

INTERCETTAZIONI E INCIDENTE *DE LIBERTATE*

di Elena Valentini

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

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un cammino a tappe: il rafforzamento del diritto di difesa nel rito cautelare personale. – 3. Intercettazioni e incidente *de libertate* nella giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) precedente alla “riforma Orlando”. – 4. Il recente percorso di riforma: i pedagogici (velleitari?) interventi sugli artt. 291 e 292 Cpp. – 5. Impiego cautelare delle intercettazioni e diritto di difesa: dalla “riforma Orlando” alla “Bonafede”. – 6. L’attuale fisionomia dell’art. 293 Cpp e i suoi rapporti con il precedente diritto pretorio.

1. Nell’esaminare il rapporto tra intercettazioni e procedura *de libertate*, è opportuno partire da una premessa, tanto ovvia quanto indispensabile, dando conto di come tale rapporto chiami in causa due diversi ordini di questioni: da un lato, la necessità di impedire (o quantomeno di limitare il più possibile) che l’innescò dell’incidente cautelare possa contribuire a un’indebita lesione del diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti dall’attività captativa; dall’altro, l’esigenza di tutelare il diritto di difesa in un rito incidentale che si instaura tipicamente (ancorché non inevitabilmente) in fase d’indagine, e dunque in un momento governato dal segreto investigativo e che di regola precede la procedura acquisitiva delle intercettazioni.

Al primo riguardo, è noto come la sovraesposizione mediatica dell’ordinanza cautelare (al pari della relativa richiesta) abbia spesso favorito la divulgazione anche di informazioni non attinenti all’oggetto delle indagini¹. Come vedremo, questo fenomeno spiega gran parte delle novità apportate dalla recente riforma, a partire da quelle che hanno investito gli artt. 291 e 292 Cpp: novità, queste ultime, già coniate nel 2017, e riproposte pressoché identiche anche con la “riforma Bonafede”.

Quanto al secondo fronte problematico, l’intento di assicurare alla persona sottoposta a misura cautelare personale adeguati strumenti di difesa dinanzi a un uso “precoce” delle intercettazioni si pone all’origine di una vicenda molto più travagliata e complessa. Da sempre, infatti, le garanzie difensive nell’incidente *de libertate* devono confrontarsi sia con il ricorrente impiego dei cosiddetti “brogliacci di ascolto” sia con la necessità di evitare che la caduta del segreto investigativo, conseguente al deposito prescritto dall’art. 293 Cpp, possa frustrare il diritto alla riservatezza.

¹ Il perverso fenomeno è risaputo, e non a caso era posto al centro delle raccomandazioni espresse dal C.S.M. nella circolare sulla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione*, del 29 luglio 2016, 9 e 15.

Come vedremo, per fronteggiare quest'ultimo inconveniente, la novella del 2017 aveva scelto di istituire una procedura acquisitiva speciale, destinata a operare proprio nel caso di utilizzo delle intercettazioni ai fini cautelari. Sennonché, come buona parte delle innovazioni introdotte dalla "riforma Orlando", anche questa è stata abbandonata: la procedura acquisitiva speciale non è infatti stata riproposta né dal d.l. 30.12.2019 n. 161 né con la l. 28.2.2020 n. 7. Nondimeno, alcune ulteriori modifiche introdotte sin dal 2017, talvolta rivisitate, sono comunque rimaste.

Compito di queste pagine è illustrare la genesi e il significato dell'assetto definitivamente scaturito dal complessivo percorso di riforma, partendo dalle sue premesse più risalenti².

2. Le novità ultime si collocano nel solco di un'evoluzione più ampia, che, prescindendo per ora dallo specifico tema delle intercettazioni, ha visto il progressivo rafforzamento dei diritti conoscitivi della difesa in seno all'incidente *de libertate*³.

Limitandosi a un riepilogo meramente funzionale a comprendere la disciplina odierna, questo percorso – sviluppatosi grazie a una virtuosa sinergia tra diritto positivo e diritto giurisprudenziale – ha visto una prima e fondamentale tappa nella l. 8.8.1995 n. 332. Oltre a rimodulare la composizione del *dossier* cautelare (obbligando il pubblico ministero a includervi tutti gli elementi favorevoli alla persona sottoposta alle indagini, oltre alle eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate), tale novella ha infatti stabilito che gli atti trasmessi insieme alla richiesta *ex art. 291 Cpp* debbano essere depositati nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari (insieme all'ordinanza applicativa della misura) affinché la difesa possa prenderne visione una volta eseguito il provvedimento.

