

I LIMITI ALLA DOCUMENTAZIONE DELLE COMUNICAZIONI INTERCETTATE

di Fabio Nicolichia

(Assegnista di ricerca in diritto processuale penale, Università di Ferrara)

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una scelta. – 2. L'oggetto del nuovo divieto di trascrizione. – 3. La cernita delle espressioni vietate. – 4. Limiti alla verbalizzazione e fenomenologia delle moderne intercettazioni.

1. In continuità rispetto alla soluzione inaugurata dal d.lgs. 29.12.2017 n. 216, il quale attingeva a sua volta a piene mani dalla prassi “codificata” nelle c.d. circolari applicative diramate da diverse procure della Repubblica¹, anche il d.l. 30.12.2019 n. 161, conv. in l. dalla l. 28.2.2020 n. 7, ripropone una selezione precoce delle intercettazioni al momento della trascrizione sommaria dei dialoghi².

Le nuove norme accantonano però il cervelotico congegno inizialmente predisposto dalla novella del 2017, «idea mal concepita e peggio formulata»³ nonché «peccato originale della riforma»⁴ secondo i commentatori più critici. Troppe e variegate le perplessità suscitate dal vecchio sistema perché se ne possa dare qui analiticamente conto senza sviare dall'oggetto della trattazione. Basterà pertanto ricordare le condivisibili critiche riservate all'attribuzione in via principale alla polizia giudiziaria del delicato compito di cernita delle conversazioni⁵, alla macchinosa interlocuzione tra quest'ultima ed il pubblico ministero⁶ ed alla stessa formulazione dei parametri che

¹ Cfr., già con riferimento alla l. delega 23.6.2017 n. 103, A. Camon, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle Procure ispirano la riforma Orlando*, in *AP* 2018, 641 ss.; nonché, successivamente, ancora A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino 2018, 65; T. Bene, *La riforma parziale (e il gorilla invisibile)*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. Bene, Bari 2018, 17 s.

² Il d.l. 161/2019 è intervenuto anche sul testo dell'art. 89 NAttCp per ciò che concerne i contenuti del verbale di trascrizione sommaria. Rispetto a quanto già previsto dal d.lgs. 216/2017 si precisa oggi che, nel caso di intercettazione tra presenti mediante captatore informatico, i luoghi in cui si svolgono le conversazioni dovranno essere indicati solo «ove possibile».

³ G. Giostra, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *RIDPP* 2018, 526.

⁴ F. Morelli, *Il nuovo volto delle intercettazioni: procedimento selettivo e riservatezza dei dialoghi intercettati*, in *Dai decreti attuativi della legge “Orlando” alle novelle di fine legislatura*, a cura di A. Giarda, F. Giunta e G. Varraso, Milano 2018, 109.

⁵ Cfr. ancora, diffusamente, F. Morelli, *op. cit.*, 112 ss. Più di recente poi, anche se con giudizio complessivamente positivo rispetto al tentativo di riforma del 2017, F. Caprioli, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *CP* 2020, 1395 s.

⁶ S. Furfaro, *Intercettazioni (profili di riforma)*, in *www.archiviopenale.it* 14 marzo 2018, 15; nonché, pur con precipuo riferimento al testo della legge delega, C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”. Una tutela penalistica della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova*, in *DPenCont* 3/2017, 84.

avrebbero dovuto governare la scelta dei contributi da annotare nel c.d. brogliaccio⁷. Il tutto dava vita ad un procedimento esposto a prevedibili oscillazioni applicative e complessivamente inidoneo a soddisfare le stesse esigenze di tutela della riservatezza poste alla base della riforma⁸.

Conscio di ciò, il legislatore ridimensiona dunque le sue iniziali ambizioni attraverso l'abrogazione dell'ultimo periodo del "vecchio" art. 267 co. 4 e dell'art. 268 co. 2-ter Cpp, modificando altresì il co. 2-bis di quest'ultima disposizione. Cade dunque il complesso sistema delle informative assistito dal perentorio divieto di trascrizione delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti, oggi sostituito da un più blando auspicio a che «nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge».

Si tornerà in seguito sull'effettiva idoneità dell'attuale assetto a rimediare ai guasti della precedente formulazione. Conviene invece riflettere sin da subito sulle ragioni che hanno indotto a confermare seppur in versione "ridotta" i limiti alla verbalizzazione, ripudiando la soluzione originariamente contenuta nel codice⁹.

Costituisce constatazione diffusa, ed evidentemente condivisa dai riformatori, quella secondo cui la fissazione della traccia fonica in segno grafico agevolerebbe in maniera decisiva l'indiscriminata pubblicizzazione extraprocessuale delle captazioni. In quest'ottica, al fine di preservare la riservatezza dei protagonisti dei colloqui intercettati e più in generale di tutti coloro ai quali si riferiscono i dialoghi, si palesa l'esigenza di limitare gli scritti che ne riproducono i contenuti¹⁰.

La premessa iniziale di questo ragionamento appare tuttavia meno solida di quanto generalmente si suppone. Per quanto alla diminuzione dei supporti che riportano le intercettazioni possa in effetti associarsi una riduzione "statistica" delle possibilità di una loro indebita diffusione esterna¹¹, nell'epoca della digitalizzazione la "fuoriuscita" delle notizie riservate rimane eventualità pur sempre possibile anche in assenza di "passaggi di carte" clandestini al di fuori delle procure. Si allude in particolare all'ipotesi della diretta divulgazione delle registrazioni¹², le quali consegnano peraltro al pubblico una rappresentazione immediata dello scambio comunicativo, massimizzando così il pregiudizio inferto al segreto¹³. Le tracce foniche digitalizzate

⁷ Oltre ai contributi già citati, si sofferma sul punto A. Camon, *Primi appunti sul nuovo procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, in *AP Speciale Riforme* 2018, 462 ss.

⁸ Per alcune considerazioni di sintesi si veda F. R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. Mazza, Torino 2018, 38 ss.

⁹ L'art. 268 co. 2 Cpp, in assenza di ulteriori specificazioni, avrebbe a rigore imposto la verbalizzazione dei contenuti di tutte le comunicazioni intercettate. In questo senso L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997, 122; nonché A. Camon, *Primi appunti*, cit., 641.

¹⁰ Cfr. S. 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.la legislazione penale.eu* 4 aprile 2018, 24.

¹¹ Questa era del resto l'«idea portante» che animava le soluzioni dapprima elaborate dalle circolari delle procure. Lo segnala A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., 65.

¹² Il d.l. 161/2019, poi convertito dalla l. 7/2020, ha infatti abrogato l'originario co. 2 dell'art. 89 NAttCpp, in origine inerente alle modalità di conservazione dei «nastri contenenti le registrazioni», appunto a testimonianza dell'intervenuta digitalizzazione delle attività captative.

¹³ Si ha infatti in tal caso una rappresentazione diretta del dialogo che non viene solo rivelato nei suoi contenuti,

possono del resto essere oggi velocemente trasferite su capienti supporti di memorizzazione o comunque condivise attraverso strumenti di trasmissione informatica¹⁴.

