

## IL NUOVO PROCEDIMENTO DI SPOGLIO DEI RISULTATI DELLE INTERCETTAZIONI

di Alberto Camon

(Professore ordinario di diritto processuale penale, Università di Bologna)

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La trasmissione del materiale. – 3. Il deposito. – 4. L'avviso. – 5. L'esame degli atti e della documentazione. – 6. L'acquisizione. – 7. Il diritto di copia. – 8. L'intercettazione patteggiata: la selezione dopo l'avviso di conclusione delle indagini. 9 (segue). La selezione nel giudizio immediato. – 10. Acquisizioni successive. – 11. Lo spoglio omesso. – 12. La trascrizione.

1. All'interno del più ampio procedimento in cui si articolano le intercettazioni, il segmento deputato a separare le registrazioni utili da quelle superflue mostra tratti di particolare importanza e delicatezza: svariati interessi, dal diritto alla prova al diritto di difesa, dal diritto alla riservatezza al diritto di cronaca all'esigenza d'una ragionevole durata del processo, s'incrociano e scontrano qui, e il legislatore è chiamato ad una non facile mediazione. Non è un caso che il lungo percorso riformatore che adesso è giunto in porto sia stato a suo tempo messo in moto proprio dall'esigenza di ripensare questo tratto dell'*iter*, per porre rimedio alle delusioni provocate dagli assetti originari del codice e, più ancora, dal modo in cui la prassi li aveva manipolati<sup>1</sup>.

Trattandosi di cose note, possiamo sintetizzare. Il legislatore del 1988 aveva collocato il procedimento di scrematura delle comunicazioni intercettate all'interno della fase investigativa<sup>2</sup>, pensando che si trattasse d'una sede più riparata da indiscrezioni; ma la giurisprudenza era insorta: trasformando in regola una previsione eccezionale, aveva sistematicamente rimandato il deposito delle registrazioni alla fine

---

<sup>1</sup> L'insoddisfazione era diffusa, nell'opinione pubblica ma anche nelle istituzioni; si veda, per esempio, l'auspicio ad una «più puntuale selezione del materiale» contenuto nella lettera inviata il 2 aprile 2015 dal Garante per la protezione dei dati personali al Presidente del consiglio dei ministri; il documento è reperibile nel sito del Garante ([www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)).

<sup>2</sup> La legge non lo diceva in modo esplicito, però lo faceva capire attraverso una concatenazione di scadenze: il materiale doveva essere depositato in segreteria «entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni»; i difensori venivano avvertiti «immediatamente» che potevano esaminarlo; «scaduto il termine» concesso a tal fine, il giudice disponeva l'acquisizione (art. 268, commi 4-6, testo originario).

dell'indagine<sup>3</sup> e la loro cernita al dibattimento<sup>4</sup>.

L'ammutinamento ha avuto molte cause. Per esempio, quando si prevede che la trascrizione sia laboriosa, rimandarla permette di tenersi un asso nella manica: all'occorrenza si potrà domandare la sospensione dei termini di fase delle misure cautelari, adducendo la particolare complessità del dibattimento (art. 304 comma 2 Cpp)<sup>5</sup>. Ma soprattutto, c'era il timore di lavorare a vuoto: se la trascrizione viene fatta durante le indagini e poi il processo devia verso un patteggiamento o un giudizio abbreviato, giudice per le indagini preliminari, parti, periti e consulenti tecnici hanno sprecato tempo e risorse, perché quei riti possono essere celebrati sulla base dei brogliacci, senza bisogno delle trascrizioni peritali<sup>6</sup>.

La dislocazione, però, non è stata indolore: secondo una linea interpretativa<sup>7</sup> (a dire il vero non pacifica<sup>8</sup>), quando il deposito veniva effettuato alla fine delle indagini, esso non era più disciplinato dall'art. 268 bensì dall'art. 415 *bis*, il quale, al comma 2, consente ai difensori di estrarre copia degli atti lasciati in segreteria, registrazioni comprese. Sarebbero così potute circolare, legittimamente, duplicazioni dei colloqui captati: di *tutti* i colloqui; anche quelli irrilevanti, per i quali sarebbe stato opportuno mantenere il massimo riserbo.

Erano stati i Procuratori della Repubblica ad affrontare per primi il problema, attraverso rimedi di diritto pretorio destinati a diffondersi a macchia d'olio sul territorio nazionale; ripensando adesso a quella stagione, a quel brulicare di circolari, direttive, linee-guida, sembra di poter confermare una diagnosi formulata a caldo<sup>9</sup>: da un lato, un'innegabile dose d'ingegno e creatività; dall'altro, uno straripamento, un'espropriazione prepotente delle prerogative del parlamento, che in buona sostanza ha consentito di "riscrivere" interi settori del codice in favore di nuovi assetti, magari

<sup>3</sup> Fra i molti, G. Frigo, in *Aa.Vv., Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, Milano 2009, 111; L. Kalb, *ivi*, 315.

<sup>4</sup> Cfr. A. Cabiale, *Il superamento dell'udienza di stralcio: prassi "deviante" o opportunità teorica?*, in *DPP* 2014, 114. Meritoriamente ma invano, F. Caprioli (*Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate*, in *GCos* 2012, 4097 ss.) tentò d'opporvi: secondo lui, le conversazioni che non fossero state selezionate durante le indagini sarebbero state inutilizzabili *contra reum* nell'udienza preliminare, mentre la richiesta d'acquisirle avanzata in dibattimento sarebbe stata inammissibile perché tardiva.

<sup>5</sup> Cfr. L. Giordano, *Il consiglio superiore della magistratura sulle buone prassi in materia di intercettazioni: prime considerazioni*, in *www.penalecompotemporaneo.it*, 11 ottobre 2016, 6; G. Spangher, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *DPP* 2016, 923.

Sulla possibilità di sospendere i termini di custodia cautelare quando il dibattimento si mostri particolarmente complesso proprio a causa della perizia di trascrizione, Cass. 12.12.2008 n. 47614, in *CEDCass*, m. 242303; Cass. 22.4.2004 n. 21601, *ivi*, m. 228213.

<sup>6</sup> Cfr. Cass. 16.4.1993, Croci, in *ANPP* 1993, 777; Cass. 28.9.2004, Mauro ed altri, in *GP* 2006, III, 122; Id. 26.3.2013 n. 20055, in *CEDCass*, m. 255655; Id. 14.5.2015 n. 35535, *ivi*, m. 264406; Id. 3.11.2015 n. 49462, *ivi*, m. 265730.

<sup>7</sup> F. Caprioli, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, in *ANPP* 2016, 566 s.; L. Giordano, *op. cit.*, 10 s.

<sup>8</sup> Fra le voci dissenzienti, Cass. 1.10.2009 n. 4976, in *CEDCass*, m. 246061; Cass. 3.5.2011 n. 21063, *ivi*, m. 250103.

<sup>9</sup> A. Camon, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle Procure ispirano la riforma Orlando*, in *AP* 2017, 648 ss.

migliori ma smaccatamente – persino dichiaratamente – *contra legem*.

La riforma Orlando (d.lgs. 29.12.2017 n. 216, emanato in attuazione della l. 23.6.2017 n. 103) – pur molto criticata, sul piano dei contenuti, dalla dottrina giuridica – meriterà perciò d’essere ricordata anche come un lodevole tentativo d’arginare quella tracimazione, riportando il movimento riformatore nell’alveo naturale della legge.

Nel merito, i suoi scopi erano essenzialmente due: proteggere più intensamente la riservatezza dei soggetti colpiti da un’intercettazione e rendere più efficiente il sistema. Il primo – autentico *fil rouge* del provvedimento – faceva capolino pressoché ovunque: nella nuova fisionomia dei brogliacci d’ascolto (artt. 103 co. 7 e 268, co. 2 *bis* e 2 *ter* Cpp; l’istituto, a rigore, si colloca in un momento precedente alla fase che verrà qui analizzata; ma, come si dirà fra un momento, preme su di essa e in qualche modo la plasma); nell’obbligo della polizia di liberarsi rapidamente del materiale, passandolo subito al pubblico ministero (art. 268 co. 4); nell’istituzione dell’archivio riservato (artt. 269 co. 1 Cpp e 89 *bis* NAttCpp); nella previsione d’una udienza dibattimentale a porte chiuse, destinata ad ospitare le richieste d’acquisizione avanzate tardivamente dalle parti (art. 472 co. 1); e in altri luoghi ancora. Il secondo aveva ispirato il carattere meramente eventuale dell’udienza stralcio (art. 268 *quater* co. 2) e uno spostamento “in avanti” della trascrizione peritale, che sarebbe stata disposta non più nell’indagine ma in dibattimento (art. 493 *bis*)<sup>10</sup>.

Prima di esaminare nel dettaglio i contenuti usciti dal decreto Bonafede (d.l. 30.12.2019 n. 161, convertito in l. 28.2.2020 n. 7), converrà chiedersi: cosa è rimasto, di quei due obiettivi?

Si vedono ancora entrambi, ma uno s’è allontanato, l’altro avvicinato. Il progetto d’una maggiore protezione della *privacy* ispira anche adesso alcune soluzioni, sopravvissute al decreto legge (l’archivio, del quale per verità è stato cambiato il nome) o introdotte *ex novo* (è il caso della modifica ai parametri che governano la decisione giurisdizionale sulle domande d’acquisizione avanzate dalle parti: art. 268 co. 6). Però è perseguito con minor determinazione, tanto che molte idee sono state abbandonate (si pensi alle attuali sembianze del brogliaccio d’ascolto, oppure alla retromarcia sulla trasmissione del materiale dalla polizia al pubblico ministero). L’anima efficientista è invece cresciuta, qualche volta proprio a spese del diritto alla riservatezza: la marginalizzazione del giudice nella cernita delle comunicazioni da acquisire (artt. 415 *bis* co. 2 e 454 co. 2 *bis*) e i nuovi patteggiamenti fra le parti (sui dialoghi da prendere e sul tipo di documentazione da cui prenderli: rispettivamente, artt. 415 *bis* co. 2 e 454 co. 2 *bis* e art. 268 co. 7) sono le manifestazioni più vistose del nuovo afflato.

Gli equilibri, dunque, si spostano, e lo spostamento è il frutto d’una rivisitazione

---

<sup>10</sup> Naturalmente, le disposizioni a cui s’è appena fatto riferimento sono quelle uscite dalla riforma Orlando; alcuni di quei precetti oggi non esistono più, altri sono stati cambiati.

radicale delle disposizioni introdotte dalla riforma Orlando, delle quali non rimane molto. Al tempo stesso, impropriamente il decreto Bonafede viene presentato come una restaurazione<sup>11</sup>; in realtà, non si tratta d'un ritorno al sistema del 1988 ma d'un passaggio a soluzioni nuove ed originali. Proprio per questo, un sistematico paragone con i precetti ch'erano stati introdotti dalla riforma Orlando sarebbe defaticante e improduttivo; nelle righe che seguono, il confronto verrà fatto, ma soltanto ove sia utile per capire le norme in vigore, sulle quali converrà concentrarsi.

In particolare, prenderemo in esame le scansioni che vanno dalla conclusione delle operazioni d'ascolto sino alla trascrizione ad opera del perito. Inutile dire che si tratta d'una delimitazione convenzionale e sotto qualche profilo arbitraria, perché ciò che sta a monte condiziona inevitabilmente quello che si trova a valle. Per limitarsi ad un solo esempio, pensiamo al venir meno della regola – sopravvissuta soltanto nel ristretto ambito disegnato dall'art. 103 co. 7 Cpp – secondo cui la polizia, quando lascia fuori dal brogliaccio una comunicazione, deve scrivere soltanto, data, ora e dispositivo su cui la registrazione è intervenuta. L'abolizione significa che la polizia, d'ora in poi, non potrà scrivere nemmeno quelle cose? Oppure, al contrario, che sarà libera di aggiungerne di ulteriori? O magari che potrà scegliere, a seconda delle circostanze del caso concreto?<sup>12</sup>. Optare per l'una o per l'altra di queste alternative ha ricadute pratiche sulle tappe successive del procedimento probatorio, nelle quali il difensore dovrà scandagliare il materiale trascurato dal pubblico ministero alla caccia di eventuali comunicazioni da ripescare; se nel brogliaccio ci saranno almeno alcune indicazioni di massima sui dialoghi "omissati", il lavoro del difensore ne risulterà agevolato; se non comparirà nulla, sarà un compito ingrato.

2. Conosciamo sin dal 1988 l'*incipit* della sequela: «i verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero» (art. 268 co. 4). È dunque singolare che i primi commentatori del recente decreto legge abbiano frainteso la formula o vi abbiano intravisto difficoltà inedite.

Più d'uno ha avuto l'impressione che, rispetto al meccanismo disegnato dal d.lgs. 216/2017, il legislatore odierno abbia voluto «anticipare i termini di trasmissione

---

<sup>11</sup> D'un «intento di ripristinare il regime normativo precedente» parla ad esempio G. Santalucia, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *SP* 2000 (1), 47, ma è una diagnosi largamente condivisa.

<sup>12</sup> È vero che l'art. 268 co. 2 *bis* impone di estromettere dal brogliaccio non l'intera comunicazione ma solo la singola espressione che leda la riservatezza o riguardi dati sensibili; il resto dovrà essere riportato; però non si può escludere l'eventualità d'una comunicazione, magari breve, che cada per intero nel raggio applicativo del precetto, ed in tal caso sorgerebbe il problema a cui s'accenna nel testo.