La modifica all'art. 293 Cpp – destinata a rimanere circoscritta all'incidente cautelare personale – ha realizzato un progresso importante per il rito *de libertate*⁴, oltretutto permettendo di eliminare la significativa porzione di impugnazioni difensive promosse solo per guadagnare l'accesso agli atti posti alla base del provvedimento restrittivo (fenomeno che tuttora caratterizza le dinamiche della procedura cautelare reale, rimasta sul punto invariata)⁵.

² Come noto, l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra i diversi interessi in campo preesiste alle vicende che, nell'ultimo triennio, hanno investito la disciplina delle intercettazioni.

³ Sul tema, in generale, v. L. Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova 2012.

⁴ G. Giostra, *Art. 10 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in Aa. Vv., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova 1995, 141 ss.

⁵ Quella riforma ha toccato il solo incidente cautelare personale, dando inizio a una dualità normativa che, con gli anni (e alla luce di quanto si dirà nel testo) non ha fatto che accentuarsi. Per la procedura cautelare reale vale tuttora quanto era previsto, nella versione originaria del codice, anche per il procedimento applicativo delle misure cautelari personali: la *discovery* sul fascicolo che accompagna la richiesta di sequestro è garantita solo in conseguenza della proposizione del riesame o di un'altra impugnazione cautelare.

A seguire, il Giudice delle leggi ha ulteriormente arricchito il novero delle garanzie: attraverso una doverosa messa a punto, la sentenza costituzionale 24.6.1997 n. 192 ha infatti espressamente sancito il diritto, per il difensore, di «estrarre copia, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura cautelare, anche della richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati con la stessa»⁶.

L'attenzione riservata all'accesso agli atti ha creato le premesse per un ulteriore sviluppo, questa volta ascrivibile alla giurisprudenza di legittimità: dopo anni di chiusura, con un'importante pronuncia le Sezioni unite hanno infatti riconosciuto – a chiare lettere e senza esitazioni – la nullità dell'interrogatorio di garanzia che non sia stato preceduto dal doveroso deposito della documentazione posta a sostegno della richiesta ex art. 291 Cpp⁷. Tale pronuncia ha dunque valorizzato i rapporti tra le singole scansioni del procedimento applicativo delle misure cautelari personali, constatando la strumentalità della *discovery* a una ponderata partecipazione difensiva all'interrogatorio ex art. 294 Cpp.

In questo solco – scavato un po' alla volta dal legislatore, dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione – il Giudice delle leggi è nuovamente intervenuto, con la sentenza 10.10.2008 n. 336, accordando alla difesa dell'indagato l'accesso diretto alla traccia fonica delle captazioni poste a sostegno dell'ordinanza cautelare personale.

3. La sentenza 336/2008 costituisce uno spartiacque decisivo per chi intenda concentrarsi sui rapporti tra procedura cautelare e disciplina delle intercettazioni.

Per coglierne il senso occorre partire dal dato empirico: visto che la procedura acquisitiva e la trascrizione delle intercettazioni operano in un momento assai più

⁶ Corte cost., 24.6.1997 n. 192, in *Gcos* 1997, 1876, con note di G. Di Chiara, *Deposito degli atti e "diritto alla copia": prodromi del contraddittorio e garanzie difensive in una recente declaratoria di incostituzionalità*, e di G. Ranaldi, *"Discovery" completa ed effettività della difesa nei controlli de libertate*, e in *RIDPP* 1997, 1015, con nota di A. Giarda, *Un'altra tessera di garantismo per la libertà personale dell'imputato*. L'assetto normativo su cui è intervenuta la pronuncia si caratterizzava infatti per il riconoscimento del solo diritto di prendere visione degli atti racchiusi nel fascicolo, non esplicitando la possibilità di estrarne copia.

⁷ Cass. S.U. 28.6.2005, Vitale, che si può leggere in *CP* 2005, 3260, con nota di L. Giuliani, *Nullità dell'interrogatorio "di garanzia" per omesso deposito degli atti ex art. 293 co. 3 Cpp: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*, nonché in *DPP* 2006, 865, con nota di S. Cultrera, *Deposito dell'ordinanza cautelare e interrogatorio di garanzia*. Tale effetto viziante era già stato prospettato da G. Giostra, *op. cit.*, 143, e aveva fatto capolino nella giurisprudenza di legittimità con le pronunce Cass. 17.1.2003, Brunetto, in *CP* 2004, 2924, nonché Cass. 5.4.2002, Scintu, *ivi* 2004, 187, con nota di E. Valentini, *Deposito del dossier cautelare e interrogatorio di garanzia*.

