità con cui le captazioni vanno documentate in prima battuta dalla polizia giudiziaria⁷, verosimilmente nell'intento di recuperarne di più “familiari” e meno tortuose⁸, e ha provveduto al ripristino dell’“udienza stralcio”, contemplata dall'originario art. 268 c.p.p. e accantonata dalla “riforma Orlando”. Nondimeno, su entrambi i versanti non si può parlare di un recupero integrale dell'assetto preesistente alla riforma del 2017. Da un lato, la legge n. 7 del 2020 ne ha mantenuto – sia pure dotandolo di diversa denominazione e, soprattutto, natura – il «fiore all'occhiello»⁹: quell'archivio collocato presso l'ufficio del pubblico ministero, che – definito allora riservato, oggi digitale – continua a rappresentare il «luogo della segretezza», nel quale «custodire sin da subito i risultati delle operazioni di intercettazione»¹⁰, così da ridurre le occasioni di fuoriuscita delle informazioni captate prima della cernita di quelle rilevanti per l'accertamento penale¹¹. Dall'altro, la “controriforma Bonafede”, pur recuperando il “canovaccio” elaborato nel 1989 rispetto alla fase di selezione, ha introdotto al suo interno più di una novità di rilievo.

⁶ Propende per questa tesi G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Sist. pen.*, 2020 (1), p. 48.

⁷ Le modalità di redazione del brogliaccio introdotte dalla “riforma Orlando” continuano, peraltro, ad essere previste dall'art. 103 comma 7 c.p.p. con riguardo alle conversazioni intercorse tra difensore e assistito. Sul punto v. L. GIULIANI, parte I, cap. II, § 2, nota 7.

⁸ V. però *infra*, nota 45.

⁹ A. CAMON, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, 2018, p. 79.

¹⁰ Così definito dalla *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, in *Atti Senato*, XVII leg., n. 472-bis.

¹¹ Sul sistema originariamente apprestato dal codice di rito v. S. RENZETTI, parte I, cap. V, § 3, nota 40.

2. La redazione del verbale: prescrizioni operative.

Come si accennava, la rimeditazione della scelta di affidare alla polizia giudiziaria, in prima battuta, l'individuazione dei colloqui irrilevanti ai fini delle indagini, da indicare nel brogliaccio attraverso i soli estremi e nell'annotazione per esteso¹², non ha ricondotto il "pendolo" del regime normativo all'originaria posizione. A rigore, il dato codicistico del 1989 non autorizzava amputazioni nella verbalizzazione delle conversazioni captate, ma ammetteva unicamente, all'art. 268 comma 2 c.p.p., che i relativi contenuti potessero essere trascritti in modo sommario¹³. Mentre, pur attenuando «i rigidi divieti di trascrizione»¹⁴ previgenti, la legge n. 7 del 2020 non ha rinunciato a dettare prescrizioni omissive nella redazione del brogliaccio di ascolto.

L'idea – ereditata dalla "riforma Orlando" – di un «controllo alla fonte»¹⁵ sottende il convincimento che non ci si possa affidare alla sola destinazione *ex post* dei verbali e delle registrazioni nell'archivio digitale secondo le cadenze descritte dall'art. 268 comma 4 c.p.p., ma occorra intervenire *ex ante*, sul presupposto che dotare di «dignità cartacea» informazioni di particolare delicatezza equivale ad esporle a «una maggiore diffusione» pregiudizievole per la sfera della riservatezza individuale,

¹² L'intuibile esigenza di non esautorare il pubblico ministero dal controllo sugli esiti di tale *screening* rendeva necessario informarlo delle captazioni inizialmente non riportate, affinché potesse ordinarne la trascrizione nel brogliaccio, costringendo la polizia giudiziaria ad attivare l'ulteriore canale informativo rappresentato dalle «annotazioni sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni» (art. 267 comma 4 c.p.p.); entrambi, verbali e annotazioni, dovevano peraltro risultare accessibili ai difensori, in vista delle richieste di acquisizione delle conversazioni rilevanti da rivolgere al giudice. Nell'insieme, la "riforma Orlando" allestiva «un meccanismo farraginoso e inutilmente complicato per tutti i protagonisti» (G. GIOSTRA, *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in *Il Sole 24 ore*, 20 dicembre 2017, p. 33), condannato dalla legge n. 7 del 2020, ancor prima che potesse essere sperimentato, a una sepoltura illacrimata.