Paradossalmente, apposite prescrizioni volte a limitare il contenuto informativo dei verbali avrebbero allora avuto più senso nel vigore della disciplina antecedente al 2017, allorquando un discutibile indirizzo giurisprudenziale escludeva il diritto per la difesa di ottenere copia delle registrazioni anche a seguito dell'invio dell'avviso di conclusione delle indagini se non preceduto dallo stralcio delle comunicazioni irrilevanti. Per contro, i brogliacci cartacei dovevano essere giocoforza consegnati alle parti in forza del generale obbligo di *disclosure* di cui all'art. 415-bis Cpp¹⁵. La maggiore facilità attraverso cui era astrattamente possibile far transitare al di fuori della sede processuale le notizie riportate per iscritto avrebbe in tal caso giustificato eventuali limitazioni alla trascrizione dei dialoghi. Non più così oggi: le nuove norme assoggettano infatti brogliacci e registrazioni ad un uniforme regime di conoscibilità¹⁶. La realtà è però che attraverso le previsioni in materia di verbalizzazione non si vuole soltanto contenere le fonti di approvvigionamento delle informazioni riservate, ma si intende ancor prima frapporre un ostacolo alla stessa percezione degli scampoli che non vengono trascritti. I passaggi non verbalizzati sono infatti per lo più destinati a perdersi nel *mare magnum* dell'archivio di cui all'art. 269 Cpp senza che le parti ne vengano mai a conoscenza, essendo così scongiurata "a monte" la possibilità di una loro diffusione esterna. Le parti non possono infatti ottenere copia delle fonie non trascritte prima della loro formale acquisizione al fascicolo e dunque, almeno nella maggioranza delle ipotesi, non riusciranno a procedere all'ascolto diretto di tutte le intercettazioni non verbalizzate¹⁷.

ma direttamente percepito dalla viva voce degli interlocutori.

¹⁴ *Contra* però S. Renzetti, *op. cit.*, 24, secondo cui «la carta circola più rapidamente e più agevolmente di una registrazione». La furtiva ripresa fotografica di un verbale potrebbe in effetti essere sufficiente a divulgarne il contenuto rendendo difficile risalire all'autore della "soffiata" ma, d'altro canto, gli attuali strumenti informatici consentono di ottenere in poco tempo la copia di un intero archivio di registrazioni. Rimane comunque vero che la verbalizzazione per iscritto dei dialoghi potrebbe semmai agevolare l'indebita pubblicizzazione delle intercettazioni attraverso «la riproduzione delle stesse nei provvedimenti del giudice per le indagini preliminari», non interessati dai divieti di pubblicazione di cui all'art. 114 Cpp. Lo segnala C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni*, cit., 80 s. In questo caso la diffusione potrebbe tuttavia trovare giustificazione nell'esigenza di assicurare la conoscibilità di notizie impiegate in provvedimenti aventi finalità decisorie.

¹⁵ Al riguardo, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, F. Caprioli, *La procedura di filtro delle comunicazioni*, cit., 1390 ss. Sui rapporti tra acquisizione delle intercettazioni e regime di conoscibilità delle stesse si veda anche F. Caprioli, *Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate*, in *GCoS* 2012, 4097 ss.

¹⁶ Cfr. il combinato disposto dell'art. 268 co. 8 Cpp e dell'art. 89-bis co. 4 NAttCpp, quest'ultimo esplicito nell'ammettere la possibilità per la difesa di ottenere copia «delle registrazioni e degli atti [solo] quando acquisiti a norma degli articoli 268 e 415-bis e 454 del codice». Nell'ambito dell'incidente cautelare, il regime di conoscibilità dei verbali e delle registrazioni utilizzati ai fini della richiesta ex art. 291 Cpp era stato come noto già uniformato da C. cost., 10.10.2008 n. 336, in *GCoS* 2008, 3753 ss., con nota di G. Illuminati, *Accesso alle intercettazioni impiegate in sede cautelare e diritto di copia*.

¹⁷ Si veda, tra gli altri, C. Conti, *Le nuove norme sulla riservatezza delle intercettazioni: anatomia di una riforma discussa*, in *GI* 2018, 1755. Critica questa eventualità, anche se con specifico riguardo alle previsioni di cui al d.lgs. 216/2017, F. Alonzi, *Contenuti e limiti del diritto di difesa*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 102. Segnalava l'enorme svantaggio imposto alla difesa anche F. Morelli, *op. cit.*, 123 ss.

Se l'intuizione è corretta, l'opzione ribadita dalla l. 7/2020 dimostra allora un'aprioristica sfiducia nei confronti delle parti private¹⁸. La mancata verbalizzazione potrebbe infatti al più scongiurare la circolazione delle intercettazioni irrilevanti su impulso dei destinatari dell'avviso di cui all'art. 268 co. 6 Cpp, per i quali sarebbe effettivamente assai difficoltoso imbattersi nelle informazioni espunte dal brogliaccio entro il termine unilateralmente stabilito dal pubblico ministero per l'esame del materiale depositato¹⁹. La pubblicizzazione potrebbe però pur sempre avvenire su iniziativa dei soggetti istituzionalmente deputati all'ascolto, i quali possono pur sempre «apprendere agevolmente in corso d'opera»²⁰ i contenuti di tutte le comunicazioni a prescindere dalle modalità di redazione del verbale, avendo altresì accesso immediato alle registrazioni almeno sino al loro trasferimento nell'archivio²¹. Più in generale, anche l'ultima versione della riforma dimostra poi di non essersi affrancata dalla discutibile ispirazione ideologica che già caratterizzava il sistema di cui al d.lgs. 216/2017, ove la necessità di salvaguardare l'interesse al riserbo veniva dichiaratamente perseguita attraverso l'istituzione di ostacoli conoscitivi in danno delle parti. Questa impostazione risulta quantomeno discutibile nel momento in cui finisce per incidere negativamente sull'estensione delle prerogative partecipative dei soggetti coinvolti nell'accertamento con l'obiettivo di preservare un valore estraneo al processo²².

Tirando le somme, un miglioramento tutto sommato incerto dell'efficacia dei presidi processuali a tutela della *privacy* viene barattato con un sicuro pregiudizio in danno dei protagonisti del procedimento, ed *in primis* dell'indagato.

¹⁸ Condivide la diagnosi F. Alonzi, *op cit.*, 107, secondo cui «nel mancato riconoscimento del diritto di copia spira un malcelato sentimento di sfiducia nei confronti dei difensori».

¹⁹ L'odierno art. 268 co. 4 Cpp, con scelta quantomeno opinabile, affida infatti ordinariamente al rappresentante dell'accusa il compito di stabilire il termine concesso alla difesa per l'esame del materiale depositato, facendo salva la possibilità che il giudice ritenga necessaria una proroga.

²⁰ Così A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova 2011, 151.