A questa decisione delle Sezioni unite ne è poi seguita un'altra, che ha ribadito il medesimo principio anche rispetto al rito cautelare che si innesti in seno alla procedura di convalida dell'arresto o del fermo: Cass. S.U. 30.9.2010, G., in *CP* 2011, 890 ss., con nota di M. Lo Giudice, *Sull'ostensione al difensore del dossier cautelare in sede di convalida: l'overruling delle Sezioni unite ripristina il contraddittorio effettivo*; a commento della medesima sentenza v. anche M. Pinna, *Le incerte dinamiche della discovery cautelare sulla convalida dell'arresto o del fermo*, *ivi* 2011, 1792.

avanzato rispetto a quello in cui generalmente viene esercitata l'azione cautelare, la prassi ha risolto tale disallineamento temporale consentendo l'impiego dei cosiddetti "brogliacci di ascolto" quale materiale su cui fondare l'iniziativa dell'accusa. Rispetto alla mole (talora imponente) di registrazioni, i brogliacci sono del resto molto più semplici da consultare: da parte tanto del giudice destinatario della richiesta (spesso premuto dall'esigenza di decidere in tempi brevi), quanto del difensore della persona sottoposta alle indagini (su cui incombe la serrata cronologia che scandisce le tappe procedurali successive all'esecuzione dell'ordinanza cautelare).

Come noto, dinanzi a tale contesto la sentenza costituzionale 336/2008 optava per il compromesso: da un lato sdoganando la discutibile prassi di affiancare alla domanda cautelare i soli brogliacci di ascolto⁸; dall'altro riconoscendo l'obbligatorietà del deposito delle bobine a vantaggio della difesa, ma solo ove quest'ultima ne faccia espressa richiesta. La declaratoria di illegittimità costituzionale investiva dunque l'art. 268 Cpp, nella parte in cui non prevedeva che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza ex art. 292 Cpp, il difensore possa «ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate»⁹.

Con la sua scelta, la Corte finiva per legittimare un singolare scarto di conoscenze, ponendo il giudice per le indagini preliminari in una condizione cognitiva paradossalmente più povera rispetto a quella assicurata tanto al pubblico ministero quanto al difensore della persona sottoposta alle indagini che abbia solertemente sfruttato la possibilità di accesso riconosciuta dal Giudice delle leggi¹⁰.

Secondo la pronuncia, il diritto all'estrazione di copia magnetica delle registrazioni deve ritenersi confinato alle sole conversazioni e comunicazioni poste alla base del provvedimento restrittivo, e il cui contenuto è stato rivelato a seguito della loro presentazione da parte del pubblico ministero. In tal modo, la Corte ha negato l'esistenza di un diritto difensivo di accedere all'intero compendio probatorio

⁸ In precedenza, la dottrina non aveva mancato di stigmatizzare (giustamente) tale prassi: «anche in mancanza di una vera trascrizione, si dispone pur sempre di risultanze conoscitive più attendibili del brogliaccio: le registrazioni» (così, fra gli altri, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 253).

⁹ Stando alla sentenza, la possibilità, per il pubblico ministero, di depositare solo i brogliacci «non può limitare il diritto della difesa ad accedere alla prova diretta», neppure in un sub-procedimento, quello cautelare, durante il quale deve attuarsi il contraddittorio (seppur «differito») e in cui l'esplicazione del diritto di difesa è quanto mai essenziale. È evidente, infatti, che ascoltare per intero le comunicazioni intercettate è cosa ben diversa dalla lettura delle sommarie trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria. Sono gli stessi giudici costituzionali a rilevare che «risultano spesso rilevanti le intonazioni della voce, le pause, che, a parità di trascrizione dei fonemi, possono mutare in tutto o in parte il senso di una conversazione». Da qui la declaratoria di illegittimità costituzionale che ha investito l'art. 268 Cpp, per contrasto con il capoverso dell'art. 24 e il principio di parità delle parti sancito dal secondo co. dell'art. 111 Cost.

¹⁰ Il dato era stato segnalato, fra i primi, da G. Illuminati, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, in *Gcos* 2008, 3765.

risultante delle captazioni fino a quel momento svolte, salvaguardando dunque la possibilità, per l'organo inquirente, di preservare il segreto investigativo (ed eventualmente di tutelare la riservatezza rispetto a conversazioni ininfluenti per l'accertamento) sul materiale a disposizione ma non inserito nel fascicolo ex art. 291 Cpp¹¹.