Sulla questione – con soluzioni non coincidenti – M. Miraglia, *La riforma delle intercettazioni e la redazione dei "brogliacci di ascolto"*, in *Dinternet* 2020 (3, supplemento), 15; Proc. Rep. Bologna, *Linee guida operative per la polizia giudiziaria e per i magistrati della Procura per l'applicazione della nuova disciplina delle intercettazioni*, 6.3.2020, in [www.procura.bologna.giustizia.it](http://www.procura.bologna.giustizia.it); Proc. Rep. Milano, *Direttiva in materia di intercettazioni*, 6.7.2020, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 2 s.

dei brogliacci di ascolto e delle relative registrazioni [...], anche impedendo il differimento del trasferimento»<sup>13</sup>; è un'impressione sbagliata.

Nella versione licenziata nel 2017, l'art. 268 co. 4 era concepito così: «i verbali e le registrazioni sono trasmessi al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio di cui all'art. 269 co. 1, immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga. Il pubblico ministero dispone con decreto il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni quando la prosecuzione delle operazioni rende necessario, in ragione della complessità delle indagini, che l'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto consulti le risultanze acquisite». È quindi vero che, in quel sistema, l'organo dell'accusa poteva autorizzare la polizia a ritardare la consegna; ma ciò serviva per derogare ad una regola che imponeva una trasmissione veloce e "scaglionata", ossia destinata a scattare alla chiusura d'ogni singola frazione della sorveglianza, anche se nel frattempo il giudice per le indagini preliminari avesse concesso una proroga. Il decreto legge ha cancellato la regola, e a questo punto pure l'eccezione non aveva più senso; ma, almeno sulla carta, oggi verbali e registrazioni arrivano dopo, non prima.

Il ritocco, verosimilmente, nasce da considerazioni di sano realismo. La riforma Orlando aveva tentato di bilanciare esigenze contrapposte: da una parte voleva custodire il materiale nella sede più protetta (l'archivio riservato) e mettere il pubblico ministero in condizione di vigilare sul modo in cui la polizia aveva steso i brogliacci: per far questo, imponeva la regola della trasmissione rapidissima. Dall'altra parte voleva evitare all'indagine inciampi eccessivi, come sarebbe accaduto se i funzionari di polizia fossero stati sistematicamente costretti a portare avanti le nuove intercettazioni senza avere più sotto mano le vecchie, ormai affidate al magistrato: per far questo, prevedeva l'eccezione della trasmissione ritardata.

Gli studiosi erano stati però unanimi nel pronosticare che, nella prassi, l'eccezione avrebbe divorato la regola<sup>14</sup>, anche perché non erano previste sanzioni per i differimenti illegittimi (e d'altra parte, la legge non imponeva di motivare il rinvio, cosicché l'effettiva sussistenza dei presupposti a cui esso era subordinato sarebbe stata incontrollabile). Il decreto Bonafede ha preso atto delle osservazioni e abolito la novità; tutto sommato, meglio così: era una complicazione inutile.

Il timore che il nuovo precetto sia troppo stringente è stato comunque avanzato

---

<sup>13</sup> Così W. Nocerino, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *SP* 2020 (1), 69; nello stesso senso, C. Gittardi, *La riforma delle intercettazioni, dopo due anni, alla stretta finale con molte novità*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 5.2.2020.

<sup>14</sup> Cfr. A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino 2018, 77 s.; C. Conti, *I principi ispiratori di uno ius novum difficile: ancora la parola alle circolari*, in *ParDif* 2018, 105; C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni rilevanti*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 15; Proc. Rep. Velletri, *Linee guida sulla nuova disciplina*, cit., 8.

anche da un'altra prospettiva, slegata da confronti con la riforma Orlando; s'è infatti bollata come «irrealistica» l'idea che la polizia «delegata all'ascolto possa davvero provvedere alla trasmissione *massiva* di tutto il materiale [...] *immediatamente* dopo il termine delle operazioni di captazione: si tratta di una disposizione che, al di là dei facili proclami, non potrà mai *di fatto* essere rispettata sul piano pratico»<sup>15</sup>.

Verosimilmente, l'osservazione muove da un'usanza sconosciuta alla legge ma frequente nella pratica: spesso, quando l'intercettazione è stata portata a termine, i funzionari di polizia ascoltano o riascoltano le registrazioni e redigono una relazione per il pubblico ministero, dove sottolineano i passaggi salienti e le piste investigative che possono essere battute; e naturalmente, per farlo hanno bisogno d'un po' di tempo.

Malgrado ciò, la preoccupazione è eccessiva: l'art. 268 co. 4, con quell'«immediatamente», è forte sul piano retorico ma debole su quello prescrittivo, perché non stabilisce né scadenze certe né sanzioni per il caso di ritardi. Del resto, lo si accennava, la disposizione è praticamente identica a quella varata nel 1988, e finora è stata applicata senza traumi.

3. Riprendiamo l'art. 268 co. 4: «i verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio di cui all'art. 269 co. 1. Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, essi sono depositati presso l'archivio [...], insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione».

La legge disegna un percorso in tre tappe: registrazioni e verbali vengono mandati al pubblico ministero; restano qualche giorno da lui; quindi vanno nell'archivio, insieme ai vari decreti<sup>16</sup>.

Non è ben chiaro cosa abbia spinto a prevedere quella breve fermata<sup>17</sup> presso il pubblico ministero. S'è ipotizzato che il legislatore volesse evitare fughe di notizie<sup>18</sup>, ma la spiegazione non regge; avrebbe avuto senso nel sistema della “trasmissione frazionata”, la cui logica in buona sostanza era: togliamo le registrazioni alla polizia

---

<sup>15</sup> 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 *SP* 2020 (2), 126 s. (i corsivi sono nell'originale).

<sup>16</sup> Corte di cassazione, ufficio del massimario, *Relazione su novità normativa. La legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161, Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 58; G. Pestelli, *op. cit.*, 127.

<sup>17</sup> Breve, perché – come nota Proc. Rep. Monza, *Linee guida e direttive in materia di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni a seguito delle disposizioni introdotte con Decreto Legge 30.12.2019 n° 161 convertito dalla Legge 28.2.2020 n° 7*, in <https://sistemapenale.it/>, 7.9.2020, 7 – il termine di cinque giorni entro il quale il pubblico ministero deve effettuare il deposito nell'archivio digitale decorre non dal momento in cui riceve gli atti bensì «dalla conclusione delle operazioni».

<sup>18</sup> C.S.M., *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 (GU serie generale n. 305 del 31.12.2019)*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 10.

non appena possibile; ci penserà poi il pubblico ministero a depositarle. Ora che è stata ripristinata la regola della trasmissione unica ad operazioni concluse, il passaggio non può più avere questa funzione: è chiaro infatti che, se la polizia ha già tenuto le registrazioni per settimane, mesi o addirittura anni, toglierle cinque giorni prima o cinque giorni dopo non fa differenza.

È più plausibile pensare che il legislatore abbia creato quella tappa intermedia per due motivi. Primo: lasciare agli addetti all'ufficio il tempo necessario per creare copie digitali degli atti nati in forma analogica<sup>19</sup>. Secondo: permettere al pubblico ministero un primo controllo sul materiale e sulla sua regolarità.

Qualcuno peraltro dubita che l'adempimento serva davvero ed anzi predice sventure: si teme che, nel periodo d'interregno durante il quale le registrazioni non sono più presso la polizia e non sono ancora nell'archivio, il funzionario di polizia che avesse bisogno di riascoltarle non potrebbe farlo<sup>20</sup>. Ma, a dire la verità, c'è da dubitare che il sistema lo vieti o che non si trovi il modo di recuperarle.

Secondo un autore, esisterebbe un ulteriore caso in cui il pubblico ministero sarebbe tenuto a depositare tutto quanto e metterlo a disposizione della difesa: quando avesse usato le intercettazioni a sostegno d'una domanda cautelare e questa fosse stata accolta<sup>21</sup>. La tesi punta a salvaguardare un interesse meritevole di tutela, ossia quello del difensore della persona raggiunta da un'ordinanza cautelare a rileggere le conversazioni che hanno fondato la misura calandole nel contesto, cioè interpretandole alla luce dell'intero compendio delle conversazioni intercettate, comprese quelle che il pubblico ministero non ha presentato a corredo della domanda; tuttavia, in questo modo si potrebbe danneggiare il segreto investigativo, con risultati potenzialmente gravi o addirittura irreparabili: si pensi all'ipotesi d'un procedimento con molti indagati, alcuni dei quali ancora sottoposti ad intercettazione. L'eventuale introduzione d'un meccanismo simile richiederebbe quindi una attenta valutazione di costi e benefici (della quale, almeno *prima facie*, si stenta a pronosticare un esito favorevole); in ogni caso servirebbe il legislatore; non è un risultato al quale, in assenza d'appigli normativi, possa giungere l'interprete<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> L'adempimento era stato previsto già dall'art. 1 co. 2 d.m. 20.4.2018: «fino alla attuazione del processo penale telematico [...], il pubblico ministero provvederà a formare copia informatica della documentazione analogica, al fine di consentirne la conservazione e la consultazione in formato digitale, attraverso gli applicativi messi a disposizione dal Ministero della giustizia».

Alcuni uffici di procura, peraltro, si sono già liberati dall'incombenza, scaricandola sulla polizia, alla quale è stato imposto di trasmettere la documentazione sia su carta sia in formato PDF; cfr. Proc. Rep. Tivoli, *Linee guida per l'applicazione della nuova disciplina delle intercettazioni o comunicazioni (riforma delle intercettazioni)*, in <https://sistemapenale.it/>, 7.9.2020, 50.

Si veda anche più avanti, in questo stesso paragrafo.

<sup>20</sup> C.S.M., *op. cit.*, 10 s.

<sup>21</sup> F. Caprioli, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *CP* 2020, 1413.

<sup>22</sup> Nel senso che il difensore del "bersaglio" di un'ordinanza cautelare possa ascoltare solo le registrazioni esibite

Dall'art. 2 co. 6 del decreto legge si desume che, per un periodo transitorio, il deposito avverrà in duplice forma: carta e bit<sup>23</sup>; se e quando il sistema avrà dato buona prova di sé, il ministro emanerà un decreto, a seguito del quale i territori del digitale s'espanderanno e quelli della carta si ritireranno. È una soluzione che, sebbene duplichi gli adempimenti e rischi quindi d'affaticare gli uffici, governa in modo saggio e prudente la transizione verso il processo telematico.

La parte finale dell'art. 268 co. 4 stabilisce che il materiale depositato rimane nell'archivio «per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga». Nel merito, non cambia gran che rispetto all'assetto normativo del 1988<sup>24</sup>, ma sul piano stilistico il testo è goffo; in realtà, anche dopo quella scadenza, decreti, verbali e registrazioni resteranno lì, nell'archivio<sup>25</sup>; alcune parti vi resteranno anzi a lungo, fino alla fine del procedimento o fino alla decisione giurisdizionale di distruggerle (artt. 269 co. 2 e 271 co. 3). Insomma: il termine fissato dal pubblico ministero ed eventualmente prorogato dal giudice non segna affatto – come la lettera della legge invece suggerisce – il momento oltre il quale il materiale viene trasferito, bensì il momento a partire dal quale il giudice può fissare l'udienza stralcio.

L'art. 268 co. 5 mantiene inalterata la possibilità che il pubblico ministero, per evitare un grave pregiudizio all'indagine, ottenga dal giudice l'autorizzazione a ritardare il deposito sino alla fine della fase preliminare. La cosa è singolare, perché il movimento riformatore partito tre anni fa è nato – l'abbiamo visto – proprio dall'esigenza di rimediare ai guasti provocati da una sistematica disapplicazione dell'obbligo di depositare subito registrazioni e verbali; ci si sarebbe quindi aspettati che su questo punto il legislatore intervenisse; sarebbe stato opportuno, per esempio, stabilire che il giudice fosse tenuto a rendere conto delle ragioni che giustificano la dilazione, anziché concederla con un provvedimento immotivato<sup>26</sup>.

4. Nell'assetto originario del codice, immediatamente dopo aver fatto il deposito si doveva darne avviso ai difensori «delle parti» (art. 268 co. 6); gli studiosi erano

---

a corredo della domanda, non invece le altre, L. Filippi, *Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)*, in *PDP* (<https://penaledp.it>), 8.5.2020; Id., *Intercettazioni: habemus legem*, *DPP* 2020, 463.

<sup>23</sup> Corte di cassazione, ufficio del massimario, *op. cit.*, 50.

<sup>24</sup> Ed è dunque degna di miglior causa l'indignazione dell'Unione camere penali italiane (*Osservazioni sulla conversione in legge del d.l. 30.12.19 n. 161 in materia di intercettazioni*, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), 5), secondo la quale «appare davvero inaccettabile, oltre che francamente sorprendente, che sia il pubblico ministero [...] a fissare il termine»; di sorprendente c'è poco: è così da trent'anni.

<sup>25</sup> In tal senso, esattamente, A. Cabiale, *L'acquisizione delle intercettazioni con procedura di controllo giudiziale: ritorni al passato e nuove lacune*, *Dinternet* 2020 (3, supplemento), 38; G. Pestelli, *op. cit.*, 127.

<sup>26</sup> Chi scrive aveva suggerito questa modifica già in *Primi appunti sul nuovo procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, *AP* 2018 (1, supplemento), 455; nello stesso senso, Unione camere penali italiane, *op. cit.*, 5.



unanimesi nel senso che alla persona offesa non spettassero avvertimenti<sup>27</sup>.

Con la riforma Orlando, è successa una cosa strana: la disposizione è stata spostata (dall'art. 268 co. 6 all'art. 268 *bis* co. 2) ma il suo contenuto non è mutato; malgrado ciò, una parte della dottrina ha aperto alla possibilità d'annoverare pure l'offeso fra i soggetti che dovevano essere informati<sup>28</sup>. Verosimilmente, la tesi subiva l'influenza del contesto, ossia dell'impetuoso movimento di pensiero che, negli ultimi lustri, è andato reclamando maggiori diritti in favore della vittima. Comunque sia, per motivi che saranno esposti fra un momento, l'interpretazione non era corretta<sup>29</sup>.