²¹ Occorre al riguardo precisare che l'art. 268 co. 4 Cpp prescrive oggi che i verbali e le registrazioni siano «immediatamente trasmessi al pubblico ministero per la conservazione dell'archivio» senza l'apparente possibilità – a differenza del passato – di ottenere una proroga del termine in rilievo. Le modifiche operate sul punto dalla l. 7/2020, in assenza di qualsiasi sanzione processuale per il ritardato invio, non sembrano tuttavia sufficienti a rassicurare circa lo scrupoloso rispetto della previsione. Peraltro, mentre l'art. 3 del d.m. 20 aprile 2018 recante «disposizioni di attuazione [...] per l'accesso all'archivio informatico» dettaglia gli accorgimenti da adottare al fine di prevenire la divulgazione esterna della documentazione custodita nell'archivio, nulla si dice in ordine alla «tracciabilità» delle operazioni eseguite sui terminali a disposizione dei soggetti preposti all'ascolto in tempo reale delle intercettazioni. L'Autorità garante per la protezione dei dati personali aveva segnalato l'opportunità di adottare svariate misure di sicurezza fisiche ed informatiche già nel proprio «*Provvedimento in materia di misure di sicurezza nelle attività di intercettazione da parte delle Procure della Repubblica*» del 18 luglio 2013. La stessa Autorità ha stigmatizzato la vaghezza contenutistica delle previsioni dettate al riguardo dal d.m. 20 aprile 2018 nel *Parere* del 12 aprile 2018. Entrambi i provvedimenti citati sono consultabili sul sito istituzionale dell'Autorità, garanteprivacy.it

²² Analoga posizione era stata sostenuta anche in F. Nicolichia, *Tutela della riservatezza ed uso a fini cautelari delle comunicazioni intercettate*, in *Dai decreti attuativi*, cit., 156. Conformemente, tra gli altri, F. R. Dinacci, *op. cit.*, 34 s. Illustra il pregiudizio arrecato dai limiti alla verbalizzazione delle captazioni alla finalità conoscitiva del processo, C. Conti, *Le nuove norme sulla riservatezza*, cit., 1755 ss.

2. Quantomeno il nuovo assetto ridimensiona una delle principali perplessità derivante dalle “vecchie” regole, in forza delle quali intere conversazioni rischiavano di finire sepolte nell’archivio una volta pretermesse in sede di verbalizzazione²³.

Per un verso le nuove norme lasciano intatto un sostanziale divieto di trascrizione, ancorché espresso mediante un’affermazione meno perentoria rispetto al passato²⁴. Ciò che muta è però l’oggetto di questa preclusione, che non riguarda più le «comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini» nella loro interezza, bensì unicamente le «*espressioni*» lesive dell’altrui reputazione o inerenti a dati sensibili. La formulazione più recente impone pertanto di riassumere per iscritto ogni comunicazione intercettata ancorché giudicata irrilevante, ferma restando la necessità di “oscurare” i contenuti specificamente indicati dalla norma. Solo così si spiega del resto l’abrogazione dell’inciso originariamente contenuto nel co. 2-*bis* dell’art. 268 Cpp che obbligava i verbalizzanti ad indicare gli estremi della conversazione non trascritta; un’omissione integrale pare insomma eventualità non più contemplata dal sistema²⁵. Beninteso, è prevedibile immaginare che la prassi si dimostrerà difficilmente incline ad abbracciare questa lettura, contrastante con una consuetudine operativa ormai sedimentata. Non manca del resto chi già reclama un perdurante divieto di annotazione di tutte le intercettazioni irrilevanti, in ossequio ad una preclusione immanente al sistema capace di prescindere da quanto oggi specificamente previsto al riguardo dall’art. 268 co. 2 e 2-*bis* Cpp²⁶.

²³ Ciò dava vita ad un «incolmabile *gap* conoscitivo» secondo F. Morelli, *op. cit.*, 121.

²⁴ *Contra* però M. Miraglia, *La riforma delle intercettazioni e la redazione dei “brogliacci di ascolto”*, in *DInternet* supplemento al f. 3/2020, 11, secondo cui verrebbero invece «stravolti i termini della questione» a seguito delle nuove norme. Si potrebbe in effetti sostenere che l’attuale art. 268 co. 2-*bis* Cpp si limita a disporre che «non siano riportate» nel verbale determinate espressioni, esigendo solo l’espunzione di riferimenti testuali alle esternazioni vietate ma ammettendo al contempo una perifrasi non esattamente fedele al tenore letterale delle parti da censurare. Questa interpretazione, oltre ad imporre un onere difficilmente esigibile dai verbalizzanti, priverebbe però il meccanismo di gran parte della sua ragion d’essere in quanto si avrebbe comunque la sostanziale trasposizione dei contenuti informativi che si vorrebbe celare al lettore. Difficoltà in parte analoghe erano state in passato segnalate con riguardo ai contenuti dell’annotazione imposta dall’art. 267 co. 4 Cpp. Cfr. al riguardo A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, *cit.*, 76 s.

²⁵ Concorde D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l’inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in www.sistemapenale.it 14 febbraio 2020, 76 s. «La norma non dispone l’eliminazione del materiale non pertinente o poco rilevante per le indagini» anche secondo W. Nocerino, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in www.sistemapenale.it 13 gennaio 2020, 69. Di diverso avviso però la Relazione n. 35/20 del 25.3.2020 predisposta dall’Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, in particolare § 8.3, consultabile all’indirizzo cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rel3520.pdf. Anche la «*Direttiva in materia di intercettazioni*» diffusa dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano menziona la necessità di «omettere ogni indicazione relativa» a «conversazioni inerenti espressioni lesive della reputazione, o dati sensibili, e non rilevanti ai fini delle indagini», così come di quelle più semplicemente complessivamente irrilevanti (2 s.).

²⁶ In aggiunta a quanto segnalato alla nota precedente, un altro esempio emblematico si rinviene nelle «*Linee guida e direttive per l’applicazione delle disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni introdotte in via d’urgenza con Decreto Legge 30.12.2019 n° 161 in modifica del Decreto Legislativo 29.12.2017 n° 216*» redatte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Sondrio. A p. 5 del documento, pur riconoscendo la fondatezza dell’interpretazione qui proposta, si prevede infatti che «la PG in caso di intercettazioni palesemente irrilevanti, per ragioni di evidente razionalità ed economia, riporti nei verbali delle operazioni gli (*sic*) soli estremi identificativi del progressivo e della data e dell’orario». Analogamente anche le indicazioni diramate dalla Procura distrettuale della Repubblica di Bologna, secondo cui la soluzione «non è impedita dalla scelta qui effettuata dal legislatore di sopprimere l’ultimo periodo del comma 4 dell’art. 267 del Cpp».

Avallare una simile opzione comporterebbe però rilevanti difficoltà applicative, che aggraverebbero in maniera davvero intollerabile lo svantaggio conoscitivo che già grava sulle difese. Come appena ricordato, a differenza di quanto avveniva in passato l'attuale disciplina neppure si premura infatti di specificare i contenuti essenziali del verbale relativo alle comunicazioni "scartate". Nel nuovo sistema le parti verrebbero altresì private del supporto orientativo in precedenza garantito dall'informativa redatta a norma dell'art. 267 comma 4 Cpp, attraverso cui era almeno possibile desumere l'oggetto delle intercettazioni non trascritte²⁷.

A livello teorico poi, considerato che l'omessa verbalizzazione rappresenta pur sempre un'eccezione alle regole generali in materia di documentazione degli atti, essa andrebbe confinata entro le ipotesi tassativamente contemplate dall'attuale art. 268 co. 2-bis Cpp²⁸. Il tenore della disposizione in esame, precedentemente esplicita nel sancire il divieto di annotare i dialoghi irrilevanti e successivamente riformulata in termini sensibilmente più restrittivi, induce dunque a limitare la preclusione in esame ai soli contenuti espressamente menzionati anche in base al criterio dell'*ubi lex voluit dixit*²⁹.