Com'era facile prevedere, la sentenza costituzionale ha generato una cospicua serie di questioni interpretative e applicative, dovute all'assenza di una disciplina attuativa della pronuncia, che, già all'indomani della decisione, avrebbe reso opportuno un intervento del legislatore¹². In particolare, tra i nodi che la Corte non aveva sciolto (né avrebbe potuto sciogliere) spiccavano quello dei tempi (della richiesta difensiva di accesso alle fonia e della relativa messa a disposizione da parte del pubblico ministero) e quello delle conseguenze sanzionatorie nel caso di diniego all'accesso alle registrazioni eventualmente sollecitato dalla difesa.

Tali interrogativi sono stati affrontati dalla successiva giurisprudenza di legittimità, ed hanno trovato una risposta – importante ancorché non del tutto risolutiva – nel 2010, con la nota pronuncia “Lasala” delle Sezioni unite¹³.

Dopo aver identificato nel pubblico ministero l'autorità a cui domandare copia delle registrazioni (dato peraltro già desumibile dalla pronuncia costituzionale¹⁴), la decisione ha innanzitutto ribadito l'esistenza dell'obbligo, in capo a tale organo, di mettere a disposizione della difesa i soli supporti relativi alle intercettazioni poste a

¹¹ Viceversa, sempre stando alla Corte, «le esigenze di segretezza per il proseguimento delle indagini e le eventuali ragioni di riservatezza sono del tutto venute meno in riferimento alle comunicazioni poste a base del provvedimento restrittivo, il cui contenuto è stato rivelato a seguito della presentazione da parte del pubblico ministero, a corredo della richiesta, delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria» (critico con questa affermazione G. Illuminati, *op. cit.*, 3763, secondo cui «ciò è indubbiamente vero per le esigenze di segretezza delle indagini, ma non altrettanto per la riservatezza»).

¹² In tal senso v. già G. Pierro, *Ancora incertezze giurisprudenziali sull'accesso difensivo alle intercettazioni telefoniche utilizzate in sede cautelare*, in *DPP* 2012, 472, e C. Santoriello, *Diritto alla copia della traccia fonica: tanto rumore per nulla*, in *GI* 2011, 716. Sulle questioni emerse a seguito della sentenza costituzionale 336/2008, si vedano fra gli altri L. Milani, *Problemi aperti in tema di diritto del difensore ad ottenere la copia delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate poste a fondamento di una misura cautelare* (in nota a Cass. 16.7.2009 n. 29386, in *CP* 2010, 2759 ss.), L. Pistorelli, *Accesso difensivo alle registrazioni delle intercettazioni, tra limiti normativi ed evoluzione tecnologica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15.1.2012, M. Simonato, *Violazione del diritto di ottenere copia delle registrazioni di comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione di un provvedimento cautelare: quali conseguenze?* (in nota a ord. GIP Trib. Catanzaro, 9 maggio 2009, in *GM* 2010, 1645 ss.).

¹³ Cass. S.U. 22.4.2010, Lasala, in *CP* 2010, 461 ss.; a commento, fra gli altri, v. P. Gaeta, *Le sezioni unite dopo l'intervento della Consulta dettano il catalogo della garanzia difensiva*, *GD* 2010 (28), 79, nonché L. Milani, *Sul diritto del difensore alla piena conoscenza delle risultanze delle intercettazioni utilizzate nel procedimento cautelare: le Sezioni unite non sciolgono tutti i dubbi*, in *CP* 2011, 482.

¹⁴ L. Milani, *op. ult. cit.*, 483. Tuttavia, la giurisprudenza aveva mostrato incertezze: ad esempio Cass. 6.11.2008, Mamone, in *CEDCass.*, m. 241608 aveva individuato nel giudice e non nel pubblico ministero l'organo a cui rivolgere l'istanza per aver copia delle registrazioni.

sostegno dell'azione cautelare. Nel dire ciò, ha tuttavia svolto un'importante precisazione, assegnando al pubblico ministero il compito di "ripulire" le conversazioni registrate da rilasciare in copia al difensore (che ne faccia istanza) dalle porzioni di dialogo estranee ai fatti oggetto di indagine¹⁵.