Il d.l. 161/2019 ha adoperato una formula nuova, che indirizzava l'avvertimento verso i difensori «dell'imputato» (art. 268 co. 6); era un ritocco stilistico insignificante; ma, condizionata da quell'erronea lettura della riforma Orlando, la dottrina vi ha scorto un restringimento<sup>30</sup> che avrebbe «traumaticamente e inspiegabilmente»<sup>31</sup> amputato le prerogative dell'offeso.

Arriviamo così alla legge di conversione, che è tornata alla dizione iniziale – difensori «delle parti»: art. 268 co. 6 – ottenendo le lodi di chi ritiene che in questo modo sia stato opportunamente ripristinato il diritto della persona offesa ad essere informata<sup>32</sup>. Ma è una conclusione che non convince: nasce da due errori, e conduce a due anomalie.

Gli errori. Si vede nella legge di conversione un allargamento che non c'è semplicemente perché s'era visto nel decreto legge un restringimento che non c'era; in realtà, il novero dei destinatari dell'avviso non è mai cambiato. Inoltre, si attribuisce impropriamente alla persona offesa una qualifica (quella di parte) che non le compete: le parti esistono a partire dal momento in cui al giudice viene presentata la domanda:

---

<sup>27</sup> A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano 1996, 213; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997, 134; analogamente, ma in senso critico verso questa scelta del legislatore, T. Procaccianti, in C. di Martino, T. Procaccianti, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova 2001, 157.

<sup>28</sup> Cfr. D. Pretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29.1.2018; analogamente, anche se con maggior cautela, C. Gabrielli, *op. cit.*, 17, nota 36. Secondo D. Potetti, *La procedura acquisitiva ordinaria nella riforma delle intercettazioni (d.lg. 29 dicembre 2017, n. 216): lettura critica di una riforma in divenire*, CP 2018, 3797, l'avviso andava dato non alla persona offesa in quanto tale bensì al danneggiato.

<sup>29</sup> In tal senso, L. Giuliani, *Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento de libertate*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 42; L. Filippi, *Le nuove norme su intercettazioni e tabulati*, Pisa 2018, 15; F. Vergine, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata*, PPG 2018, 796.

<sup>30</sup> F.A. Maisano, C.M. Piazza, *La riforma delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Nuovi percorsi operativi per il difensore. Note sul D.L. 161/2019 in corso di conversione*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 12.2.2020; D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *SP 2020 (2)*, 80; G. Santalucia, *op. cit.*, 53. *Contra*, correttamente, L. Filippi, *Luci ed ombre nel decreto legge sulle intercettazioni*, in *Penale. Diritto e procedura (https://penaledp.it/)*, 26.2.2020.

<sup>31</sup> Così W. Nocerino, *op. cit.*, 71 s.

<sup>32</sup> D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? la legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *www.sistemapenale.it*, 2.3.2020. Nello stesso senso sembra orientato F. Caprioli, *La procedura di filtro*, cit., 1397, nota 45.

mancando questa, mancano quelle<sup>33</sup>.

Le anomalie. Sebbene il suo ruolo sia effettivamente andato crescendo, la persona offesa è tutt'ora priva d'un autentico diritto alla prova (infatti non può chiedere l'incidente probatorio); sarebbe strano riconoscerglielo soltanto in materia d'intercettazioni (come vedremo, appunto a questo serve l'avvertimento).

Infine, il procedimento che stiamo esaminando non è l'unica via attraverso la quale i risultati delle intercettazioni possono essere filtrati; esistono, lo vedremo, due percorsi alternativi, disegnati dagli artt. 415 *bis* co. 2 *bis* e 454 co. 2 *bis*. Mentre quest'ultima disposizione è a sua volta ambigua, l'art. 415 *bis* co. 2 *bis* è inequivocabile: persino negli eccezionali casi nei quali l'avviso di conclusione delle indagini viene mandato anche alla persona offesa, l'avvertimento sul diritto d'esaminare decreti autorizzativi, verbali e registrazioni dev'essere dato al «l'indagato»; solo a lui. Non avrebbe senso – e non sarebbe difendibile di fronte all'art. 3 cost. – un sistema che coinvolgesse l'offeso quando la selezione delle intercettazioni viene fatta secondo le cadenze dell'art. 268 e lo escludesse quando viene fatta secondo l'art. 415 *bis* co. 2 *bis*.

Per tutti questi motivi è meglio rimanere fedeli al dato testuale: l'avviso spetta al difensore della persona sottoposta alle indagini, non a quello dell'offeso<sup>34</sup>.

Non essendo imposto il rispetto delle regole sulle notificazioni, dovrebbe bastare un avvertimento a forma libera.

5. Informato del deposito, il difensore ha a disposizione il tempo fissato dal pubblico ministero, ed eventualmente prorogato dal giudice, per prendere visione del materiale (del quale però non può ancora estrarre copia).

È un momento d'intuitiva importanza, a maggior ragione in un sistema – come quello uscito dai rinnovamenti del 2017-2020 – nel quale il brogliaccio d'ascolto, asciugato nei contenuti, fornisce una guida meno sicura. Merita quindi un plauso l'allargamento operato dalla riforma Orlando, e uscito intonso dal successivo decreto legge, che ha consentito l'accesso all'archivio non soltanto al difensore ma anche, se necessario, all'interprete (art. 89 *bis* co. 3 NAttCp). Forse, però, ci si sarebbe potuti spingere più in là.

Durante i lavori per la conversione del decreto era stato presentato un emendamento che puntava a comprendere anche i consulenti tecnici fra i soggetti legittimati ad esaminare atti e documentazione<sup>35</sup>; l'idea avrebbe meritato d'essere

---

<sup>33</sup> Ciò potrebbe valere anche per la persona sottoposta alle indagini, ma in tal caso l'estensione delle prerogative della parte è autorizzata ed anzi imposta dall'art. 61.

<sup>34</sup> Per questa stessa conclusione, A. Cabiale, *L'acquisizione delle intercettazioni*, cit., 35 s.; Corte di cassazione, ufficio del massimario, *Relazione su novità normativa*, cit., 29 s.; L. Filippi, *Intercettazioni: finalmente una legge!*, cit.; Id., *Intercettazioni: habemus legem*, cit., 457; Proc. Rep. Tivoli, *op. cit.*, 35.

<sup>35</sup> Emendamento 2.140 (D'Angelo, Crucioli, Evangelista, Riccardi, Piarulli, Lomuti), ritirato dalla prima proponente nella seduta del 13 febbraio 2020, n. 143 della commissione giustizia del Senato.

coltivata<sup>36</sup>: quando la regiudicanda chiede di risolvere questioni tecniche, il consulente potrebbe in effetti essere d'aiuto alla parte nel valutare l'utilità di determinate comunicazioni. In sede locale, alcune fonti di *soft law* si stanno muovendo per colmare la lacuna e aprire l'archivio agli esperti tecnici<sup>37</sup>, ma è chiaro che un diritto garantito dalla legge, su tutto il territorio nazionale, sarebbe altra cosa.

Da tempo, poi, la dottrina ha sottolineato come un contributo fondamentale in questa fase potrebbe venire anche dalla persona sottoposta alle indagini, che meglio di chiunque altro potrebbe scortare il difensore nell'esplorazione dei colloqui registrati<sup>38</sup>; inopportunosamente, la legge continua a trascurarla<sup>39</sup>.

Per il difensore delle parti eventuali, non sorgono particolari difficoltà: sarà ammesso all'archivio dopo la costituzione o l'intervento. Ambigua, invece, la posizione della persona offesa: abbiamo visto che, secondo la tesi preferibile, non viene informata del deposito e non può quindi accedere subito; ma quando allora?

Possiamo ragionare in due modi. Possiamo invocare le regole generali, in forza delle quali, nel caso in cui venga esercitata l'azione, l'offeso potrà esaminare gli atti dopo la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare o del decreto di citazione diretta a giudizio (artt. 419 co. 1 e 2, 552 co. 1 lett. g e co. 3 Cpp e 131 NAttCpp), mentre qualora l'indagine sfoci in una richiesta d'archiviazione, lo potrà fare dopo la notifica della relativa domanda, e sempre che – qualora la natura del reato per cui si procede lo richieda – avesse chiesto d'esserne informata (art. 408 co. 3 e 3 bis)<sup>40</sup>. Oppure possiamo sostenere che i precetti appena citati siano derogati da due disposizioni speciali, gli artt. 89 bis co. 3 NAttCpp e 269 Cpp, che si riferiscono selettivamente ai «difensori delle parti»; se prevalesse questa lettura, l'ingresso nell'archivio sarebbe permesso solo dopo la costituzione di parte civile.

Le due interpretazioni hanno pregi e difetti: la prima salvaguarda i diritti difensivi dell'offeso ma forza il sistema, "scavalcando" l'art. 269. La seconda è più fedele al testo e protegge di più il diritto alla riservatezza, però costringe il danneggiato a scegliere "al buio" se costituirsi, impedendogli di prendere conoscenza in anticipo dell'intera mole delle comunicazioni captate. Certo è che, su questo punto, la legge è pilatesca.

---

<sup>36</sup> Si è espresso favorevolmente anche L. Filippi, *Intercettazioni: finalmente una legge!*, cit.; Id, *Intercettazioni: habemus legem*, *DPP* 2020, 461.

<sup>37</sup> Cfr. Proc. rep. Milano, *op. cit.*, 9; Proc. Rep. Tivoli, *op. cit.*, 37. *Contra*, Proc. Rep. Monza, *op. cit.*, 9.

<sup>38</sup> Suggerimenti in questa direzione sono venuti da A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., 81; P. Carnuccio, *Strategie e tecniche difensive in tema di intercettazioni*, Torino 2007, 34; A. Vele, *Riforma delle intercettazioni, riservatezza e selezione dei dati*, PPG 2019, 1538.

<sup>39</sup> Il tema è toccato anche *supra*, nel contributo di S. Signorato.

<sup>40</sup> In tal senso sono orientati Corte di cassazione, ufficio del massimario, *op. cit.*, 30 e D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede*, cit., 83, i quali peraltro si dividono intorno ai diritti di copia della persona offesa stessa; la prima sostiene che le debbano essere riconosciuti; il secondo, che le spettino soltanto per le comunicazioni che siano già state acquisite.

Abbiamo notato che, per un certo periodo, il materiale sarà depositato in duplice veste: carta e bit. Il suo esame, invece, avviene in forma telematica (art. 268 co. 6); in altre parole, l'ingresso nell'archivio non è fisico ma virtuale e viene effettuato attraverso le cosiddette "sale d'ascolto per utenza esterna" che, stando alle assicurazioni fornite nel corso dei lavori per la conversione del decreto, il ministero della giustizia ha ormai allestito in tutte le procure<sup>41</sup>. Da queste postazioni si dovrebbe accedere sia alle conversazioni, ossia a files audio, sia ad un fascicolo analogico che tuttavia è stato scansionato e "dematerializzato"<sup>42</sup>.

Viene però da domandarsi: domani la carta sparirà e tutto si giocherà nel cyberspazio; ma nel frattempo, ci sono casi in cui è consentita anche l'osservazione diretta dell'originale analogico? Anche questo è un aspetto sul quale la legge si mostra reticente, ma è sensato pensare che la carta potrà essere esaminata almeno quando il supporto informatico si sia deteriorato oppure vi sia il sospetto che sia infedele; se così non fosse, tanto varrebbe non conservarla affatto.

6. Scaduto il termine concesso per l'esame del materiale, il giudice per le indagini preliminari deve fissare un'udienza.

Qualcuno a dire il vero lo nega e sostiene che la legge consenta di decidere sulle carte<sup>43</sup>; a tal fine si fa leva sull'art. 268 co. 6 Cpp, dove il diritto di partecipare concesso alle parti riguarda lo stralcio e non potrebbe dunque essere esercitato ove il giudice non volesse stralciare nulla<sup>44</sup>. La lettera della legge, in realtà, non pare cristallina e non offre conferme o smentite inconfutabili dell'assunto; è però il sistema ad orientare in direzione contraria. L'idea d'una acquisizione cartolare non è di per sé bizzarra ma richiederebbe che venisse predisposto un sistema di notifiche o almeno di avvisi, in modo che ogni parte conoscesse in anticipo le comunicazioni indicate dall'avversario ed avesse modo di ribattere; non per caso, questo sistema d'avvisi era stato istituito dalla riforma Orlando (artt. 268 *bis*, co. 1 e 2, e 268 *ter*, co. 3, 4 e 5 Cpp), che per l'appunto aveva reso l'udienza meramente eventuale (art. 268 *quater* co. 2). Nel decreto Bonafede, di tali norme si sono perse le tracce ed è per questo che la soluzione dell'acquisizione cartolare va scartata: i principi del nostro ordinamento non potrebbero tollerare che l'ammissione d'una prova fosse deliberata fuori dal contraddittorio, su iniziativa d'una parte ma all'insaputa dell'altra. Su questo punto, del resto, il testo odierno non presenta significative differenze rispetto a quello del 1988, nel vigore del quale non si dubitava che, per scremare il grano dal loglio, servisse

<sup>41</sup> B. Fabbrini, audizione in commissione giustizia del senato, seduta dell'11 febbraio 2020.

<sup>42</sup> A. Cataldi, audizione in commissione giustizia del senato, seduta dell'11 febbraio 2020.

<sup>43</sup> L. Filippi, *D.l. intercettazioni: abrogata la riforma Orlando, si torna all'antico*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), 10.1.2020.

<sup>44</sup> A. Cabiale, *L'acquisizione delle intercettazioni*, cit., 39.

un'udienza<sup>45</sup>: il fatto che se ne dubiti ora è un lascito della riforma Orlando, che, pur senza mai diventare efficace, s'è incuneata fra il testo antico e quello nuovo.