La soluzione che qui si sostiene dà peraltro vita ad un bilanciamento tutto sommato ragionevole tra tutela della riservatezza ed esigenze degli attori processuali: l'omessa trascrizione interesserebbe i soli frammenti che, se pubblicizzati, sarebbero in grado di arrecare un pregiudizio più intenso alla sfera intima del singolo. Per contro, in presenza di contributi pur apparentemente irrilevanti ai fini dell'indagine ma privi di riferimenti a dati sensibili o "diffamatori", verrebbe giustamente privilegiato il legittimo interesse delle parti a disporre di un resoconto scritto che consenta loro di conoscere l'argomento del colloquio senza dover ascoltare ogni dialogo³⁰.

Nonostante l'espressa indicazione contenuta al riguardo nella legge delega³¹, il testo dell'odierno art. 268 co. 2-bis Cpp continua poi a tacere sul destino delle intercettazioni inutilizzabili. Anche in relazione a tale aspetto occorre dunque interpretare il silenzio legislativo³².

²⁷ Era però scettico rispetto alla funzione "chiarificatrice" dell'annotazione F. Alonzi, *op. cit.*, 104.

²⁸ Lo segnalava già, nel vigore del codice del 1930, V. Grevi, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*², Milano 1982, 51.

²⁹ Si deve pertanto ritenere che l'omessa annotazione nel verbale dei contenuti delle intercettazioni al di fuori dei casi considerati dall'art. 268 co. 2-bis Cpp dia luogo ad un'ipotesi di nullità, secondo quanto già sostenuto da A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano 1996, 168.

³⁰ È bene a questo riguardo specificare che l. n. 7/2020 introduce all'art. 114 co. 2-bis Cpp un divieto assoluto di pubblicazione delle intercettazioni diverse da quelle selezionate a norma degli artt. 268, 415-bis ovvero 454 Cpp, il che costituisce comunque un deterrente rispetto alla diffusione di notizie riservate al di fuori della sede processuale. Sul punto cfr. M. Gialuz, *Segreto a tutela della riservatezza e divieto speciale di pubblicazione delle intercettazioni*, in *DIInternet* supplemento al f. 3/2020, 70 ss. Critico rispetto al nuovo assetto però F. Caprioli, *La procedura di filtro delle comunicazioni*, cit., 1385 ss. e 1400 ss., segnalando una potenziale erosione del segreto processuale in forza del tenore del nuovo art. 269 co. 1-bis Cpp.

³¹ L'art. 1 co. 83 lett. a n. 1 della l. 103/2017 prescriveva espressamente di assicurare «la riservatezza anche degli atti contenenti registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo».

³² Sospettava l'incostituzionalità del d.lgs. 216/2017 nella parte in cui non prendeva posizione rispetto alle intercettazioni inutilizzabili A. Camon, *Forme, destinazione e regime*, cit., 70.

Nel sistema di cui al d.lgs. 216/2017 alcuni avevano già sostenuto l'esistenza di un implicito divieto di trascrizione riferito ai dialoghi colpiti dal divieto d'uso, adducendo considerazioni di ordine sistematico non prive di un'apparente forza persuasiva. Nella specie, qualsiasi "trattamento processuale" di informazioni comunque incapaci di acquisire valore dimostrativo sarebbe stato ingiustificato³³.

Per quanto basata su premesse teoriche astrattamente corrette, questa lettura potrebbe tuttavia impedire solamente l'acquisizione al fascicolo delle comunicazioni inutilizzabili, secondo una regola peraltro espressamente sancita dall'art. 268 co. 6 Cpp. Nel silenzio della legge essa sembra invece incapace di offrire una valida giustificazione teorica al divieto di verbalizzazione del materiale *prima facie* interessato dal vizio di cui all'art. 271 Cpp. Mentre l'acquisizione al fascicolo – peraltro con conseguente assoggettamento dell'atto ad un più permissivo regime di pubblicabilità che non discende invece dalla mera verbalizzazione – risulterebbe in questo caso effettivamente inutile e dunque sproporzionata data la strutturale inidoneità dell'intercettazione a contribuire all'accertamento in sede processuale, la conclusione muta con riguardo alla trascrizione sommaria. Impregiudicata la futura decisione sull'utilizzabilità, l'annotazione ex art. 268 co. 2 Cpp risulterebbe comunque funzionale all'impiego "endoprocessuale" delle captazioni inutilizzabili, possibilità a più riprese ammessa dalla giurisprudenza di legittimità³⁴. Per altro verso, la trascrizione sarebbe altresì coerente con la possibilità di sfruttare almeno *in bonam partem* gli esiti della ricerca illegittima³⁵; in quest'ottica, il brogliaccio agevolerebbe infatti il reperimento di contributi potenzialmente utili alla difesa.

L'esegesi proposta appare da ultimo in linea anche con il testo dell'art. 103 Cpp, il quale vieta la trascrizione sommaria dei contenuti dei dialoghi intercorsi tra difensore ed assistito occasionalmente appresi nel corso delle intercettazioni; detto divieto infatti, lungi dall'assurgere a regola generale, rappresenta piuttosto una tutela rafforzata riservata alle risultanze di un'attività interessata da una speciale preclusione assoluta d'uso³⁶.

³³ In questo senso F. R. Dinacci, *op. cit.*, 43.

³⁴ Come noto, le intercettazioni inutilizzabili potrebbero nella specie essere pur sempre impiegate quale base probatoria per giustificare ulteriori approfondimenti investigativi. Così, tra le altre, Cass. 23.2.2012 n. 12252, in *CEDCass*, m. 251924-01.

³⁵ Riconosce questa possibilità, tra gli altri, L. Filippi, *Intercettazioni*, in *La prova penale*, a cura di P. Ferrua, E. Marzaduri e G. Spangher, Torino 2013, 939 s. Concorde anche G. Spangher, *La pratica del processo penale*, vol. III, Padova 2014, 673. Cfr. però O. Mazza, *Duplici errore in tema di inutilizzabilità dei tabulati di conversazioni riferibili a membri del Parlamento*, in *CP* 2004, 4261, secondo cui la valenza epistemologica delle regole in tema di inutilizzabilità induce a preferire una diversa conclusione almeno nel caso dell'inutilizzabilità patologica. Secondo F. Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano 2001, 135 ss., «non vi è alcun dubbio in ordine al fatto che il pubblico ministero, anteriormente alla operazione di stralcio, o addirittura prima che le intercettazioni siano concluse, possa utilizzare a fini investigativi le comunicazioni intercettate, il cui contenuto è stato registrato e verbalizzato dagli operanti». Sul tema cfr. anche A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 250 ss.

³⁶ Analogamente, ricordando opportunamente anche i contenuti della relazione illustrativa del d.lgs. 216/2017, D. Ferrante, *Intercettazioni e pubblicabilità: un nuovo equilibrio tra diritto alla privacy e libertà di informazione*, in *CP* 2018, 475. Per analogia, un radicale divieto di annotazione potrebbe colpire anche le intercettazioni che coinvolgono il Presidente della Repubblica. Secondo C. cost., 15.01.2013 n. 1, in *GCos* 2013, 1 s., detti contributi sono infatti interessati da un radicale divieto d'uso che imporrebbe persino l'immediata distruzione delle intercettazioni al di fuori del contraddittorio camerale al fine di tutelare nel massimo grado la *privacy*

3. Venendo finalmente ai contenuti da espungere dai brogliacci, il riferimento va oggi come già detto alle «espressioni lesive della reputazione delle persone» ed a quelle riguardanti «dati personali definiti sensibili dalla legge», le quali potranno essere trascritte solo ove «rilevanti ai fini delle indagini». La modifica normativa intende evidentemente recepire le critiche riservate al vecchio pleonaso normativo³⁷, attraverso una formulazione che continua però ad apparire in più punti tecnicamente eccezionale.