¹³ Sono state le circolari adottate da numerose procure della Repubblica a interpretare il dato normativo nel senso che non dovessero essere riportate nel brogliaccio le conversazioni irrilevanti (secondo alcune varianti, manifestamente irrilevanti) e i colloqui inutilizzabili, nel convincimento che fare a meno della trascrizione significasse limitare proporzionalmente i rischi di diffusione di notizie processualmente terze.

¹⁴ Così la *Relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 161 del 2019*, cit.

¹⁵ F. RUGGIERI, *La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica*, in *Proc. pen. giust.*, 2020 (4), p. 6.

giacché «la carta circola più rapidamente e più agevolmente di una registrazione»¹⁶. Si tratta, tuttavia, di una scelta non priva di ripercussioni, come vedremo, in relazione alla conoscenza che del captato potranno avere la difesa¹⁷, il giudice per le indagini preliminari e lo stesso pubblico ministero.

Anche nel riformulato art. 268 comma 2-*bis* c.p.p. si rintracciano regole indirizzate a guidare l'operato della polizia giudiziaria; ancorché non venga menzionata espressamente, si staglia come «attore ordinario delle operazioni di intercettazione»¹⁸, in sintonia con una prassi che la vede incaricata abitualmente di provvedere alla messa in opera delle captazioni, malgrado il codice di rito individui nel pubblico ministero l'esecutore privilegiato degli ascolti. A quest'ultimo, al tempo stesso, la richiamata disposizione non manca di assegnare una funzione di direzione e vigilanza «a protezione della *privacy*»¹⁹.

Rispetto a quello affidatogli dalla “riforma Orlando”²⁰, il compito di selezione preliminare demandato attualmente all'organo di polizia verbalizzante pare comunque alleggerito. Imponendogli di non riportare conversazioni sprovviste di rilevanza ai fini delle indagini, il d.lgs. n. 216 del 2017 lo costringeva a scrutinare l'utilità per l'accertamento dei fatti di tutti i colloqui captati, ossia a compiere una diagnosi preliminare di

¹⁶S. RENZETTI, *Una riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e soft law*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 4 aprile 2018, p. 24.

¹⁷Per una decisa smentita dell'idea secondo cui «la selezione del materiale eseguita dalla polizia giudiziaria nel corso delle operazioni di ascolto sia totalmente esaustiva anche per la difesa» cfr. A. DIDI, *Le intercettazioni telefoniche*, in *Penale dir. e proc.*, 3 agosto 2020.

¹⁸G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, cit., p. 50, segnalando come nel precedente assetto normativo il pubblico ministero era individuato come l'«unico destinatario di poteri e doveri in materia».

¹⁹M. GIALUZ, *Premessa*, cit., p. 5. Per un apprezzamento verso la scelta legislativa cfr. C. GALLO, *La procedura di deposito e selezione delle intercettazioni*, in *Quest. giust.*, 21 febbraio 2020.

²⁰Peraltro, impiegando una formulazione normativa appesantita da inspiegabili ridondanze, per una ricognizione delle quali si rinvia a F. CAPRIOLI, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, in T. BENE (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Cacucci, 2018, p. 142 s.; v. anche C. GABRIELLI, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni rilevanti*, in G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, 2018, p. 7 ss.

delicatezza estrema, che rischiava di produrre effetti definitivi e non emendabili²¹.

L'odierno art. 268 comma 2-*bis* c.p.p. fa propria, invece, una "presunzione di trascrivibilità", che restringe l'attenzione dell'organo di polizia delegato agli ascolti a due categorie di conversazioni, delle quali la norma inibisce la trascrizione nel verbale. Soltanto rispetto alle «espressioni lesive della reputazione delle persone» e ai «dati personali definiti sensibili dalla legge» emersi dai colloqui captati il verbalizzante deve farsi carico di verificare la rilevanza ai fini delle indagini; presupposto che, ove dimostrato, gli impone comunque, ai sensi del riformulato comma 2-*bis*, di inserire quell'espressione o quel dato nel brogliaccio. Opportunamente, nel bilanciamento di interessi, prevale l'esigenza che di tali informazioni si conservi traccia documentale, nell'ottica di agevolare la successiva acquisizione al processo; un obiettivo del quale proprio la gestione della fase di redazione del verbale potrebbe fatalmente pregiudicare il conseguimento, là dove la censura trascrittiva impedisca alle parti di avere effettiva percezione di un elemento che rivesta utilità per le proprie posizioni²².