Nell'udienza, le parti indicano le comunicazioni che ritengono utili alla linea accusatoria o difensiva, e il giudice le acquisisce se non gli sembrano inutilizzabili o «irrelevanti». Questa formula è il punto d'arrivo d'un lunghissimo dibattito, partito già all'indomani dell'entrata in vigore del codice, nel cui assetto iniziale le comunicazioni segnalate dalle parti venivano acquisite se non erano «manifestamente irrelevanti». A sua volta, tale dizione era semplicemente il frutto d'un trapianto, all'interno della fase preliminare, dei criteri generali d'ammissione delle prove fissati dall'art. 190 co. 1; malgrado ciò, pochi la difendevano<sup>46</sup>; i più pensavano che mettesse a repentaglio il diritto alla riservatezza ed auspicavano una stretta sui criteri d'acquisizione<sup>47</sup>.

La seconda linea era destinata a prevalere: dopo aver ispirato alcuni progetti di riforma abortiti<sup>48</sup>, ha fatto irruzione nella l. 103/2017, le cui direttive erano attraversate da un insistito, quasi ossessivo riferimento ai concetti di “pertinenza” e “rilevanza”: il decreto delegato avrebbe dovuto mostrare uno «speciale riguardo alla tutela della riservatezza [...] delle comunicazioni comunque *non rilevanti* a fini di giustizia penale» (art. 1 co. 84 lett. a); il pubblico ministero avrebbe dovuto assicurare la riservatezza delle comunicazioni che contenessero dati sensibili «che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità [...] ovvero [che siano] *irrilevanti* ai fini delle indagini» (art. 1 co. 84 lett. a n. 1); avrebbe dovuto verificare «la *rilevanza*» dei colloqui che la polizia non avesse riportato nel brogliaccio (art. 1 co. 84 lett. a n. 5); avrebbe dovuto innescare la procedura d'acquisizione e stralcio in vista della richiesta di giudizio immediato ovvero del deposito successivo all'avviso di cui all'art. 415 bis, qualora agli atti vi fossero state comunicazioni contenenti dati sensibili «che non siano *pertinenti* all'accertamento delle responsabilità [...] ovvero [che siano] *irrilevanti* ai fini delle indagini» (art. 1 co. 84 lett. a n. 4); i difensori, dal canto loro, avrebbero avuto diritto ad «ottenere copia degli atti [...] ritenuti *rilevanti* dal giudice» (art. 1 co. 84 lett. a n. 3).

L'implementazione di quelle direttive non era però riuscita bene. Nel d.lgs. 216/2017 potevamo incontrare doveri della polizia di non riportare nel brogliaccio le

---

<sup>45</sup> A quanto risulta, l'unica voce che aveva aperto alla possibilità di farne a meno era venuta dalla relazione illustrativa che aveva accompagnato la seconda trasmissione alle camere dello schema di decreto destinato a diventare il d.lgs. 216/2017; l'affermazione, verosimilmente, puntava a rendere più digeribile l'innovazione portata dalla riforma Orlando, presentandola come se si fosse limitata a rendere esplicita una soluzione già praticabile in precedenza.

<sup>46</sup> A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 219 s.

<sup>47</sup> Cfr. A. Balsamo, A. Tamietti, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale*, a cura di A. Balsamo, R.E. Kostoris, Torino 2008, 455 s.; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 146; C. Parodi, *Le intercettazioni*, Torino 2002, 96.

<sup>48</sup> Cfr. l'art. 4 del disegno di legge presentato alla Camera dal ministro di grazia e giustizia il 27 novembre 1996, atto camera n. 2773, nonché l'art. 4 del disegno di legge presentato alla Camera il 14 settembre 2006 dal ministro della giustizia, di concerto con i ministri dell'interno e dell'economia e delle finanze, atto camera n. 1338.

comunicazioni «irrilevanti» (art. 268 co. 2 *bis*); poteri del pubblico ministero di capovolgere le decisioni della polizia e ordinarle di scrivere i colloqui di cui avesse ritenuto «la rilevanza» (art. 268 co. 2 *ter*); richieste (del pubblico ministero e dei difensori) d'acquisire i dialoghi «rilevanti» (artt. 268 *bis* co. 1 e 268 *ter*, co. 2 e 3; per l'acquisizione cautelare, art. 291 co. 1) e di eliminare quelli «irrilevan[ti]» (art. 268 *ter* co. 3 e 6, quest'ultimo nella parte in cui rinviava all'art. 268 co. 2 *bis*). Senonché, quando s'arrivava alla decisione del giudice per le indagini preliminari, il parametro inopinatamente cambiava: l'organo giurisdizionale avrebbe dovuto respingere solo le istanze d'acquisire comunicazioni (non semplicemente irrilevanti, bensì) «manifestamente irrilevanti» (art. 268 *quater* co. 1). L'interprete restava disorientato: alla fine d'una interminabile sequenza di disposizioni “strette”, tutte incentrate sul concetto di rilevanza, ecco che, nel momento *clou*, il parametro d'acquisizione s'allargava.

Era un sistema enigmatico; non per caso, intorno al modo in cui ricomporlo, la dottrina s'era spaccata a metà<sup>49</sup>. Il d.l. 161/2019, convertito in l. 7/2020, l'ha razionalizzato e reso coerente.

Dalla modifica, comunque, non ci si potrà attendere troppo: non bisogna dimenticare che il giudice per le indagini preliminari non padroneggia a fondo il procedimento, non conosce gli atti, non ha dinnanzi a sé un'imputazione: non gli sarà facile spingersi sino a respingere le domande d'acquisizione che riguardino comunicazioni irrilevanti, sì, ma non in modo manifesto<sup>50</sup>.

Va piuttosto segnalato come stia prendendo piede una tesi curiosa, in forza della quale sarebbe sufficiente che le parti “indicassero” che una comunicazione è rilevante<sup>51</sup>. Ma in questo modo “passerebbe” tutto, purché le parti avessero l'accortezza d'affermarlo utile. In realtà, pare ovvio che l'aspetto decisivo non sia la qualifica che alla comunicazione viene data dalla parte che chiede d'acquistarla bensì il giudizio che su quella qualifica è reso dal giudice; non quel che le parti affermano ma quel che il giudice ritiene.

Il criterio, comunque, conosce una deroga, che scatta quando le domande delle parti puntano ad acquisire comunicazioni da cui trapelano «categorie particolari di dati personali», ossia quelli disciplinati dell'art. 9 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, il quale riguarda i «dati personali

---

<sup>49</sup> Secondo alcuni (A. Camon, *Primi appunti*, cit., 461 ss.; P. Di Geronimo, in P. Di Geronimo, L. Giordano, A. Nocera, *La riforma delle intercettazioni*, Napoli 2018, 32 s.; G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 123 s.), il giudice avrebbe dovuto rifiutare l'acquisizione di tutte le comunicazioni irrilevanti; secondo altri (F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. Bene, Bari 2018, 151; D. Potetti, *op. cit.*, 3803), l'avrebbe potuto fare soltanto per le comunicazioni *manifestamente* irrilevanti.

<sup>50</sup> Corte di cassazione, ufficio del massimario, *op. cit.*, 28.

<sup>51</sup> In tal senso, Corte di cassazione, ufficio del massimario, *op. cit.*, 29; G. Santalucia, *op. cit.*, 5.

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»; è, con qualche ritocco, la vecchia figura dei “dati sensibili” (ancora anacronisticamente adoperata dall'art. 268 co. 2 *bis*). In tal caso, le istanze saranno accolte soltanto qualora «ne sia dimostrata la rilevanza» (art. 268 co. 6).

La distinzione fra il parametro ordinario e quello derogatorio può essere apprezzata nei casi dubbi, ossia quando la rilevanza d'una comunicazione sia incerta<sup>52</sup>: quando vale il criterio generale, nel dubbio s'acquiesce (perché non consta l'irrilevanza); quando vale il criterio derogatorio, nel dubbio non s'acquiesce (perché non consta la rilevanza).

In coerenza con i caratteri generali dell'organo, il giudice per le indagini preliminari ha una funzione “negativa”: elimina, in ossequio alla *privacy* e al principio di legalità della prova, colloqui irrilevanti o viziati; non svolge invece un ruolo “attivo”, cioè non può acquisire d'ufficio<sup>53</sup>.

Non è chiaro quale provvedimento debba emettere. La riforma Orlando aveva previsto in modo esplicito che l'acquisizione fosse disposta con ordinanza (art. 268 *quater*, co. 1 e 2) mentre il testo odierno tace. A rigore bisognerebbe desumerne, secondo l'art. 125, co. 1 e 6, che non fosse richiesta alcuna formalità, ma si tratterebbe d'una doppia stranezza; di solito (anche se esistono eccezioni) le udienze camerali sono chiuse da un'ordinanza; di solito le decisioni sull'ammissione delle prove sono prese con ordinanza (art. 190 co. 1). Nel complesso pare coerente al sistema pensare che, anche nel nostro caso, un'ordinanza serva.

Di conseguenza, servirà pure una motivazione (art. 125 co. 3). Qualcuno anzi teme che l'impegno richiesto al giudice sia particolarmente faticoso, specie quando si tratti d'acquisire comunicazioni su dati sensibili<sup>54</sup>, ma il timore pare eccessivo, perché l'onere ricadrà in prima battuta sulle parti: sarà loro interesse dimostrare la rilevanza di quel che domandano d'acquisire; il giudice per le indagini preliminari dovrà semplicemente decidere se l'abbiano fatto.

Rimane incerta l'“unità di misura” della decisione, cioè se il giudice debba disporre l'acquisizione d'una intera comunicazione – per esempio, una telefonata – ovvero possa prenderne una parte. La prima soluzione mette al riparo dal rischio di fraintendimenti sul significato d'un colloquio, la seconda tutela maggiormente il diritto alla riservatezza, evitando che finiscano agli atti scampoli di colloqui che non

<sup>52</sup> Nello stesso senso, F. Caprioli, *La procedura di filtro*, cit., 1406.

<sup>53</sup> Corte di cassazione, ufficio del massimario, *op. cit.*, 24; A. Nappi, *Appunti sulla nuova disciplina delle intercettazioni*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 17.4.2020.

<sup>54</sup> C.S.M., *op. cit.*, 12.

servono. Un segnale indiretto in favore della seconda alternativa può essere tratto dalla nuova disciplina del brogliaccio d'ascolto (art. 268 co. 2 *bis*), in forza della quale la polizia sembra legittimata a "ritagliare" una comunicazione, lasciando fuori dal verbale le singole espressioni che risultino lesive della reputazione o che riguardino dati sensibili<sup>55</sup>.

Dall'art. 269 co. 1 si desume che, all'esito dell'incidente, la documentazione delle comunicazioni acquisite viene tolta dall'archivio del pubblico ministero e inserita nel fascicolo delle indagini.

7. Nella versione iniziale del codice, nella riforma Orlando e nel decreto Bonafede, i diritti di copia sono governati dalla stessa regola: prima che il procedimento di spoglio sia stato portato a termine, la difesa non può estrarre copia del materiale depositato; dopo quel momento lo può fare, ma limitatamente alle comunicazioni che il giudice abbia deciso d'acquisire (art. 268 co. 8, nella stesura del 1988; artt. 268 *quater* co. 4 Cpp e 89 *bis* co. 4 NAttCpp, introdotti, rispettivamente, dall'art. 3 co. 1 lett. *b* e dall'art. 5 co. 1 lett. *b* d.lgs. 216/2017; art. 268 co. 8 odierno).

A dispetto di questa stabilità, il sistema, ricevuto senza turbamenti per quasi trent'anni, dalla riforma Orlando in poi è stato al centro di critiche asperissime. Come mai? Perché quel provvedimento normativo lasciava ferma, sì, la regola a cui s'è accennato, ma cambiava il contorno: il difensore perdeva la bussola dei brogliacci d'ascolto, il cui contenuto era andato incontro ad una drastica sforbiciata (art. 268 co. 2 *bis* e 2 *ter*, nella stesura introdotta dall'art. 2 co. 1 lett. *d* d.lgs. 216/2017); inoltre, per esaminare la documentazione non aveva più un termine fissato in rapporto alla consistenza del materiale e la cui adeguatezza era soggetta ad un controllo del giudice, bensì un termine fisso e breve: dieci giorni, prorogabili al massimo per altri dieci (art. 268 *ter* co. 3, introdotto dall'art. 3 co. 1 lett. *b* d.lgs. 216/2017). Non occorre pensare ai maxiprocessi per capire che, in molti casi, il tempo non sarebbe bastato<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> In tal senso l'art. 268 co. 2 *bis* viene inteso da C. Gittardi, *op. cit.*; F. Nicolichia, *I limiti alla documentazione delle comunicazioni intercettate*, *supra*; Proc. Rep. Monza, *op. cit.*, 5 s.; Proc. Rep. Sondrio, *Linee guida e direttive per l'applicazione delle disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni introdotte in via d'urgenza con d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, in modifica del d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 15.1.2020, 6.