È abbastanza chiara la *ratio* dell'attuale previsione: mediante l'auspicio a che non vengano riportate nel verbale le espressioni *de quibus* si vuole contenere la pubblicizzazione di esternazioni capaci di ledere in maniera più incisiva l'immagine di chi ne è destinatario³⁸.

Il limite alla verbalizzazione relativo alle provalazioni lesive dell'altrui reputazione potrebbe apparire a prima vista eccentrico rispetto ai criteri direttivi contenuti nella legge delega, tutti incentrati sulla tutela della riservatezza e non già sulla protezione del decoro o della reputazione delle persone. Tuttavia, qualsiasi contenuto oggetto di una comunicazione riservata quale è necessariamente quella oggetto di intercettazione rientra per ciò stesso nella sfera di protezione del diritto al riserbo, ancorché ipoteticamente inerente a fatti di dominio pubblico³⁹.

Sorprende comunque l'impiego di un inedito parametro riferito al pregiudizio reputazionale; è difatti prevedibile che la ricerca diretta verso soggetti apparentemente collegati ad attività delittuose farà emergere assai di frequente dichiarazioni "diffamatorie" per la propria o l'altrui reputazione, appunto perché fisiologicamente collegate al contesto oggetto di interesse investigativo⁴⁰.

presidenziale. In tema, non senza spunti critici, cfr. P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni casuali del Presidente Napolitano. I non sequitur della Corte costituzionale*, in *GCos* 2013, 1292 ss.; nonché A. Camon, *La decisione del conflitto tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo: qualche incertezza sul piano tecnico, grande equilibrio su quello politico istituzionale*, in *LP* 2013, 940; R. Orlandi, *Distruggete quelle registrazioni!*, in *CP* 2013, 1347 ss.; C. Gabrielli, *Intercettazioni e cariche istituzionali*, Torino 2019, 99 ss.

³⁷ In precedenza si prevedeva infatti che non fossero riportate nel verbale le «comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge».

³⁸ Con riguardo alle disposizioni del d.lgs. 216/2017, era stato in verità sostenuto che l'irrilevanza del contributo avrebbe da sola suggerito l'introduzione di accorgimenti volti a limitarne la diffusione, indipendentemente dalla tipologia del dato. Cfr. al riguardo F. Morelli, *op. cit.*, 108 s. e 118 ss. Anche secondo l'Autorità garante per la protezione dei dati personali «la circolazione endoprocessuale di dati irrilevanti a fini investigativi è, infatti, illegittima sotto il profilo della proporzionalità, indipendentemente dalla natura sensibile del dato o dal suo carattere lesivo». Così il documento riepilogativo dell'audizione del 4.2.2020 durante l'iter di approvazione della l. 7/2020. Il testo è disponibile all'indirizzo: senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/52660_documenti.htm.

³⁹ Potrebbe anzi addirittura venire qui in questione il diritto protetto dall'art. 15 Cost., posto che a beneficiare della protezione costituzionale non sarebbe tanto la notizia oggetto del colloquio in sé, quanto l'aspettativa a che l'interazione comunicativa non venga direttamente percepita al di fuori della cerchia dei suoi destinatari. Cfr. al riguardo F. Caprioli, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino 2000, 24.

⁴⁰ Segnala un potenziale inconveniente G. Amato, *Pm "guardiano" della riservatezza, una scelta utopistica*, in *GD* 2020 (13), 49. Secondo l'Autore infatti, «anche il coinvolgimento dell'intercettato in fatti penalmente significativi – ma non rilevanti nel processo *de quo* – potrebbe essere considerato lesivo della reputazione e dovrebbe imporre cautele francamente ingiustificate e imprevedibili, anche perché si tratterebbe pur sempre di circostanze utili per la valutazione delle qualità soggettive dell'investigato, magari anche ai fini delle richieste cautelari».

Risulta poi facilmente pronosticabile l'incertezza che governerà l'interpretazione del concetto di «espressioni lesive della reputazione delle persone», formulazione intrinsecamente vaga e pertanto esposta a mutevoli giudizi valutativi. In via di prima approssimazione, sarà comunque senz'altro possibile includere nella nozione almeno tutte le esternazioni passibili di assumere autonomo rilievo ai sensi dell'art. 595 Cp⁴¹. Quanto alla seconda tipologia di contenuti interessati da un tendenziale divieto di annotazione, è altresì opinabile il riferimento ai dati sensibili, indice di una tecnica di redazione del testo di legge quantomeno approssimativa nel momento in cui si avvale di una dizione superata a seguito dell'adozione del Reg. 2016/679/UE. Ad ogni buon conto, pare incontrovertibile che la previsione va oggi ad indicare le informazioni elencate all'art. 9 della fonte europea, vale a dire i «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»⁴².

Pur se lesivi della reputazione delle persone o inerenti a particolari categorie di dati, i passaggi dovranno comunque essere riportati nei brogliacci se «rilevanti ai fini delle indagini». A differenza del passato, l'attributo della rilevanza deve essere positivamente riscontrato, ne consegue dunque che la trascrizione andrà omessa in circostanze dubbie⁴³. L'annotazione non sarà inoltre consentita solo perché l'esternazione avviene nel contesto di un dialogo complessivamente «rilevante», ma occorre che essa stessa si dimostri autonomamente in possesso della qualità in rilievo⁴⁴.

⁴¹ Secondo il *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* del 13.2.2020 del Consiglio Superiore della Magistratura «l'elasticità che la locuzione “espressioni lesive della reputazione delle persone” assume, anche alla luce degli indirizzi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di delitti contro l'onore e la reputazione, richiederà che sia il P.M. ad individuare, al momento in cui formula le direttive, le ipotesi in concreto riconducibili alla formula legislativa», determinandosi così il rischio «di disomogeneità nella declinazione della norma da parte delle varie Procure».

⁴² È quantomeno singolare che il co. 6 dell'art. 268 Cpp contenga invece il riferimento aggiornato alla fonte europea nel momento in cui menziona i «verbali [...] che riguardano categorie particolari di dati personali».

⁴³ Così, sebbene con riferimento allo stralcio condotto a norma dell'art. 268 co. 6 Cpp, F. Caprioli, *La procedura di filtro delle comunicazioni*, cit., 1406. Il parametro dettato dal co. 2-bis diviene così speculare a quello oggi adottato per l'acquisizione delle intercettazioni al fascicolo. In precedenza invece, mentre la trascrizione sommaria era vietata per tutte le comunicazioni «irrilevanti ai fini delle indagini», il giudice escludeva dal fascicolo solamente quelle «manifestamente irrilevanti». Diffusamente sul precedente assetto, S. Renzetti, *op. cit.*, 58 ss. Avallava la scelta legislativa F. Morelli, *op. cit.*, 127 ss. Anche il nuovo sistema conserva invero una disomogeneità tra i criteri per la scelta delle comunicazioni da verbalizzare e quelli deputati a governare la cernita acquisitiva del giudice. L'art. 268 co. 6 Cpp, analogamente a quanto previsto al co. 2-bis della medesima disposizione, prescrive di stralciare le registrazioni ed i verbali «che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza», ma nulla dice rispetto ai supporti contenenti espressioni lesive della reputazione delle persone. Ancor prima, ad essere diverso è poi oggi lo stesso oggetto della valutazione operata in occasione dei due scrutini: singole espressioni nel caso dell'art. 268 co. 2-bis, intere conversazioni ai sensi del successivo co. 6.