Quanto agli aspetti operativi (tutt'altro che secondari), preso atto che la situazione normativa creatasi dopo l'intervento della Corte costituzionale non consente di stabilire con precisione entro quale termine la richiesta difensiva debba essere soddisfatta, le Sezioni unite hanno concluso che la copia va rilasciata «in tempo utile» per rendere fattivo l'accesso in seno alla procedura di riesame; sul problema a monte (anch'esso cruciale), la pronuncia era (altrettanto inevitabilmente) generica, limitandosi a indicare che la sollecitazione del difensore – strumentale a rendere possibile la verifica dell'effettiva corrispondenza tra il contenuto cartaceo e quello auditivo – deve essere «tempestiva»¹⁶.

Una volta ricevuta l'istanza (e sempre che questa sia appunto tempestiva)¹⁷, il pubblico ministero dovrà mettere concretamente a disposizione i supporti magnetici delle conversazioni, così da garantire l'esercizio del diritto di difesa all'udienza *ex art.* 309 Cpp. Questo profilo merita particolare attenzione: con una posizione che sarebbe stata costantemente ribadita anche nella giurisprudenza seguente, il giudice di legittimità ha infatti mostrato di considerare l'istanza di accesso alle bobine in una prospettiva funzionale al solo giudizio di riesame¹⁸, e dunque non anche alla

¹⁵ In tal modo, la pronuncia si discosta dall'affermazione (già riportata alla nota n. 11) secondo cui, una volta che le comunicazioni siano state poste a base dell'ordinanza cautelare, rispetto ad esse «le eventuali ragioni di riservatezza sono del tutto venute meno» (per tale osservazione v. L. Milani, *op. cit.*, 484.). Ad ogni buon conto, è certo che tale "ripulitura" ben potrebbe essere svolta prima (all'atto di presentare la domanda cautelare), e non dopo l'emissione dell'ordinanza *ex art.* 292 Cpp (in tal senso P. Maggio, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, 2018, 285 ss.).

¹⁶ Ciò ha conseguentemente determinato incertezze, anche in dottrina. Ad esempio, a commento di Cass. 24.6.10, Vinci, in *CEDCass.*, m.248548, che ha qualificato tardiva una richiesta di trasposizione delle registrazioni presentata meno di quarantott'ore prima dell'udienza fissata davanti al tribunale del riesame, la dottrina ha espresso valutazioni difformi: critica verso la pronuncia N. La Rocca (*Nota in tema di copia fonica delle intercettazioni*, in *GI* 2011, 1167); viceversa adesivo S. Sau (*Niente accesso alle intercettazioni se l'istanza del difensore non è tempestiva*, in *DPP* 2011, 329).

¹⁷ Se non lo è, il pubblico ministero dovrà darne atto nel giustificare il suo diniego, offrendo congrua motivazione circa l'impossibilità di fornire le bobine in tempo utile.

In tal caso, le Sezioni unite escludono categoricamente la possibilità, per la difesa, di ottenere una dilazione della data dell'udienza.

¹⁸ Con specifico riferimento all'appello *ex art.* 310 Cpp promosso dal pubblico ministero contro il provvedimento di diniego della richiesta cautelare, v. Cass. 25.1.2018, Novella, in *C.E.D.Cass.*, m. 273784, e che si può leggere anche in www.archiviopenale.it 2018 (2), con nota di A. Testaguzza, *Diritto di difesa e appello cautelare: Conferme e smentite da Piazza Cavour*.

preparazione dell'interrogatorio di garanzia (o, in ipotesi, di una richiesta di revoca o di sostituzione della misura cautelare, ex art. 299 Cpp)¹⁹.

Sempre secondo la pronuncia, l'eventuale inottemperanza (come pure l'ottemperanza tardiva) del pubblico ministero dà luogo a una nullità a regime intermedio, per violazione del diritto all'intervento dell'imputato²⁰. Ciò posto, la grande originalità della soluzione delle Sezioni unite sta proprio nella descrizione degli ulteriori aspetti sanzionatori. Dopo aver escluso che l'impedito accesso alle fonie possa sfociare nella nullità dell'ordinanza cautelare («legittimamente fondata sugli atti a suo tempo prodotti a sostegno della richiesta del pubblico ministero») o nella sua perdita di efficacia (che si realizza solo in ipotesi tassativamente previste dalla legge), e dopo aver altresì scartato che l'inerzia del pubblico ministero possa rendere inutilizzabili *tout court* le intercettazioni, la sentenza "Lasala" riconduce alla violazione del diritto difensivo un vizio nel procedimento di acquisizione della prova²¹. Questa, in particolare, è la nota costruzione concettuale descritta nella decisione: premesso che il diniego delle registrazioni genera una nullità di ordine generale a regime intermedio (art. 178 lett. c), da tale nullità, verificatasi all'interno dell'incidente cautelare, discende l'inutilizzabilità endoprocedimentale dei risultati delle intercettazioni, che opera in seno alla sola procedura cautelare e deve essere eccepita dinanzi al tribunale della libertà²². Con tale soluzione, la pronuncia ha dunque isolato un'ipotesi di inutilizzabilità derivata tutta interna al sistema cautelare, così contribuendo ad accentuare la sensazione di trovarsi di fronte ad un sottosistema autonomo²³.