<sup>56</sup> Critiche severe erano state mosse da F. Alonzi, *Contenuti e limiti del diritti di difesa*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 99 s.; Di Geronimo, in Di Geronimo-Giordano-Nocera, *op. cit.*, 30 s.; 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, 37; Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, DPP 2018, 299; Id., *Le nuove norme su intercettazioni e tabulati*, cit., 12 e 31 s.; S. Furfaro, *Intercettazioni: il sistema, la riforma e l'Europa*, AP 2018 (1, supplemento), 492 s.; C. Gabrielli, *op. cit.*, 22; G. Milicia, *Limiti all'accesso della difesa alle intercettazioni: una soluzione inefficace per la privacy che viola i principi del giusto processo*, PardDif 2018, 115; G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29.1.2018; 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.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 4.4.2018, 53 s.; P. Rivello, *Il procedimento*



Su entrambi i profili, il decreto Bonafede ha fatto retromarcia: oggi (art. 268 co. 2 e 2 *bis*) il brogliaccio d'ascolto è più asciutto di quello che maneggiavamo nel 1988 ma più corposo di quello consegnato dalla riforma Orlando; quanto ai termini per l'esame della documentazione, l'abbiamo visto, siamo tornati al regime iniziale. Le critiche che tuttora vengono mosse sotto il profilo d'una compressione del diritto alla difesa<sup>57</sup> non sembrano quindi giustificate; e d'altro canto, "anticipare" i diritti di copia sarebbe soluzione incompatibile con l'art. 269: non avrebbe senso distruggere, a tutela della riservatezza, le registrazioni originali dopo che sono stati messi in circolazione i duplicati<sup>58</sup>.

È comunque curiosa l'operazione di cosmesi svolta sull'art. 89 *bis* co. 4 NAttCp: siccome la disciplina era stata raggiunta da critiche feroci, il legislatore è passato da una formulazione "in negativo" («i difensori delle parti [...] non possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti [...] custoditi» nell'archivio: stesura del d.lgs 216/2017) ad una "in positivo" («i difensori delle parti [...] possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma degli artt. 268, 415 *bis* e 454 del codice»: testo vigente); nella sostanza non cambia niente<sup>59</sup>, però l'assetto, ad un osservatore frettoloso, potrebbe sembrare ingentilito; ed in effetti, qualcuno è caduto nella trappola<sup>60</sup>.

8. Verosimilmente, l'art. 268 co. 6 sarà applicato di rado. Infatti, quando il deposito viene rimandato alla fine dell'indagine – fino ad oggi è successo spessissimo e nulla lascia supporre che da domani le cose cambieranno – la legge mette fuori gioco il procedimento d'acquisizione "ordinario" e lo sostituisce con due meccanismi alternativi: teoricamente eccezionali, in pratica faranno la parte del leone<sup>61</sup>.

Nel complesso si tratta di due applicazioni specifiche del "patteggiamento sulla prova" disciplinato nell'art. 431 co. 2: perciò molte questioni – dall'eventuale efficacia

---

*acquisitivo delle intercettazioni e l'archivio riservato presso il pubblico ministero*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 75. Con riferimento allo schema originariamente presentato alle Camere (ancor più restrittivo della soluzione che verrà poi varata), B. Migliucci, *Intercettazioni, una brutta riforma che manca l'obiettivo*, in *GD 2017* (47), 9. Isolate le voci favorevoli: F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione*, cit., 160; G. Santalucia, *Vero e falso nelle ragioni della annunciata controriforma delle intercettazioni*, *CP 2018*, 277.

<sup>57</sup> L. Filippi, *Intercettazioni: finalmente una legge!*, cit.; G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni*, cit., 133.

<sup>58</sup> Per questa giusta osservazione, F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione*, cit., 160.

<sup>59</sup> Come s'è accennato, anche la riforma Orlando permetteva d'estrarre copia delle comunicazioni acquisite (art. 268 *quater* co. 4).

<sup>60</sup> D'un ampliamento dei diritti di copia dei difensori parlano, erroneamente, G.M. Flick, «*Intercettazioni, qui si colpisce la base della nostra civiltà*». «*Guai a giocare sui diritti*», in *CP 2020*, 1806; C. Parodi, *La riforma dimezzata: prime osservazioni sul decreto in tema di intercettazioni*, in *www.ilpenalista.it*, 8.1.2020; W. Nocerino, *op. cit.*, 66.

<sup>61</sup> Il pronostico è unanime: cfr. L. Barontini, *L'acquisizione delle intercettazioni su iniziativa del pubblico ministero*, *Dinternet 2020* (3, supplemento), 50; M. Gialuz, *Segreto a tutela della riservatezza e divieto speciale di pubblicazione delle intercettazioni*, *ibidem*, 65; Id., *Premessa*, *ibidem*, 5; A. Nappi, *op. cit.*; Proc. Rep. Tivoli, *op. cit.*, 34.

Secondo F. Caprioli (*La procedura di filtro*, cit., 1398), l'iter di selezione "ordinario" sarà a tal punto marginale che il legislatore avrebbe mostrato maggiore coerenza se l'avesse abolito.

sanante di un accordo su prove viziate al regime dei patti conclusi fra alcune soltanto delle parti – potranno essere affrontate guardando agli indirizzi che si sono sedimentati intorno all'art. 431. I due meccanismi presentano però anche alcuni tratti originali, ai quali converrà volgere l'attenzione.

Un primo procedimento d'acquisizione speciale è regolato dall'art. 415 *bis* co. 2 *bis*: nell'avviso di conclusione dell'indagine, il pubblico ministero deve indicare le comunicazioni che ritiene rilevanti e avvertire della facoltà d'esaminare per via telematica tutti gli atti e le registrazioni. Stranamente, il diritto parrebbe attribuito non soltanto al difensore ma anche alla persona sottoposta alle indagini: la soluzione non dispiace, ma certo non è facile comprendere per quale motivo qui le spettino diritti che nell'art. 268 le vengono negati<sup>62</sup>.

Difensore e indagato possono poi estrarre copia delle comunicazioni che il pubblico ministero ha individuato. Per la precisione, tale diritto riguarda le «registrazioni» (e i «flussi informatici»), mentre non si parla dei brogliacci; non è chiaro tuttavia se si tratti d'una svista o d'una scelta. Si possono sviluppare tre indirizzi. Primo: si applica il co. 2 *bis*, interpretato alla lettera: il difensore può estrarre copia delle registrazioni ritenute rilevanti dal pubblico ministero, non invece dei brogliacci. Secondo: si applica il co. 2 *bis*, interpretato estensivamente: il difensore può estrarre copia delle registrazioni e anche dei brogliacci ma, nell'un caso e nell'altro, limitatamente alle comunicazioni segnalate dall'organo dell'accusa. Terzo: si applica il co. 2 *bis* e, inoltre, il co. 2: in forza dell'uno, il difensore può estrarre copia delle registrazioni, limitatamente alle comunicazioni indicate dal pubblico ministero; in forza dell'altro, può estrarre copia dei brogliacci, senza limiti, ossia integralmente<sup>63</sup>.

Pur essendo la più fedele al testo, la prima posizione è anche quella meno plausibile. Essa contrassegnava il primo schema di decreto legislativo presentato dal Governo alle Camere in attuazione della delega data con l. 103/2017 (art. 268 *quater* co. 4, nella versione immaginata dall'art. 3 co. 1 dello schema)<sup>64</sup>, ed era forse frutto dell'idea che le copie cartacee avrebbero potuto agevolare le fughe di notizie sui media. Comunque sia, quel testo era andato incontro a tante critiche<sup>65</sup>, anche perché un file

<sup>62</sup> Sopra, § 5.

<sup>63</sup> Quest'ultima soluzione è abbracciata dalla Corte di cassazione, ufficio del massimario, *op. cit.*, 39.

<sup>64</sup> Lo schema venne trasmesso alla presidenza del Senato il 3 novembre 2017 (atto Senato n. 472); esplicita nel senso che si potesse estrarre copia delle registrazioni, ma non della documentazione cartacea, la relazione illustrativa (§ 6).

<sup>65</sup> Cfr. l'intervento del sen. N.F. Palma nella seduta del 21 novembre 2017 della seconda commissione del Senato; il parere approvato dalla commissione giustizia della Camera nella seduta del 6 dicembre 2017, 66; il parere approvato dalla commissione giustizia del Senato nella seduta del 12 dicembre 2017, in particolare la condizione f); lo schema di parere proposto dai senatori M. Buccarella, E. Cappelletti e M.M. Giarruso, dichiarato precluso dalla commissione giustizia del Senato nella seduta del 12 dicembre 2017; la proposta di parere alternativo del gruppo Movimento cinque stelle (commissione giustizia della Camera, seduta del 5 dicembre 2017, resoconto, 80 ss.); B. Migliucci, nell'audizione alla commissione giustizia della Camera, seduta del 22 novembre 2017; F. Petrelli, nella medesima audizione.

informatico può essere diffuso altrettanto, fors'anche più velocemente della documentazione analogica, cosicché lasciar copiare l'uno e non l'altra non servirebbe a nulla. Convinto dai rilievi, il legislatore aveva lasciato cadere l'idea; sarebbe strano se adesso fosse tornato sui suoi passi.

La seconda e la terza tesi sono entrambe sostenibili ed entrambe prive di argomenti inoppugnabili in proprio favore: la seconda protegge più intensamente il diritto alla riservatezza, la terza protegge più intensamente il diritto alla difesa; la scelta dipenderà in definitiva dall'ideologia e dalle propensioni dell'interprete. Possiamo comunque osservare che lasciar copiare i verbali nella loro interezza ma le registrazioni solo in parte non sarebbe contraddittorio, perché le comunicazioni più pericolose per il diritto alla *privacy*, ossia quelle lesive della reputazione o che riguardano dati sensibili, risultano (ovviamente) dalle registrazioni, mentre nel brogliaccio, a rigore, vengono riportate soltanto quando sono rilevanti (art. 268 co. 2 *bis*).

Entro venti giorni, il difensore può a sua volta indicare ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Il termine, probabilmente, è stato scelto per simmetria con quello previsto dall'art. 415 *bis* co. 3, ma non sembra calibrato bene: è breve<sup>66</sup> e, diversamente da quanto accade nell'art. 268 co. 4, fisso, di modo che non potrà essere adattato alle peculiarità del procedimento, alla sua complessità, al numero e alla durata delle intercettazioni<sup>67</sup>. È vero che non è previsto a pena di decadenza, cosicché un'indicazione tardiva non dovrebbe per ciò solo essere accantonata; ma se l'istanza del difensore arrivasse quando i venti giorni sono ormai passati, il pubblico ministero potrebbe essersi già spogliato del fascicolo ed aver fatto marciare il procedimento verso l'udienza preliminare.

Sulla domanda del difensore il pubblico ministero decide con decreto motivato; se ritiene che riguardi comunicazioni utili, l'accoglie, e la documentazione entra nel fascicolo delle indagini (lo si desume dagli artt. 114 co. 2 *bis* e 269 co. 1; più tardi verrà messa nel fascicolo per il dibattimento). Per la precisione, l'art. 415 *bis* co. 2 *bis* menziona le comunicazioni «rilevanti» e non – come invece l'art. 268 co. 6 – quelle «che non appaiano irrilevanti»<sup>68</sup>; in altre parole, nella procedura di spoglio speciale s'applica, per tutte le comunicazioni, il parametro d'acquisizione che, nella procedura ordinaria, vale soltanto per le comunicazioni «a tutela rafforzata», ossia che riguardano dati sensibili; ed è questo il motivo per cui, nell'art. 415 *bis* co. 2 *bis*, i dati sensibili non sono nominati affatto.

---

<sup>66</sup> L'emendamento 2.113 (Caliendo, Modena, Dal Mas) aveva suggerito di portarlo a 60 giorni; venne respinto dalla commissione giustizia del Senato nella seduta del 13 febbraio 2020, n. 143.

<sup>67</sup> C.S.M., *op. cit.*, 13.

<sup>68</sup> Cfr. F. Curcio, nel parere comunicato alla Commissione giustizia del Senato in seguito all'audizione del 4 febbraio 2020, 3.

La cosa è stata spiegata facendo leva sul differente contesto in cui le due procedure si collocano: mentre l'udienza stralcio si svolge all'interno della fase investigativa, l'art. 415 *bis* scatta a indagini concluse, cioè in un momento nel quale il giudizio sulla rilevanza è più facile e può farsi più ficcante<sup>69</sup>: nel primo caso è ragionevole prendere le comunicazioni la cui rilevanza sia ancora incerta; nel secondo è ragionevole scartarle.

L'osservazione è brillante ma richiede due chiose. In primo luogo, la sottile differenza fra questi parametri potrebbe assumere rilievo pratico soltanto ove sulla pattuizione fra le parti si potesse esercitare – come in effetti pare auspicabile: ci arriveremo fra poco – un controllo giurisdizionale; se tutto si riducesse ad una contrattazione fra accusa e difesa, la questione sarebbe oziosa; di fatto le parti resterebbero libere di patteggiare anche su comunicazioni che non rispettassero perfettamente i criteri d'acquisizione enunciati nella norma.

In secondo luogo: se le volontà delle parti non s'incontrano – ossia «in caso di rigetto dell'istanza o di contestazione sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti» – la difesa può invocare il garante giurisdizionale e chiedergli che «si proceda nelle forme di cui all'art. 268 co. 6». Di primo acchito si può avere l'impressione che in questa ipotesi riviva il vaglio a maglie larghe, regolato appunto nell'art. 268 co. 6 e pensato per accogliere anche le istanze d'acquisizione che cadano su comunicazioni la cui rilevanza sia dubbia; ma ciò sarebbe illogico. Si deve quindi ritenere che, una volta che l'art. 415 *bis* sia stato innescato, i parametri d'acquisizione ivi stabiliti restino fermi, anche se poi si dovesse refluire verso il procedimento di spoglio "ordinario"<sup>70</sup>. Se la si guarda con più calma, la lettera della legge lascia spazio a questa soluzione: il rinvio dell'art. 415 *bis* all'art. 268 è infatti espresso con una formula che non pretende l'applicazione integrale di quest'ultimo precetto ma soltanto delle «forme» ivi stabilite; pare quindi compatibile con il testo concludere che, in tale situazione, debbano essere applicate le cadenze procedurali dell'art. 268 co. 6 e i parametri d'acquisizione dell'art. 415 *bis* co. 2 *bis*.