Sebbene quantitativamente ridotto rispetto a quello allestito dal legislatore del 2017²³, il vaglio al quale la polizia giudiziaria è tenuta sulla

²¹ Sebbene, infatti, l'art. 268 comma 2-*ter* c.p.p. contemplasse astrattamente «spazi di doveroso intervento del pubblico ministero» (GIUS. AMATO, *P.m. "guardiano" della riservatezza, una scelta utopistica*, in *Guida al diritto*, 2020 (13), p. 47), in pratica quest'ultimo sarebbe stato difficilmente in grado di esercitare i poteri emendativi di cui era titolare, e indotto a un intervento di «natura sostanzialmente convalidante» (F.R. DINACCI, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Giappichelli, 2018, p. 37). L'indicazione telegrafica degli estremi delle conversazioni, difficilmente compensata dalle annotazioni, avrebbe imposto alla difesa, nel formulare richiesta di acquisizione delle captazioni, di procedere all'ascolto generalizzato delle tracce; operazione di improbabile realizzazione tanto più nei ristretti termini assegnati dall'art. 268-*ter* comma 3 c.p.p.

²² A. CAMON, *Primi appunti sul nuovo procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, in *Arch. pen., Speciale Riforme*, 14 febbraio 2018, p. 4. Sul peso che la preselezione a monte ad opera della polizia giudiziaria riveste «nell'economia complessiva della fase di acquisizione» v. anche S. RENZETTI, *Una riforma (radicale?)*, cit., p. 30.

²³ Secondo G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, cit., p. 49, rinunciando alla «costante attenzione selettiva dei pubblici ministeri», la "controriforma Bonafede" ha comunque preferito «allentare i presidi posti a tutela dei diritti delle persone coinvolte anche solo occasionalmente dalle operazioni di intercettazione».

base dell'attuale comma 2-*bis* dell'art. 268 c.p.p. non dà l'impressione di un'operazione a basso coefficiente di complessità.

Non tanto per la difficoltà di decodificare l'anacronistico richiamo normativo alla categoria dei «dati personali definiti sensibili dalla legge»; pare sufficiente in questo caso l'accortezza di avvalersi del “commutatore” rappresentato dall'art. 22 comma 2 d.lgs. n. 101 del 2018: in qualsiasi sede legislativa ricorra, la locuzione va riferita «alle categorie particolari di dati di cui all'articolo 9 del regolamento (UE) 2016/679», ossia «dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona».

Più controversa l'altra *species* di informazioni di cui è inibita la riproduzione nel verbale per evitare che l'accesso ai dettagli contenuti nella conversazione captata comprometta l'immagine pubblica di qualcuno: la formula «espressioni lesive della reputazione delle persone» attribuisce all'operatore di polizia ampi margini di discrezionalità valutativa²⁴; peraltro, l'ampiezza del termine «persone» fa pensare che la preoccupazione riguardi in eguale misura l'indagato, i suoi interlocutori e i soggetti semplicemente nominati nella conversazione captata.

Il criterio che autorizza a riprodurre nel verbale informazioni pregiudizievoli per la reputazione o la riservatezza individuale allude a «una rilevanza tutta quanta investigativa, da valutare (...) con opportuna ampiezza»²⁵. Non sembra ci si debba spingere, invece, a proporre una lettura in chiave “dinamica”, per cui nel decidere sull'*an* della trascrizione ci si faccia carico, in assenza di appigli concreti, dell'astratta eventualità che la rilevanza di una singola conversazione emerga «in una fase successiva dell'indagine, così che una mancata indicazione sul contenuto dei brogliacci [potrebbe] rendere, se non impossibile, molto difficile [la] rivalutazione»²⁶. La circostanza che il giudizio di rilevanza è

²⁴ Di fronte alla «complessità nell'individuazione di criteri generali», suggerisce di fare riferimento alla «elaborazione giurisprudenziale relativa al reato di diffamazione» la PROCURA DELLA REPUBBLICA DI TIVOLI, *Linee guida per l'applicazione della nuova disciplina delle intercettazioni o comunicazioni (riforma delle intercettazioni)*, in *Sist. pen.*, 7 settembre 2020, p. 32 s.