⁴⁴ Risultano in questo senso decisive le modifiche intervenute in sede di conversione del d.l. 161/2019, il quale prevedeva che «il pubblico ministero dà indicazioni e vigila affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di *intercettazioni* rilevanti ai fini delle indagini». Oggi la clausola di salvezza rimanda invece direttamente alle espressioni («salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini»), con ciò evidenziando

L'impiego del concetto di rilevanza ripropone le difficoltà interpretative che già interessavano l'esegesi del parametro nella disciplina introdotta dal d.lgs. 216/2017. Più in particolare, si discuteva allora se l'attributo in questione intendesse designare la mera pertinenza rispetto all'oggetto dell'indagine o se fosse invece collegato anche al possesso di una specifica utilità dimostrativa da parte dei contributi oggetto di attenzione⁴⁵.

La dizione contenuta nell'art. 268 co. 2-bis Cpp sembrerebbe far propendere per quest'ultima soluzione nel momento in cui menziona una rilevanza «ai fini delle indagini», postulando dunque uno scrutinio apparentemente riferito alla direzione finalistica dell'accertamento⁴⁶. Se la norma avesse voluto invece riferirsi semplicemente ad un'attinenza ai temi dell'inchiesta, avrebbe più semplicemente potuto alludere ad una valutazione operata «rispetto alle indagini».

Ciò pare del resto coerente con la proporzionalità che si impone nel trattamento di informazioni riservate, ed in particolare con il criterio di necessità dell'ingerenza, che suggerisce di circoscrivere l'intrusione ai casi in cui la stessa risulti imprescindibile al raggiungimento dello scopo che la giustifica⁴⁷. Applicato al contesto delle regole in materia di verbalizzazione, il principio dovrebbe quindi precludere la trascrizione di esternazioni lesive dell'altrui reputazione ovvero inerenti a particolari categorie di dati quando esse, pur se pertinenti, siano unicamente atte ad arricchire *ad abundantiam* un quadro ricostruttivo già compiutamente delineato ovvero quando risultino comunque superflue rispetto alle reali esigenze dell'indagine⁴⁸. Per converso, andrebbe riconosciuta la rilevanza dell'espressione ogni qual volta la stessa sia direttamente evocativa di particolari circostanze dotate di un infungibile significato investigativo⁴⁹.

inequivocabilmente la volontà di riferire l'attributo ai singoli frammenti del dialogo.

⁴⁵ Sul punto, sebbene con precipuo riferimento alla procedura acquisitiva delle intercettazioni di cui al d.lgs. 216/2017, tra gli altri, P. Rivello, *Il procedimento acquisitivo delle intercettazioni e l'archivio riservato presso il pubblico ministero*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 61 ss.

⁴⁶ Anche la legge delega sembrava voler riconoscere al parametro di rilevanza una valenza autonoma e distinta rispetto alla mera pertinenza nel momento in cui, all'art. 1 co. 84 lett. a n. 1, si riferiva ad intercettazioni che «non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini, ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei».

⁴⁷ Cfr. A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 78, sebbene con specifico riguardo al presupposto di indispensabilità dell'intrusione ex art. 267 co. 1 Cpp. Più in generale E. Andolina, *L'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *AP* 2015, 932 ss. In giurisprudenza, tra le tante, C.G.U.E. 8.4.2014, C-293/12, *Digital Rights Ireland*, § 52: «per quel che riguarda il rispetto della vita privata, la protezione di tale diritto fondamentale, secondo la costante giurisprudenza della Corte, richiede in ogni caso che le deroghe e le restrizioni alla tutela dei dati personali debbano operare entro i limiti dello stretto necessario». Da ultimo sul tema, D. Negri, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale. Atti del XXXII convegno nazionale (Salerno, 25-27 ottobre 2018)*, Milano 2020, 55 ss.

⁴⁸ In forza di ciò, dovrebbero essere a maggior ragione banditi dal verbale quei contributi unicamente atti a comprovare generiche inclinazioni o qualità personali dell'indagato non direttamente collegate al fatto oggetto di accertamento.

⁴⁹ Oltre al caso di provalazioni direttamente riferite agli addebiti, può darsi l'esempio del riferimento a qualità personali attraverso cui gli interlocutori sono soliti indicare un soggetto coinvolto nelle vicende oggetto delle indagini. Anche la trascrizione funzionale a garantire l'intelligibilità del verbale inerente a conversazioni complessivamente rilevanti sembra da considerarsi ammissibile in forza delle nuove regole. In tal caso il riconoscimento della rilevanza discende infatti dalla necessità di preservare l'efficacia rappresentativa del brogliaccio.

È più difficile stabilire la sorte del frammento di dialogo quando esso risulti estraneo ai fatti per cui era stata inizialmente concessa l'autorizzazione a disporre l'intercettazione, ma riguardi nondimeno ulteriori attività illecite. Un'interpretazione rigorosa del requisito della rilevanza sembra escludere la possibilità di procedere alla verbalizzazione, trattandosi comunque di contributi eccentrici rispetto all'oggetto della ricerca⁵⁰.

Almeno in teoria, la rilevanza dovrebbe infine essere senz'altro intesa in senso "bilaterale", vale a dire come riferibile anche a dialoghi dotati di capacità dimostrativa per la tesi della difesa⁵¹. È però verosimile attendersi che la polizia giudiziaria prediligerà una lettura per lo più orientata alla prospettiva dell'accusa, trascurando di valorizzare adeguatamente gli elementi a discarico eventualmente emersi durante l'ascolto⁵².

Il vaglio di rilevanza continuerà insomma a presupporre articolate valutazioni dalla complessità almeno pari a quella che già caratterizzava la cernita delle comunicazioni nel sistema delineato dal d.lgs. n. 216/2017. Oltre ad ingenerare dubbi in ordine alla funzionalità anche del nuovo sistema⁵³, si evidenziano oggi nuove perplessità rispetto all'effettività delle prerogative difensive.

La centralità solo apparentemente riguadagnata dal titolare dell'accusa nella cernita delle conversazioni da verbalizzare non sembra infatti rappresentare un antidoto sufficiente rispetto al rischio di un'ingiustificata pretermissione di contributi utili alla difesa⁵⁴. Ai sensi dell'odierno art. 268 co. 2-bis Cpp è sì il pubblico ministero che «dà indicazioni e vigila» circa la corretta trascrizione dei dialoghi, secondo una scelta diretta opportunamente a riaffermare almeno sulla carta la titolarità del potere di selezione in capo all'organo dotato della necessaria sensibilità tecnico-giuridica⁵⁵, ma

⁵⁰ Insiste sulla necessità di rapportare il vaglio di rilevanza all'oggetto dei gravi indizi di reato ex art. 267 Cpp F. Morelli, *op. cit.*, 111 s. La funzione conoscitiva dell'intercettazione verrebbe del resto pur sempre preservata dalla presenza della registrazione e del verbale "omissato", cui potrebbe peraltro seguire l'annotazione delle specifiche espressioni ritenute rilevanti nella diversa sede in cui si procederà eventualmente all'accertamento dei nuovi addebiti. Qualora le ulteriori violazioni riscontrate nel corso dell'intercettazione possano invece condurre ad un aggiornamento dell'originaria iscrizione nel registro di cui all'art. 335 Cpp, ovvero fossero comunque passibili di essere utilmente impiegate a fini cautelari nel procedimento in cui sono state originariamente autorizzate come nel caso considerato *supra* alla nota n. 40, parrebbe invece ragionevole riconoscerne immediatamente la rilevanza ai sensi dell'art. 268 co. 2-bis Cpp già all'interno del procedimento "principale", procedendo immediatamente all'annotazione.