Nel procedimento d'acquisizione speciale sono stati visti due punti deboli, che metterebbero a repentaglio il diritto alla *privacy*. Anzitutto, non sarebbe «previsto che [...] indagato e difensore possano tentare direttamente di far recedere il pubblico ministero dalle sue scelte: le istanze difensive su cui l'inquirente può decidere con decreto motivato sono solo quelle rivolte al recupero di materiali probatori indebitamente esclusi»<sup>71</sup>. In altre parole, le rimostranze del difensore potrebbero trovare uno sfogo verso il giudice solo se venissero agganciate ad un'istanza

<sup>69</sup> Corte di cassazione, ufficio del massimario, *op. cit.*, 36, sulla cui scia si posizionano anche Proc. Rep. Monza, *op. cit.*, 10, e Proc. Rep. Tivoli, *op. cit.*, 40.

<sup>70</sup> In tal senso, Proc. Rep. Monza, *op. cit.*, 11.

<sup>71</sup> Così F. Caprioli, *La procedura di filtro*, cit., 1402, nota 61.

d'acquisizione; il difensore che non volesse aggiungere nulla, solo togliere, sarebbe inerme. Non solo: qualora il pubblico ministero segnalasse pigramente l'intero malloppo delle comunicazioni intercettate, tutto finirebbe senza scampo nel fascicolo, mettendo così una pietra tombale sopra il diritto alla riservatezza.

La lettera della legge non sembra tuttavia giustificare tanto pessimismo; la scintilla che permette d'accendere il motore dell'acquisizione ordinaria è prodotta dalle «contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti»: è una formula capace d'abbracciare senza sforzi anche le contestazioni mosse dal difensore verso le indicazioni del pubblico ministero e dirette soltanto ad evitare che determinati colloqui finiscano nel fascicolo<sup>72</sup>.

Il secondo punto debole: un'eventuale decisione del giudice favorevole alle istanze difensive potrebbe comunque arrivare solo dopo che il divieto d'estrarre copia è caduto<sup>73</sup>, con le conseguenze facilmente intuibili: a quel punto, nei processi con molti imputati e molti difensori, circolerebbero già decine e decine di copie, e la stalla verrebbe chiusa a buoi scappati. Questo difetto effettivamente è grave e pare difficile da raddrizzare in via interpretativa.

Ma, più ancora delle singole soluzioni tecniche, è la logica stessa che governa l'istituto ad essere rischiosa; non possiamo aspettarci che le parti sacrifichino le proprie strategie e i propri obiettivi sull'altare della *privacy*; succederà piuttosto il contrario: immaginiamo per esempio che il pubblico ministero s'accorga che il difensore non s'è lagnato d'una certa comunicazione, la cui rilevanza in realtà sarebbe dubbia: potrebbe ritenere vantaggioso chiudere a sua volta un occhio sulle indicazioni difensive pur di non finire davanti al giudice. Per questa via il baricentro del sistema si sposta: tutela di più la ragionevole durata del procedimento, tutela di meno il diritto alla riservatezza.

Queste osservazioni conducono ad un interrogativo: a fronte di un'acquisizione patteggiata, qual è il ruolo del giudice? È completamente tagliato fuori? Rispondere affermativamente vorrebbe dire rassegnarsi a conseguenze inique. Per riprendere un esempio già sfiorato, ragioniamo su un caso che in passato ha fatto capolino nella prassi, ossia su una richiesta (oggi: su un patteggiamento) diretti ad acquisire tutto: comunicazioni decisive, rilevanti, dubbie, non manifestamente irrilevanti, irrilevanti, manifestamente irrilevanti, su dati sensibili, tutto quanto<sup>74</sup>. È difficile accettare l'idea

<sup>72</sup> In tal senso, esattamente, C. Galli, *La procedura di deposito e selezione delle intercettazioni*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 21.2.2020; A. Nappi, *op cit.*; Proc. Rep. Monza, *op. cit.*, 11; Proc. Rep. Tivoli, *op. cit.*, 40.

<sup>73</sup> Ancora F. Caprioli, *La procedura di filtro*, cit., 1402 s.

<sup>74</sup> Secondo un indirizzo interpretativo benemerito (Cass. 21.2.1994, Rosati ed altri, *ANPP* 1994, 361; Cass. 29.2.2008, Venosa ed altri, *ivi* 09, 266; A. Nappi, *Sull'abuso delle intercettazioni*, in *CP* 2009, 472 s.) le istanze d'acquisizione dovrebbero essere "mirate" su comunicazioni specifiche: una richiesta d'acquisire l'intera mole dei colloqui captati non metterebbe l'organo giurisdizionale in condizione di scremare i dialoghi superflui e dovrebbe perciò essere dichiarata inammissibile. Eppure, lo si diceva, qualche caso d'acquisizione "massiva" s'è verificato; lo riferiscono, fra gli altri, E.M. Catalano, *Prassi devianti e prassi virtuose in materia di intercettazioni*, [La legislazione penale](http://www.la-legislazione-penale.it)

che l'intero materiale finisca nel fascicolo delle indagini, che il giudice sia tenuto a disporre la trascrizione con perizia, che le trascrizioni vadano nel fascicolo per il dibattimento. È più equilibrato pensare che il giudice sia emarginato solo provvisoriamente, ossia solo per quanto riguarda la decisione d'immettere la documentazione patteggiata nel fascicolo delle indagini. Nel prosieguo del procedimento, per esempio quando le parti gli domanderanno la trascrizione peritale o comunque quando si tratterà d'utilizzare le comunicazioni così selezionate, il giudice potrà e dovrà verificare che i parametri d'acquisizione fissati dalla legge siano stati rispettati e, qualora non lo siano stati o lo siano stati solo in parte, dovrà restringere l'incarico peritale o la piattaforma delle risultanze utilizzabili alle sole comunicazioni acquisite legittimamente<sup>75</sup>.

9. La domanda di giudizio immediato non dev'essere preceduta dall'avviso di conclusione delle indagini<sup>76</sup>; perciò il legislatore ha inserito, all'interno della disciplina dedicata al rito speciale, un *pendant* dell'art. 415 *bis* co. 2 *bis*, destinato a farne le veci. Nei tratti di fondo i due meccanismi si somigliano, ma alcuni scostamenti ci sono.

Secondo l'art. 454 co. 2 *bis*, le prerogative difensive possono essere esercitate a partire «dalla notifica prevista dall'art. 456 co. 4», ossia dal momento in cui richiesta e decreto di giudizio immediato sono notificati «all'imputato e alla persona offesa»; se n'è dedotto che qui non solo l'imputato ma anche la persona offesa sia legittimata ad interloquire con il pubblico ministero<sup>77</sup>. Il dato letterale non è però così netto: individua un *dies a quo* a cui agganciare l'esercizio di certe facoltà ma non prende posizione sui legittimati a farlo, che andranno quindi individuati in base ad altri criteri; ragioni di simmetria con il procedimento d'acquisizione ordinario e con quello regolato dall'art. 415 *bis* spingono piuttosto a concludere nel senso che l'offeso sia escluso<sup>78</sup>.

Anche al difensore viene notificato l'avviso della data fissata per il giudizio immediato (art. 456 co. 5), però il momento a partire dal quale le intercettazioni possono essere esaminate non è questa notifica bensì quella indirizzata all'imputato. È una scelta legislativa inopportuna e, se non si prendono abbagli, incostituzionale. Può infatti succedere che il difensore venga informato solo quando il termine è già scaduto o stia per farlo: una situazione simile a quella che la Corte costituzionale

---

in PPG 2016, 5; G. Illuminati, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, in Gcos 2008, 3764. Con riguardo alla nuova disciplina, Proc. Rep. Tivoli, *op. cit.*, 39, allude alla possibilità d'acquisire "in blocco" tutte le comunicazioni captate.

<sup>75</sup> Conclusioni analoghe in A. Nappi, *Appunti sulla nuova disciplina*, cit.

<sup>76</sup> C.cost., 16.5.2002 n. 203.

<sup>77</sup> Corte di cassazione, ufficio del massimario, *op. cit.*, 60; Proc. Rep. Monza, *op. cit.*, 13; Proc. Rep. Tivoli, *op. cit.*, 43.

<sup>78</sup> Nello stesso senso, D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede*, cit., 83.

ritenne intollerabile quando dichiarò illegittimo «l'art. 458 co. 1, nella parte in cui prevede che il termine entro cui l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato decorre dalla notificazione del decreto di giudizio immediato, anziché dall'ultima notificazione, all'imputato o al difensore, rispettivamente del decreto ovvero dell'avviso della data fissata per il giudizio immediato». In quell'occasione, fra l'altro, la Corte fece una dichiarazione piuttosto impegnativa: «il diritto di difesa, inteso come effettiva possibilità di ricorrere all'assistenza tecnica del difensore, risulta violato [...] in ogni caso in cui, ai fini dell'esercizio di facoltà processuali che comportano “la cognizione di elementi tecnici rientranti nelle specifiche competenze professionali del difensore”, venga posto a pena di decadenza un termine decorrente dalla notificazione all'imputato, anziché al difensore, dell'atto da cui tali facoltà conseguono»<sup>79</sup>: un ragionamento che dovrebbe valere anche nel nostro caso.

L'art. 454 co. 2 *bis* non prevede esplicitamente il diritto d'estrarre copia delle registrazioni indicate dal pubblico ministero, e non manca chi s'arrocca sulla lettera della legge<sup>80</sup>. Altri osservano che rimane pur sempre l'art. 116 Cpp<sup>81</sup>, ma si tratterebbe d'un rimedio inadeguato sotto tanti profili: esso prevede un'istanza, la risposta alla quale potrebbe essere negativa; e se fosse positiva, potrebbe arrivare tardi, quando il termine per ribattere alle indicazioni del pubblico ministero è già scaduto; e se arrivasse prima, comunque avrebbe “mangiato” una parte del tempo concesso al difensore per esaminare la documentazione.

È più ragionevole pensare che, considerato il parallelismo dei due istituti, il legislatore abbia dato per scontato che i diritti difensivi, ove non siano disciplinati diversamente, coincidano con quelli accordati dall'art. 415 *bis* co. 2 *bis*<sup>82</sup>. La conclusione è avvalorata da un dato: l'art. 454 co. 2 *bis* non prevede nemmeno il diritto d'accedere (telematicamente, s'intende) all'archivio digitale per ascoltare le registrazioni<sup>83</sup>; eppure, se il difensore non potesse farlo, non avrebbe modo d'indicare le ulteriori comunicazioni che ritiene rilevanti.

Ma le sfasature più grandi e più strane rispetto all'art. 415 *bis* co. 2 *bis* contrassegnano la disciplina del termine fissato per l'esercizio delle facoltà difensive. Per regola è più stretto, quindici giorni. Difficile pensare che ciò dipenda dall'evidenza della prova che sorregge il giudizio immediato: il tempo necessario per prendere visione del materiale dipende dal numero e dalla durata delle intercettazioni, non dalla forza degli indizi che ne sono stati tratti. Piuttosto bisogna riconoscere che, nel caso

---

<sup>79</sup> C.cost., 16.2.2002 n. 120.

<sup>80</sup> Proc. Rep. Tivoli, *op. cit.*, 43.

<sup>81</sup> Corte di cassazione, ufficio del massimario, *op. cit.*, 61.

<sup>82</sup> A questo risultato arrivano anche L. Barontini, *op. cit.*, 58; C. Gittardi, *op. cit.*; A. Nappi, *Appunti sulla nuova disciplina*, cit.; Proc. Rep. Sondrio, *op. cit.*, 11.

<sup>83</sup> Lo notano C.S.M., *op. cit.*, 13; F.A. Maisano, C.M. Piazza, *op. cit.*; F. Ruggieri, *La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica*, in PPG 2020, 939.

di giudizio “custodiale”, il lavoro del difensore potrà risultare semplificato: nella maggioranza dei casi, parte delle registrazioni sarà già stata depositata dopo l’emissione dell’ordinanza cautelare<sup>84</sup>. Questo tuttavia non vale né per il giudizio immediato ordinario né per quei giudizi immediati custodiali che partissero da un provvedimento cautelare fondato su elementi probatori diversi dalle intercettazioni. La spiegazione dunque è un’altra: il termine è stato calibrato così per esigenze di uniformità rispetto alle scadenze fissate per chiedere un rito speciale (artt. 446 co. 1, 458 co. 1 e 464 *bis* co. 2).

Senonché, quindici giorni potrebbero non bastare e l’art. 454 co. 2 *bis* consente di prorogarli di altri dieci. La disciplina lascia perplessi per almeno due ragioni: in primo luogo, i termini non coincidono mai con quelli dettati dall’art. 415 *bis* co. 2 *bis* (venti giorni): o sono più corti (quindici giorni) oppure sono più lunghi (venticinque); nel complesso si ha la sensazione di trovarsi dinnanzi ad un disegno casuale. Inoltre, e soprattutto, nell’ipotesi in cui il termine venga prorogato, la simmetria con i tempi d’accesso ai riti speciali si spezza, perché i quindici giorni concessi dagli artt. 446 co. 1, 458 co. 1 e 464 *bis* co. 2 rimangono fermi<sup>85</sup>; la cosa pare contraddittoria<sup>86</sup>: il legislatore con una mano riconosce che, in certi procedimenti, quindici giorni sono troppo pochi per prendere confidenza con tutte le intercettazioni; con l’altra, costringe a chiedere patteggiamento, rito abbreviato o sospensione del processo con messa alla prova proprio entro quindici giorni.