²⁵ F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1405.

²⁶ C. PARODI, *La riforma dimezzata: prime osservazioni sul decreto in tema di intercettazioni*, in *Il penalista*, 8 gennaio 2020, p. 6.

fatalmente *in progress*, soggetto a evoluzioni, anche significative nel corso dell'itinerario procedimentale²⁷, non deve far perdere di vista l'opportunità di commisurararlo alle necessità investigative in atto. Semmai, nella consapevolezza che queste sono suscettibili di «sviluppi non facilmente delineabili» e «ancora in divenire»²⁸, si dovrebbe propendere per la trascrizione là dove, *rebus sic stantibus*, la rilevanza di una certa porzione di comunicazione appaia incerta²⁹.

Peraltro, anche a ricostruire il parametro che guida il “ripescaggio” nei termini predetti non si attenua granché il pericolo che informazioni utili all'accertamento dei fatti, e di probabile interesse difensivo, restino comunque sottotraccia a causa di una “bonifica” eccessivamente rigorosa. A prima vista, si potrebbe pensare che le conseguenze dell'esasperata sensibilità del verbalizzante verso la protezione della reputazione dei captati o dei nominati possano essere disinnescate da una corretta applicazione del criterio della rilevanza; che, in altri termini, se anche l'operatore di polizia – facilitato dagli obiettivi margini di elasticità della locuzione – riconoscesse con generosità eccessiva l'attitudine di una certa espressione a ledere la sfera privata, sarebbe comunque vincolato a riportarla nel brogliaccio tutte volte in cui se ne prospetti un possibile rilievo sul piano investigativo. Tuttavia, trattandosi del medesimo organo a dover applicare i due parametri, è molto probabile che, ove lo stesso largheggi nel valutare il pregiudizio reputazionale derivante dalla trascrizione di una certa espressione, sia già propenso a privilegiare della rilevanza per le indagini una lettura restrittiva.

Nell'eventualità, tutt'altro che remota, che quest'ultimo parametro, gestito dalla polizia giudiziaria, fallisca nello scopo, si può sperare che sia l'intervento del pubblico ministero a ripristinare la completezza del verbale ingiustamente sacrificata. A condizione però di abbandonare – come si vedrà – una lettura strettamente testuale dell'art. 268 comma 2-

²⁷ Nello stesso senso, G. CASCINI, parte I, cap. VIII.2.

²⁸ UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Relazione su novità normativa. Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in www.cortedicassazione.it, p. 22.

²⁹ Per una lettura ampia del filtro, secondo cui i colloqui «dovranno quindi sempre ritenersi rilevanti (a meno che, chiaramente, non esulino totalmente dall'oggetto dell'indagine o attingano persone ad esse completamente estranee)», v. G. PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in *Sist. pen.*, 2020 (2), p. 120, al quale si rinvia per esempi.

bis c.p.p. a favore di una ricostruzione che valorizzi in senso funzionale il compito di vigilanza attribuito all'organo d'accusa³⁰.

3. Segue: *e ruolo del pubblico ministero.*

Se ci attestassimo su una rigida adesione al dato codicistico, il pubblico ministero dovrebbe intervenire esclusivamente per evitare che nel verbale figurino espressioni pregiudizievoli della reputazione delle persone e informazioni ascrivibili alla categoria dei dati sensibili che giudichi prive di rilevanza per le indagini. Per certo, nel mirino del legislatore ci sono, cioè, le evenienze in cui il malfunzionamento del filtro affidato in prima battuta alla polizia giudiziaria può comportarne rischi di diffusione gratuiti, perché non giustificabili con la necessità di disporre per ragioni investigative. Semmai, nella «riforma-riformata»³¹ risultano sfuggenti gli aspetti operativi connessi al *self-restraint* imposto alla polizia giudiziaria.

Anzitutto, il dettato normativo non chiarisce che cosa, nell'eventualità in cui questo venga esercitato, debba essere comunque inserito nel verbale. Mentre è ovviamente escluso che possa riportarsi il passaggio per intero, sembrano compatibili con la *littera legis* tanto l'uso "chirurgico" degli *omissis*³² quanto il telegrafico riferimento a «interlocutore, oggetto

³⁰ Il dubbio è che neppure questo tipo di controllo si riveli risolutivo: essendo comunque portatore di una prospettiva accusatoria, il pubblico ministero potrebbe essere indotto a non attivarsi per far riportare nel verbale, rendendole più facilmente rintracciabili in qualunque sede decisoria, informazioni che contrastano con la ricostruzione inquirente. Di qui la necessità che non solo «il difensore sia messo in condizione di verificare che non vi siano elisioni pregiudizievoli per l'accusato», ma anche che possa «pretendere l'intervento di un giudice per il ripristino delle conversazioni omissate» (G. GIOSTRA, parte I, cap. V, § 3.1).