⁵¹ Lo segnala correttamente anche S. Furfaro, *op. cit.*, 15.

⁵² Per tutti, A. Camon, *Forme, destinazione e regime*, cit., 68.

⁵³ Erano state già evidenziate le difficoltà connesse alla valutazione di rilevanza delle intercettazioni effettuata nel contesto delle indagini, fase caratterizzata da una strutturale fluidità dell'oggetto. Segnalava l'inconveniente, tra gli altri, A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 222 s.

⁵⁴ Secondo il *Dossier* del 28 gennaio 2020 predisposto dal Servizio Studi del Senato della Repubblica relativo al d.l. 161/2019 (senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01141694.pdf), scomparirebbe «l'iniziale valutazione discrezionale della polizia giudiziaria chiamata a decidere cosa trascrivere e cosa annotare per il p.m.» (così in particolare p. 8). Insistono sul punto anche C. Parodi-N. Quaglino, *La nuova riforma delle intercettazioni (d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv. con modif. l. 28 gennaio 2020, n. 7)*, Milano 2020, 20.

⁵⁵ Cfr. però G. Santalucia, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni. Note a margine del decreto legge n. 161 del 2019*, in www.sistemapenale.it 13 gennaio 2020, 50, ove si sottolinea che l'espressa menzione di un potere di vigilanza da parte del magistrato sembrerebbe presupporre ordinariamente un'autonoma titolarità del potere di selezione delle intercettazioni in capo alla polizia giudiziaria. Pare comunque espressione di una *voluntas legis* diretta a riaffermare la centralità del ruolo del pubblico ministero anche la modifica dell'art.

è al contempo impossibile negare la permanenza di un significativo margine discrezionale in capo alla polizia giudiziaria nella scelta delle conversazioni, se non altro a causa della difficoltà di assicurare un costante ed effettivo monitoraggio da parte del magistrato⁵⁶.

Tale monitoraggio dovrebbe inoltre essere effettuato secondo modalità oggi integralmente rimesse all'atipicità della prassi, con il rischio di rendere ancor più gravoso lo sforzo richiesto alla difesa per orientarsi tra il materiale non trascritto. Scompare infatti nel nuovo sistema qualsiasi meccanismo di interlocuzione formalizzata tra la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero, la quale viene giocoforza consegnata alle mutevoli indicazioni che verranno impartite al riguardo da ciascun ufficio⁵⁷.

4. Pur a fronte di alcuni miglioramenti in grado di dar vita ad un assetto tutto sommato più equilibrato rispetto a quello derivante dalla riforma del 2017, le nuove regole in materia di verbalizzazione mantengono molti dei difetti del loro diretto antecedente storico.

Anche l'odierno art. 268 co. 2-bis Cpp pare in sostanza il prodotto di un legislatore tentennante e tecnicamente approssimativo, incapace di una scelta di campo convincente nel bilanciamento tra riservatezza, prerogative difensive ed esigenze dell'indagine in un frangente in cui l'«efficacia del filtro [...] è legata a doppio filo con la chiarezza dei criteri che presiedono all'effettuazione dello stesso»⁵⁸. Le disposizioni dedicate alla scelta dei passaggi da verbalizzare sembrano infatti ancora troppo vaghe, basate su criteri inevitabilmente condannati ad essere plasmati sulla base della propensione investigativa degli inquirenti e non da ultimo improduttive di qualsivoglia sanzione operante sul terreno processuale persino in caso di deliberata inosservanza⁵⁹. I difetti segnalati non sono però forse da imputare interamente all'insipienza del legislatore. A ben vedere un filtro preliminare operativo già nella fase dell'apprensione occulta delle comunicazioni, il cui funzionamento risulta perciò giocoforza rimesso a scelte unilateralmente compiute dagli inquirenti, non può in nessun caso rappresentare un rimedio "a costo zero". In altri termini, a prescindere dal parametro di selezione adottato residuerebbe pur sempre il rischio che contributi potenzialmente

267 co. 5 Cpp, il quale oggi affida al Procuratore della Repubblica «la direzione e la sorveglianza» del registro riservato in cui devono essere annotati i decreti relativi alle intercettazioni unitamente all'inizio ed al termine delle operazioni.

⁵⁶ Concorde G. Amato, *Giurisprudenza e prassi operativa dovranno intervenire*, in *GD* 2020 (13), 36 ss.; nonché anche G. Amato, *Pm "guardiano" della riservatezza*, cit., 47. In precedenza, criticamente rispetto alla scelta operata dal d.lgs. n. 216/2017 nel riconoscere alla polizia giudiziaria un autonomo potere di selezione delle comunicazioni da verbalizzare, S. Renzetti, *op. cit.*, 29.

⁵⁷ Come già segnalato *supra*, § 2, la difesa potrebbe dunque non poter più disporre del supporto orientativo in precedenza assicurato dall'informativa redatta a mente dell'art. 267 co. 4 Cpp.

⁵⁸ C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni*, cit., 82.

⁵⁹ Secondo un «tratto ricorrente» riscontrabile già nella riforma del 2017. Così A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., 78.

utili alla posizione dell'indagato vengano irrimediabilmente pretermessi⁶⁰, realizzandosi così una deprecabile marginalizzazione della difesa⁶¹.

La scelta di introdurre una selezione precoce delle intercettazioni appare allora in sé discutibile, dimostrandosi difficilmente compatibile con la necessità di compensare quantomeno al momento della *disclosure* del materiale raccolto in maniera occulta lo svantaggio strutturale cui è esposta la difesa in occasione della ricerca clandestina⁶².

L'opzione ribadita nell'ultima versione della riforma risulta ancor più discutibile una volta considerato che essa non risulta in verità una scelta obbligata neppure in forza delle commendevoli esigenze di tutela della riservatezza che ispirano la novella. Tralasciando la possibilità sin dall'inizio abbandonata dallo stesso delegante di limitare "a monte" il ricorso alle intercettazioni mediante un restringimento dei presupposti per l'attivazione del mezzo⁶³, sarebbe infatti stato forse a tal fine sufficiente un rafforzamento dei presidi diretti a scongiurare la divulgazione esterna delle comunicazioni che non incidono sull'ampiezza delle facoltà conoscitive delle parti⁶⁴. L'attuale assetto potrebbe anzi addirittura essere tacciato di eccessiva sensibilità verso le ragioni del segreto nel momento in cui limita il contenuto informativo di atti almeno fisiologicamente destinati a non essere diffusi al di fuori della sede processuale sino alla selezione compiuta dal giudice a norma dell'art. 268 co. 6 Cpp⁶⁵.