Non è chiarito chi debba dare la proroga: il pubblico ministero o il giudice?<sup>87</sup>. Sebbene forzi un poco l’art. 328 co. 1, secondo il quale le funzioni del giudice per le indagini preliminari sono tassative, la seconda soluzione sembra preferibile: il giudice è già investito e sta aspettando il decorso dei primi quindici giorni per formare il fascicolo per il dibattimento e mandarlo all’organo competente per il giudizio; se non sapesse della proroga, potrebbe liberarsi degli atti quando in realtà il difensore è ancora in tempo per negoziare; meglio dunque che la proroga venga chiesta a lui.

10. La riforma Orlando aveva introdotto due disposizioni dedicate all’eventualità in cui il bisogno d’acquire determinate comunicazioni sorgesse durante la fase processuale: per l’udienza preliminare, l’art. 422 co. 4 *bis*; per il dibattimento, l’art. 472 co. 1 ultimo periodo. Il decreto Bonafede le ha abrogate entrambe. Dobbiamo desumerne che, dopo la chiusura della fase preliminare, non ci sia più spazio per aggiungere ulteriori comunicazioni a quelle già acquisite?

<sup>84</sup> C. Galli, *op. cit.*; Proc. Rep. Sondrio, *op. cit.*, 11.

<sup>85</sup> L. Filippi, *Intercettazioni: finalmente una legge!*, cit.

<sup>86</sup> Analogamente, Unione camere penali italiane, *op. cit.*, 6.

<sup>87</sup> Nel primo senso, D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto?*, cit.; nel secondo, L. Filippi, *Intercettazioni: finalmente una legge!*, cit.; Proc. Rep. Monza, *op. cit.*, 12.



Sarebbe una conclusione frettolosa. Cominciamo col notare che, in certi casi, prima del dibattimento non è proprio possibile innescare la procedura di spoglio. Succede, per esempio, quando il pubblico ministero è autorizzato a differire il deposito fino alla fine delle indagini e poi chiede ed ottiene un decreto di condanna: qui l'avviso di conclusione delle indagini preliminari non viene spedito<sup>88</sup>, e non esiste uno strumento d'acquisizione "speciale", paragonabile a quello che è stato previsto per il giudizio immediato.

Forse il legislatore non ci ha pensato. O forse ha pensato che, nei procedimenti che possono sfociare in un decreto di condanna, l'intercettazione non sia permessa. Se ha pensato questo, ha sbagliato: i procedimenti su reati di minaccia (art. 612 c.p.) e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono (art. 660 c.p.) consentono di disporre l'intercettazione (art. 266 co. 1 lett. f) e sono suscettibili di essere definiti con decreto di condanna.

O forse il legislatore ha pensato che una norma apposita non servisse: se l'imputato non s'opponesse al decreto di condanna, l'*iter* termina; se chiede il giudizio abbreviato o il patteggiamento, si decide allo stato degli atti, e della procedura di cernita delle comunicazioni intercettate si può fare a meno; se chiede il dibattimento, si reflowisce nella disciplina del giudizio immediato, dove s'incontrerà la procedura di spoglio "speciale" che già conosciamo. Se il legislatore ha pensato questo, ha di nuovo sbagliato. Intanto bisognerebbe che il pubblico ministero, contestualmente alla presentazione della domanda volta ad ottenere il decreto di condanna, facesse una cosa alla quale non è tenuto, cioè depositasse anche l'elenco delle comunicazioni rilevanti, per l'ipotesi in cui l'imputato s'opponesse. Inoltre, l'art. 464 co. 1 dispone che, se l'opposizione viene presentata, il giudice per le indagini preliminari emette il decreto di giudizio immediato «a norma dell'art. 456 co. 1, 3 e 5»; l'art. 456 co. 4 – cioè quello attorno al quale ruota il meccanismo di selezione delle comunicazioni intercettate – non è richiamato. Ed è ovvio che non lo sia: esso impone di notificare la richiesta di giudizio immediato, cioè una richiesta che, nel nostro caso, non c'è mai stata. Insomma, il congegno predisposto dall'art. 454 co. 2 *bis* qui non può funzionare.

Magari un giorno sarà sollevata una questione di legittimità costituzionale, per l'irragionevole disparità di trattamento rispetto agli altri riti – ordinari e speciali – che contemplano il dibattimento, e per i quali è sempre previsto che le intercettazioni siano scremate prima. Ma per il momento non si vedono alternative ad una acquisizione disposta, appunto, durante la fase dibattimentale.

Qualcosa del genere potrebbe capitare anche nel rito direttissimo; per esempio: la persona sottoposta alle indagini viene arrestata e l'arresto è convalidato; il pubblico ministero chiede ed ottiene l'autorizzazione ad intercettare (lei o altri); raccoglie

---

<sup>88</sup> C. cost., 4.2.2003 n. 32; Cass. 8.5.2000, p.m. in c. Bollini, in *CEDCass*, m. 216171 – 01.

rapidamente prove schiaccianti e decide d'instaurare il giudizio direttissimo. Anche qui, la cernita delle registrazioni potrà essere fatta solo nel dibattimento.

Ci sono poi casi in cui, sebbene la procedura di spoglio sia stata ritualmente portata a termine, negare richieste "integrative" non sarebbe equo. Si pensi all'ipotesi in cui, nel dibattimento, l'imputazione venga modificata, con la conseguente resurrezione del diritto alla prova (art. 519 co. 2); oppure all'eventualità in cui un altro processo venga riunito a quello in cui è stato fatto lo spoglio; o ancora si pensi alle parti eventuali, che durante le indagini non hanno modo di partecipare all'udienza stralcio.

L'ipotesi d'un semplice "ripensamento" delle parti principali è meno drammatica, ma in fondo nemmeno qui si vedono ragioni sufficienti per sbarrare la strada ad indicazioni aggiuntive<sup>89</sup>; e d'altra parte, gli artt. 268 co. 6, 415 bis co. 2 bis e 454 co. 2 bis non comminano preclusioni o decadenze.

Va però stabilito quale parametro governi la decisione del giudice dibattimentale sulle istanze d'acquisizione formulate dalle parti: quello specifico per le intercettazioni o quello generico per le domande di prova avanzate in dibattimento? Un autore s'è pronunciato nel secondo senso: «in difetto di un'apposita clausola eccezzuativa del tipo di quelle contenute nell'art. 190 bis [...], è difficile immaginare che il legislatore abbia voluto proteggere la riservatezza delle vittime dell'intercettazione anche al prezzo di una parziale erosione dell'ordinario diritto delle parti a ottenere l'ammissione della prova. A dibattimento, dunque, le conversazioni comuni che siano state scartate nella procedura di filtro in quanto ritenute "semplicemente" irrilevanti [...] potranno venire ripescate dal loro incerto limbo processuale sul consueto e più blando presupposto della loro non manifesta irrilevanza»<sup>90</sup>.

La tesi è argomentata bene ed ha il merito di salvaguardare il diritto alla prova. Malgrado ciò, sembra più corretta la soluzione opposta, per varie ragioni. Anzitutto, la «clausola eccezzuativa» c'è, ed è dettata dagli artt. 415 bis co. 2 bis e 454 co. 2 bis. In secondo luogo, non è affatto difficile immaginare che il legislatore abbia voluto introdurre una deroga all'art. 190; al contrario, è una proposta che circola da decenni<sup>91</sup>. Ancora: la ricostruzione che stiamo discutendo sembra dare per scontato che, nella fase preliminare, esista un unico criterio d'acquisizione; come s'è notato, non è così: l'acquisizione disposta nel mezzo dell'indagine è governata da un parametro (art. 268 co. 6), quella disposta alla fine da un parametro diverso, simile al primo ma leggermente più stretto (artt. 415 bis co. 2 bis e 454 co. 2 bis). Ora, un sistema in cui, man mano che il procedimento si svolge, i canoni per acquisire le intercettazioni si fanno via via più stringenti (può non piacere ma) esibisce una coerenza; invece un

<sup>89</sup> Nello stesso senso, C. Galli, *op. cit.*; L. Filippi, *Intercettazioni: finalmente una legge!*; cit.; Id., *Intercettazioni: habemus legem*, cit., 460; Proc. Rep. Monza, *op. cit.*, 17; Proc. Rep. Tivoli, *op. cit.*, 44.

<sup>90</sup> F. Caprioli, *La procedura di filtro*, cit., 1407.

<sup>91</sup> Sopra, § 6.

sistema che partisse con un parametro d'acquisizione "medio" (art. 268 co. 6), poi lo stringesse un poco (artt. 415 *bis* co. 2 *bis* e 454 co. 2 *bis*), infine lo allargasse enormemente (art. 190 co. 1) sarebbe sconclusionato. Ma soprattutto: un ordinamento processuale che obbligasse il giudice per le indagini preliminari a respingere oggi quella stessa domanda d'acquisizione che il giudice per il dibattimento sarà obbligato ad accogliere domani fomenterebbe lungaggini inutili (si pensi solo all'esigenza di disporre due perizie di trascrizione).

In definitiva sembra meglio pensare che il criterio della rilevanza rimanga fermo; d'altronde, l'abbiamo visto, è dettato a tutela della riservatezza, e la riservatezza, nel dibattimento, non conta meno che nell'indagine<sup>92</sup>.

11. Ci sono dunque casi in cui non si riesce ad acquisire prima del dibattimento. Quando invece è possibile farlo, è consentito rimandare? La posta in gioco non è bassa, perché fare lo spoglio nella fase preliminare significa farlo in una sede più protetta: le parti eventuali ancora non ci sono; nemmeno il pubblico c'è; le registrazioni, prima del filtraggio, sono coperte dal segreto e non possono essere copiate; subito dopo, quelle irrilevanti possono essere distrutte. Rinviando la cosa al dibattimento si perderebbero molti di questi vantaggi.

Durante i lavori della riforma Orlando aveva fatto capolino un modo originale per affrontare il problema: spingere le parti (soprattutto il pubblico ministero) ad innescare rapidamente la procedura di spoglio stabilendo che soltanto dopo quel momento l'intercettazione sarebbe stata utilizzabile. Tuttavia, a prescindere da ogni considerazione sul merito, il d.lgs. 216/2017 aveva portato avanti il progetto in modo titubante, col risultato che la dottrina s'era schierata in tre blocchi: ad un estremo, chi riteneva che, prima della scrematura, i risultati delle intercettazioni non fossero utilizzabili<sup>93</sup>; all'estremo opposto, chi riteneva che lo fossero<sup>94</sup>; in mezzo, chi distingueva fra i contesti in cui l'uso sarebbe stato permesso (una proroga delle intercettazioni, un provvedimento di perquisizione o di sequestro, un'ordinanza cautelare) e quelli in cui sarebbe stato proibito (il procedimento d'archiviazione, l'udienza preliminare, il dibattimento)<sup>95</sup>.

Col decreto Bonafede, l'idea s'è ulteriormente indebolita, tanto che si fatica a

---

<sup>92</sup> Nello stesso senso, A. Cabiale, *L'acquisizione delle intercettazioni*, cit., 44.

<sup>93</sup> P. Di Geronimo, in A. Nocera, P. Geronimo, *Esigenze di riservatezza: conservazione, modalità di stesura delle ordinanze e acquisizione del captato oltre le indagini preliminari*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. Bene, cit., 191 s.; D. Ferranti, *Intercettazioni e pubblicabilità: un nuovo equilibrio tra diritto alla privacy e libertà di informazione*, in *CP* 2018, 471; G. Pestelli, *Brevi note*, cit.; nonché – se non si fraintende – C. Conti, *I principi ispiratori di uno ius novum difficile: ancora la parola alle circolari*, *ParDif* 2018, 106.

<sup>94</sup> A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., 83 s.; L. Filippi, *Le nuove norme*, cit., 34; S. Renzetti, *op. cit.*, 48.

<sup>95</sup> F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione*, cit., 127 s.

scorgerne le tracce<sup>96</sup>; certo, prima dello spoglio le intercettazioni non stanno nel fascicolo ma nell'archivio digitale, ma è un segnale troppo fiacco per desumerne che non siano utilizzabili. È così venuto meno un incentivo ad innescare presto l'incidente.

Piuttosto, è possibile che il legislatore abbia agganciato il procedimento di spoglio all'avviso di conclusione delle indagini preliminari proprio allo scopo di renderne obbligatoria l'attivazione<sup>97</sup>; ma ancora una volta non ha avuto la mano ferma e non ha dettato una preclusione inequivocabile. E dunque? Cosa succede se il pubblico ministero non deposita subito l'intercettazione e, alla fine della fase preliminare, non indica le comunicazioni rilevanti?

L'impressione è che la partita, o almeno un pezzo della partita, potrebbe essere giocata attorno ad un dettaglio a prima vista periferico. È stato sostenuto che, in simili frangenti, il difensore avrebbe diritto di copiare tutte le registrazioni<sup>98</sup>, ma in verità il testo della legge sembra dire l'opposto: la difesa può estrarre copia «delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero» (art. 415 *bis* co. 2 *bis*); se niente viene indicato, niente può essere copiato.

Se prevalesse questa seconda tesi, all'apparenza penalizzante per la difesa, l'annoso problema avrebbe finalmente trovato una risposta: il pubblico ministero non potrebbe rinviare l'indicazione delle comunicazioni rilevanti, perché se lo facesse farebbe altresì slittare il diritto del difensore ad estrarne copia subito, compromettendo così il diritto all'assistenza tecnica e causando una nullità generale a regime intermedio (art. 178 lett. *b* e 180).

Se invece prevalesse la prima lettura, verosimilmente non ci sarebbero ostacoli ad un'acquisizione tardiva. Certo la conclusione avrebbe qualcosa d'ironico: come s'è ricordato, proprio la diffusa tendenza a procrastinare è stata la ragione principale a sostegno del movimento riformatore partito anni fa<sup>99</sup>; dopo mille circolari dei Procuratori della Repubblica, una legge delega, un decreto legislativo, un decreto legge, una legge di conversione e sei dilazioni, si finirebbe per acquisire tutto in dibattimento, come s'è sempre fatto.