³¹ G. SPANGHER, *Dl intercettazioni: una controriforma dall'avvio incerto*, in *Guida al diritto*, 2020 (10), p. 13.

³² Poiché «non si impone un generale e indistinto divieto di trascrizione dell'intera intercettazione quanto una più contenuta espunzione delle sole espressioni lesive della reputazione o che riguardino dati sensibili», attualmente «sarà sufficiente omettere i singoli passaggi», rileva D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni*, cit., p. 76. Ricostruzione che avrebbe dalla sua parte la scelta, in sede di conversione, di riferire la locuzione «rilevanti ai fini delle indagini» direttamente alle espressioni lesive, e non più, come nella versione originaria, alle intercettazioni *tout court*.

e collocazione temporale»³³ della conversazione da cui emerge il dettaglio da omettere³⁴. Malgrado l'ambiguità della locuzione «espressioni lesive», invece, si deve ritenere che la polizia giudiziaria non possa limitarsi a una parafrasi linguistica, che, pur sostituendo la formula testuale, ne riporti nel brogliaccio il contenuto sostanziale.

Plausibile, peraltro, che a precisare con quali tecniche la polizia dovrà segnalare nel brogliaccio quanto ha ritenuto di non trascrivere neppure sommariamente intervengano le «indicazioni» che il pubblico ministero è chiamato a fornire ai sensi del comma 2-*bis* dell'art. 268 c.p.p. Come pure, è verosimile che esse offrano spunti regolatori dell'interlocuzione tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, dal momento che – contrariamente alla “riforma Orlando” – la novella del 2020 tace sulle modalità con cui dovrebbe realizzarsi tale interazione funzionale a permettere l'esplicazione delle prerogative di vigilanza assegnate all'autorità giudiziaria. Perché possa essere efficacemente realizzato il controllo sulle indebite “eccedenze” rintracciabili nel brogliaccio – che si preannuncia sul piano attuativo non privo di difficoltà³⁵ – viene naturale ipotizzare che il pubblico ministero riceva ed esamini la bozza dei verbali redatti³⁶ e, nell'ambito di una interlocuzione deformalizzata, possa sollecitare

³³ M. MIRAGLIA, *La riforma delle intercettazioni e la redazione dei “brogliacci di ascolto”*, in M. GIALUZ (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, in *Diritto di internet*, 2020, fasc. 3 (suppl.), p. 15. Sembra intenderlo così anche F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1405.

³⁴ A monte, si tratta di escludere che ad impedire l'adesione a tale soluzione operativa sia la comparazione della nuova disciplina con quella del 2017, nelle cui linee guida dettagliate la preclusione rispetto a una verbalizzazione anche sommaria si traduceva nell'obbligo per la polizia giudiziaria di riportare «soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta», obbligo non ribadito dalla legge n. 7 del 2020.

³⁵ Al punto che, secondo il CSM, *Parere sul Disegno di Legge n. 1659 AS di conversione del Decreto Legge n. 161/2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *www.csm.it*, 13 febbraio 2020, p. 8, tale supervisione sarebbe «di dubbia esigibilità nei casi di procedimenti con un numero elevato di comunicazioni captate quotidianamente».

³⁶ Il termine «vigilanza» richiama l'idea di un'attività di controllo destinata a svolgersi con continuità, al di là dell'iniziativa specifica della polizia per sollecitarla. In questa prospettiva, l'organo di polizia dovrebbe ritenersi vincolato a portare a conoscenza del pubblico ministero tutti i brogliacci redatti, non soltanto quando nutra dubbi sull'*an* della trascrizione con riferimento a specifiche informazioni. Mentre non potrebbe dirsi sufficiente ad assicurare una vigilanza così intesa una interlocuzione attivata su *input* della polizia giudiziaria nei soli casi in cui sia perplessa sulla trascrizione dell'informazione.