Occorre però riconoscere che vi sono altre ragioni diverse dalla tutela del diritto al riserbo che rendono oggi sostanzialmente impraticabile il proposito una verbalizzazione omnicomprensiva dei dialoghi. Rileva al riguardo la profonda metamorfosi che ha interessato negli anni le intercettazioni: la diffusione della telefonia cellulare e, successivamente, dei più moderni *smartphone*, ha infatti

⁶⁰ D'altro canto, occorre però riconoscere che una maggiore attenzione per le facoltà partecipative della difesa durante l'esame del materiale depositato avrebbe potuto almeno mitigare lo svantaggio derivante dalla selezione dei dialoghi già compiuta in precedenza.

⁶¹ Il momento della verbalizzazione è stato non a caso talvolta indicato come la prima fase del complesso procedimento acquisitivo delle intercettazioni, come tale in grado di condizionare significativamente i passaggi successivi. Così F. Caprioli nell'*Intervento "La recente riforma del processo penale: una prima verifica"*, Torino, 10 novembre 2017, citato in S. Renzetti, *op. cit.*, 23, nota n. 123.

⁶² L'esigenza è particolarmente avvertita dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Cfr., con specifico riguardo all'onere di notifica successivo al termine delle operazioni, C. eur. GC, 13.11.2018, *Big Brother Watch c. Regno Unito*, § 310. Sulla stessa linea, anche se più in generale, A. Scalfati, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in www.archiviopenale.it 7 gennaio 2020, 4.

⁶³ Un approccio più consapevole avrebbe suggerito di perseguire l'obiettivo di tutela della riservatezza innanzitutto "a monte", attraverso un restringimento dei presupposti per l'intercettazione, ulteriormente accompagnato dall'istituzione di precise limitazioni anche sul versante dell'estensione soggettiva e temporale delle ricerche, senza incidere sulle prerogative conoscitive dei partecipanti all'accertamento. Sarebbe stato evidentemente illusorio attendersi una scelta così "coraggiosa" a fronte della logica che informava già le disposizioni della legge delega poi nitidamente trasposta nell'articolato del d.lgs. n. 216/2017, tutta volta all'irrobustimento dei presidi operanti nella fase successiva al termine delle captazioni e caratterizzata da un deliberato disinteresse rispetto all'opportunità di un restringimento dei presupposti di ammissibilità dell'ingerenza contemplata dagli artt. 266 ss. Cpp.

⁶⁴ Una precedente proposta di riforma del sistema delle intercettazioni mirava semplicemente ad impedire la pubblicazione del contenuto dei dialoghi prima della verifica di rilevanza, senza però vietare la verbalizzazione dei contributi *prima facie* irrilevanti, mediante una soluzione giudicata compatibile anche con le prerogative in materia di informazione. Cfr. al riguardo G. Giostra, *Intercettazioni e informazione*, in *CP* 2006, 2752 s.

⁶⁵ Rileva al riguardo il perentorio divieto di pubblicazione sancito dall'art. 114 co. 2-bis Cpp. In senso contrario, segnalando l'insufficienza di un mero divieto di pubblicazione, si veda però G. Amato, *Pm "guardiano" della riservatezza*, cit., 48.

profondamente mutato il rapporto dell'individuo con lo strumento comunicativo, spesso percepito come un'appendice anatomica dell'utilizzatore e sfruttato per intrattenere frequenti conversazioni vocali oltre che come terminale per innumerevoli *app* di messaggistica istantanea.

Non si può inoltre non tenere conto delle inedite opportunità di controllo offerte dal progresso tecnologico, capaci di ampliare in maniera esponenziale le capacità intrusive degli inquirenti, attualmente in grado di penetrare nella sfera di riservatezza dell'individuo attraverso captazioni "ambientali" ubiquitarie ed itineranti tramite il potente strumento del captatore informatico. Le nuove ingerenze danno così luogo ad un aumento esponenziale della quantità di contributi suscettibili di acquisizione, il che rende difficilmente esigibile la verbalizzazione indiscriminata dei contenuti delle intercettazioni, formalità originariamente imposta da una previsione introdotta quando la ricerca consentiva l'apprensione di qualche sporadico colloquio telefonico. Preso atto di ciò, bisognerebbe allora individuare le soluzioni capaci di coniugare la mutata fisionomia delle intercettazioni con le prerogative conoscitive delle parti, tenendo sempre bene a mente la necessità imprescindibile di assicurare il loro diritto di disporre di adeguate ed effettive facilitazioni nell'esercizio dell'attività difensiva, in maniera più attenta rispetto alla sintesi da ultimo realizzata dal d.l. 161/2019 e dalla l. 7/2020⁶⁶.

⁶⁶ Nella specie, volendo mantenere alcuni limiti alla verbalizzazione delle comunicazioni intercettate, sarebbe stato quantomeno opportuno sottrarre la fissazione del termine di deposito ex art. 268 co. 4 Cpp alla determinazione unilaterale del pubblico ministero, prevedendo altresì il diritto per la difesa di ottenere copia del materiale onde poter procedere ad un più attento esame delle registrazioni non trascritte. Immediatamente prima dell'approvazione della l. n. 7/2020 è stato peraltro già formulato un espresso invito «a valutare la possibilità di prevedere, attraverso ulteriori iniziative normative, la facoltà per il difensore anche di estrarre copia degli atti visionati, al fine di avere la possibilità di una preliminare analisi completa di quanto raccolto dall'accusa e di fatto eliminare lo svantaggio giuridico ed ingiustificato per l'indagato». In questi termini l'ordine del giorno n. 9/2394/19 presentato durante la seduta della Camera dei deputati del 27.2.2020 e consultabile all'indirizzo: documenti.camera.it/leg18/resoconti/assemblea/html/sedo313/leg.18.sedo313.allegato_a.pdf, 28 s. D'altro canto sembrano tutt'altro che rassicuranti anche le indicazioni che provengono in materia dalla giurisprudenza di Strasburgo. Si veda ad esempio C. eur., 4.6.2019, *Sigurður Einarsson e altri c. Islanda*, § 87 ss., in cui è stato ritenuto conforme all'art. 6 § 1 e 3 lett. b Cedu il diniego opposto all'indagato dalle autorità nazionali alla richiesta di accedere alla totalità dell'ingente materiale acquisito dagli inquirenti nel corso di una complessa indagine penale. Nella specie risultava decisivo il rilievo per cui la documentazione che non era stata posta a disposizione dell'accusato era stata *ab initio* pretermessa dagli stessi organi investigativi. In una successiva decisione (C. eur., 25.7.2019, *Rook c. Germania*) è stato in via di principio riconosciuto il diritto dell'indagato ad accedere alla totalità degli atti dell'indagine, ma è stata al contempo affermata la possibilità di limitare questa facoltà conoscitiva in presenza di contrastanti esigenze. Anche in questa occasione poi, al fine di smentire l'esistenza di una lesione ai diritti affermati dalla Convenzione, è stata enfatizzata la circostanza per cui le autorità avevano considerato il solo materiale effettivamente posto a disposizione della difesa (cfr. in particolare § 60 ss.). Per ulteriori rilievi sul tema, si veda M. Pisati, *Full collection of data e diritto di difesa*, in *RIDPP* 2019, 2239 ss. Più in generale sul tema cfr. poi S. Allegrezza, *La conoscenza degli atti nel processo penale fra ordinamento interno e Convenzione europea*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R. E. Kostoris, Torino 2008, 143 ss.