12. Di regola, le comunicazioni indicate dalle parti e ammesse dal giudice vengono trascritte da un perito.

Il codice del 1988 (art. 268 co. 7) collocava l'adempimento immediatamente

---

<sup>96</sup> Nello stesso senso, F. Caprioli, *La procedura di filtro*, cit., 1385 s., 1398 s., 1415. A. Cabiale (*L'acquisizione delle intercettazioni*, cit., 42 s.) esattamente osserva che l'art. 269 co. 1 Cpp nomina «i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo di cui all'art. 373 co. 5 o comunque utilizzati nel corso delle indagini»; *ergo*, esistono utilizzazioni che non implicano una preventiva acquisizione.

*Contra*, A. Nappi, *Appunti sulla nuova disciplina*, cit.; G. Santalucia, *op. cit.*, 56.

<sup>97</sup> Lo ipotizza C. Galli, *op. cit.*

<sup>98</sup> D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede*, cit., 82.

<sup>99</sup> Sopra, § 1.

dopo il provvedimento d'acquisizione del giudice per le indagini preliminari, ed era un difetto: portava a nominare il perito in un momento in cui ancora non si sapeva se la perizia sarebbe servita davvero, perché il procedimento sarebbe potuto deviare verso un giudizio abbreviato o un patteggiamento.

La riforma Orlando ha allora spostato in avanti questa tappa del procedimento probatorio e l'ha impiantata nel dibattimento, dove le parti l'avrebbero dovuta innescare con una richiesta apposita (art. 493 *bis* co. 1, oggi abrogato). La modifica andava nella direzione giusta ma si spingeva troppo avanti e alla resa dei conti rischiava di causare ritardi; è vero che fare la trascrizione in dibattimento «non comporta necessariamente un prolungamento della fase [...], perché è ben possibile che l'attività del perito si svolga contemporaneamente all'assunzione delle prove»<sup>100</sup>; tuttavia, qualora il processo si fosse basato essenzialmente su intercettazioni e non avesse posto l'esigenza d'una massiccia assunzione di prove costituenti, la sospensione sarebbe stata inevitabile.

S'era perciò suggerito di anticipare la trascrizione all'esito dell'udienza preliminare, in modo che il perito potesse lavorare durante i tempi morti che separano l'emissione del decreto di rinvio a giudizio dall'apertura del dibattimento<sup>101</sup>. Il d.l. 161/2019 ha raccolto il suggerimento: oggi la trascrizione può essere disposta «anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento» (art. 268 co. 7).

La norma ha riscosso molti consensi<sup>102</sup> ed in effetti è costruita bene: si presti attenzione per esempio alla congiunzione «anche», che non obbliga il giudice ad attendere l'udienza preliminare ma lo lascia libero di farlo; è una cosa buona, perché può capitare che sin dall'udienza-stralcio risulti che gli elementi di prova a carico sono gravi (quindi non verrà emessa una sentenza di non luogo a procedere) e che l'addebito implica il rischio d'una condanna all'ergastolo (quindi non si potrà patteggiare né chiedere il giudizio abbreviato): in un caso simile, la nomina del perito è sicura; tanto vale farla subito.

Qualche voce critica tuttavia c'è. In particolare, s'è detto che, per quanto mosso «dal nobile intento di anticipare un'attività temporalmente dispendiosa», l'art. 268 co. 7 avrà «un'applicazione marginale», perché fare la perizia subito porterebbe «ad una duplicazione degli incarichi [...] in tutti quei casi in cui dovesse poi insorgere, nella successiva fase dibattimentale, l'ulteriore esigenza di procedere alla trascrizione di nuovi progressivi [...] solo tardivamente apprezzati dalle parti, così mitigando quell'effetto di economia processuale che ha indotto il legislatore ad introdurre la

<sup>100</sup> Così C. cost., 20.7.2012 n. 204.

<sup>101</sup> A. Camon, *Primi appunti*, cit., 772; Id., *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., 90.

<sup>102</sup> Cfr. G. Amato, *Avviso di deposito esteso ai difensori di tutte le parti*, in *GD 2020* (13), 54; F. Caprioli, *La procedura di filtro*, cit., 1401; C.S.M., *op. cit.*, 16; F. Curcio, *op. cit.*, 3; L. Filippi, *D.l. intercettazioni*, cit.; Id., *Intercettazioni: finalmente una legge!*, cit.; Id., *Intercettazioni: habemus legem*, cit., 460; Id., *Intercettazioni: indietro tutta!*, in *Penale. Diritto e procedura* (<https://penaledp.it/>), 24.1.2020.

disposizione»<sup>103</sup>. Il quadro sembra però troppo fosco<sup>104</sup>: in qualche processo certamente capiterà che in dibattimento si debba aggiungere qualcosa alla trascrizione già effettuata; ma ovviamente il “supplemento” di trascrizione porterà via meno tempo d’una trascrizione intera. E poi ci saranno anche casi in cui tutto verrà fatto subito e nulla sarà aggiunto dopo, evitando così stasi ed anzi permettendo uno svolgimento più ordinato, perché il dibattimento verrà aperto con le trascrizioni già pronte e disponibili.

Qualcuno ha notato che, nell’ambito del procedimento d’acquisizione speciale che si svolge all’interno del giudizio immediato, la trascrizione delle intercettazioni su cui le parti abbiano patteggiato non è espressamente prevista<sup>105</sup>. Però si può far leva sugli artt. 268 co. 7 e 457 co. 1: secondo l’uno, l’abbiamo appena visto, la trascrizione può essere disposta «nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell’art. 431»; secondo l’altro, nel giudizio immediato il fascicolo per il dibattimento viene appunto «formato a norma dell’art. 431». In forza dei due precetti, il giudice per le indagini preliminari che, dopo aver emesso il decreto di giudizio immediato, s’appresta a formare il fascicolo, potrà altresì nominare il perito e affidargli la trascrizione delle comunicazioni su cui le parti abbiano concordato. Nonostante ciò, il caso del giudizio immediato mostra davvero qualche lacuna; la prassi dovrà incaricarsi di colmarla e trovare meccanismi che consentano, prima, d’informare il giudice per le indagini preliminari degli esiti del patteggiamento sulle intercettazioni; poi, d’informare le parti dell’incarico peritale, così da permetter loro l’eventuale nomina di consulenti tecnici.

Del perito, comunque, si potrà anche fare a meno: infatti l’art. 268 co. 7, riprendendo una soluzione ch’era stata avanzata da alcune avanguardie giurisprudenziali<sup>106</sup>, stabilisce che «il giudice, con il consenso delle parti, può disporre l’utilizzazione delle trascrizioni [...] effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini. In caso di contestazioni si applicano le disposizioni di cui al primo periodo»<sup>107</sup>. Ad una prima lettura, l’ipotesi d’una contestazione può sembrare criptica, proprio perché l’intero meccanismo è subordinato ad un accordo delle parti; verosimilmente si riferisce a dissensi parziali<sup>108</sup>: per alcune comunicazioni, le parti

---

<sup>103</sup> D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede*, cit., 78.

<sup>104</sup> Ed infatti c’è anche chi rovescia la critica e teme che sarà l’udienza preliminare a subire sovraccarichi (G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni*, cit., 141). Così però si cade nell’eccesso opposto e si dimentica che in udienza preliminare ci si potrà limitare a dare l’incarico al perito, il quale poi lavorerà nello spazio che separa l’udienza preliminare stessa dal dibattimento.

<sup>105</sup> G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni*, cit., 142.

<sup>106</sup> Cfr. Cass. 28.3.2018 n. 24744, in *CEDCass*, m. 273619 – 01.

<sup>107</sup> La proposta d’introdurre una disposizione in tal senso è stata avanzata da N. Gratteri nel parere comunicato alla Commissione giustizia del Senato in seguito all’audizione del 4 febbraio 2020, 1. Più tardi, sull’innovazione s’è espresso favorevolmente L. Filippi, *Luci ed ombre nel decreto legge*, cit.

<sup>108</sup> Corte di cassazione, ufficio del massimario, *op. cit.*, 35; Proc. Rep. Monza, *op. cit.*, 17.

accettano i brogliacci; per altre, vogliono una trascrizione più garantita.

L'istituto nasce, ovviamente, da esigenze di economia processuale, perché permette di risparmiare sui tempi, solitamente non brevi, della perizia. A dire il vero, secondo un autore l'eventualità d'una perizia non sarebbe del tutto esclusa nemmeno qualora il patteggiamento sui brogliacci venisse effettivamente stipulato; in dibattimento, infatti, le parti potrebbero cambiare idea e domandare la prova peritale<sup>109</sup>. Ma è difficile pronosticare che simili istanze saranno accolte: sia per il rischio di manovre dilatorie, sia perché la giurisprudenza ha sempre mostrato una forte propensione a ritenere che la trascrizione non sia indispensabile: secondo la Corte di cassazione, la prova è offerta direttamente dalle registrazioni, mentre la trascrizione serve solo per facilitare l'uso del materiale fonico, rendendone più agevole la consultazione<sup>110</sup>.

Come i due procedimenti d'acquisizione speciali che ormai conosciamo, anche l'istituto che stiamo esaminando ora si riallaccia alle "disposizioni-matrice" che consentono il patteggiamento sulle prove; anche in questo caso, perciò, le questioni interpretative che sorgeranno potranno essere affrontate traendo ispirazione dagli orientamenti che si sono formati intorno agli artt. 431 co. 2 e 493 co. 3. C'è tuttavia un tema per il quale si può fin d'ora prevedere che la risposta dovrà essere diversa: quello posto dall'accordo al quale partecipino solo alcune delle parti.

In linea generale, la soluzione metodologicamente più corretta è nel senso che gli accordi "bilaterali" siano ammissibili ma non vincolino i dissenzienti<sup>111</sup>. Nel caso del patteggiamento sui brogliacci, però, si tratterebbe d'una soluzione impraticabile: se l'imputato Tizio accetta il brogliaccio mentre il coimputato Caio pretende la trascrizione peritale, allegare al fascicolo per il dibattimento il riassunto d'una comunicazione che comunque dovrà essere trascritta integralmente dal perito servirebbe a poco ed anzi potrebbe essere fuorviante. Certo, in linea teorica potremmo anche immaginare un processo con mille conversazioni che riguardano Tizio (favorevole al brogliaccio) ed una che riguarda Caio (favorevole alla trascrizione con perizia); in circostanze simili, restringere l'incarico peritale all'unico colloquio invocato da Caio porterebbe un risparmio. Ma l'esempio è soprattutto scolastico; nella

---

<sup>109</sup> Cfr. D. Pretti (*La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto?*, cit.), sia pure con la precisazione secondo cui «un successivo dissenso sarà ammissibile soltanto a fronte di argomentate doglianze, comunque mai generalizzate all'intero plesso delle registrazioni ma relative a specifici progressivi di cui il difensore lamenti una documentata inattendibilità dell'operato degli inquirenti».

<sup>110</sup> Cass. 19.6.1992, p.m. in proc. Serra, in *ANPP* 1993, 474; Id. 4.5.1993, Bozzi, *ivi* 1994, 134; Id. 5.10.1994, Celone, *ivi* 1995, 219; Id. 20.4.1995, Pizzolante, in *RP* 1996, 52; Id. 22.5.1998, Abate, *ivi* 2000, 18; Id. 6.10.2000, Ippolito, *ivi* 2001, 419; Id. 19.2.2002, Panella, in *GD* 2002 (22), 82; Id. 9.10.2002, Galimberti, *ivi* 2003 (10), 86; Id. 10.10.2003, Isidori, *ivi* 2004 (6), 65.

<sup>111</sup> La tesi, a quanto risulta, risale a Trib. Piacenza, 21.2.2000, Cremonini ed altri, in *CP* 2001, 1633, con nota di P. Palladino, *Prime riflessioni in tema di acquisizione concordata di atti e documenti*, ed è largamente seguita anche in dottrina; per tutti, F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup>, Milano 2012, 917.

maggior parte dei casi non succederà così, e del resto potrebbe essere complicato distinguere a priori le comunicazioni che serviranno solo per Tizio da quelle che potrebbero toccare Caio. In definitiva, la soluzione migliore è nel senso che il patteggiamento sui brogliacci pretenda l'unanimità; in caso di dissensi, bisognerà trascrivere tutto con le forme della perizia.

Questo non significa che la disposizione verrà messa nel dimenticatoio, anche perché la locuzione «con il consenso delle parti» non pare abbastanza robusta da poter funzionare come argine contro gli abusi. Tornano alla mente le vicende che interessarono la disciplina della *cross examination* nel dibattimento davanti al giudice monocratico: con l'entrata in vigore del nuovo codice, molti pretori vissero come un'umiliazione la perdita d'un ruolo attivo nella conduzione dell'esame e tentarono di resistere sfruttando lo spiraglio lasciato aperto dall'art. 567 co. 4, che permetteva loro d'interrogare direttamente i testimoni purché vi fosse «l'accordo delle parti»; e così, per un certo periodo capitò che, all'apertura dell'udienza dibattimentale, le parti apprendessero con sorpresa che, in virtù d'un fantomatico accordo fra loro intercorso, l'esame dei testimoni sarebbe stato condotto dal giudice. L'abolizione dell'ufficio di pretura fu l'occasione per correre ai ripari: la disciplina odierna (frutto della l. 16.12.1999, n. 479) permette anch'essa che l'esame sia condotto direttamente dal tribunale monocratico, ma subordina l'eventualità ad una condizione più severa, ossia ad una «concorde richiesta delle parti» (art. 559 co. 3).

L'esperienza avrebbe dovuto insegnare qualcosa; il legislatore avrebbe fatto meglio ad adottare una formula più rigorosa anche per il patteggiamento sui brogliacci.