¹⁹ In tal senso, v. Cass. 17.4.2013, Conte, in *CEDCass.*, m. 256461; Cass. 28.5.2015, Palma, *ivi*, m. 263729.

²⁰ Secondo la pronuncia, tale nullità andrebbe eccepita necessariamente davanti al tribunale della libertà, non potendo essere lamentata per la prima volta in cassazione.

²¹ Non erano mancate ricostruzioni diverse, tanto in dottrina (in particolare, A. Corbo, *Il diritto di conoscere il contenuto integrale delle intercettazioni impiegate per un provvedimento cautelare personale*, in *CP* 2009, 874, aveva prospettato la possibile nullità degli atti compiuti dopo i cinque giorni dalla presentazione della richiesta di accesso; dello stesso avviso anche G. Sola, *Le intercettazioni telefoniche tra "nuovi" assetti cautelari e "diritto di difendersi provando"*, in *DPP* 2010, 583) quanto in giurisprudenza (secondo Cass., 10.11.2009, Campolo e altri, in *CEDCass.*, m. 245688, la violazione del diritto all'accesso ai supporti magnetici è causa di nullità del procedimento di riesame per violazione del diritto all'intervento dell'imputato; v. anche Cass. 3.11.2009, Kasa, *ivi*, m. 245407).

²² A fronte di questa inutilizzabilità, il tribunale del riesame dovrà quindi procedere alla cosiddetta prova di resistenza.

Come noto, le Sezioni unite hanno concluso il proprio percorso decisorio attraverso un *excursus* dedicato al giudicato cautelare, affermando che, in caso di annullamento dell'ordinanza cautelare da parte del tribunale della libertà (proprio in conseguenza della inutilizzabilità, e in forza della prova di resistenza), nulla vieta al pubblico ministero di riproporre la richiesta ex art. 291 Cpp, allegandovi non solo i brogliacci, ma anche i supporti magnetici: nel caso di mancata produzione delle registrazioni con la prima domanda, per il pubblico ministero e il giudice sarà possibile rispettivamente sollecitare e disporre l'applicazione della misura senza incorrere nel giudicato cautelare.

²³ In particolare, secondo la sentenza "Lasala" tale violazione del diritto di difesa non inficia l'attività di ricerca della prova e il relativo risultato conoscitivo, in sé considerati. Semplicemente (e secondo un meccanismo che

Nel completare l'opera inaugurata con la sentenza 336/2008, le Sezioni unite hanno adottato una soluzione che salvaguarda il diritto di difesa senza smentire quanto affermato dalla Corte costituzionale in ordine all'ortodossia del ricorso ai soli brogliacci di ascolto in sede cautelare. Tuttavia, tale articolata ricostruzione ha inevitabilmente rimesso alla casistica la valutazione circa la tempestività della richiesta difensiva e della relativa risposta del pubblico ministero, consegnando alla discrezionalità del singolo giudice anche il riscontro di conseguenze sanzionatorie che sarebbe stato preferibile fissare legislativamente, e in termini di rigorosa tassatività.

Dopo la sentenza Lasala, la giurisprudenza non ha subito particolari scossoni, essendosi limitata a ribadirne i contenuti, pur con alcune puntualizzazioni piuttosto responsabilizzanti per la difesa²⁴.

Questo, per sommi capi, è lo stato dell'arte stratificatosi e consolidatosi rispetto alla disciplina vigente fino a oggi. Su tale panorama si sono inserite le novità qui in commento.

4. Il percorso evolutivo appena riepilogato non poteva che intersecarsi con le prospettive *de iure condendo* in materia di intercettazioni. Ciò era chiaro fin dalle premesse, ove si consideri l'indicazione racchiusa nell'art. 84 lett. a della l. 12.7.2017, n. 103 rivolta al legislatore delegato: «prevedere disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni [...] e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'art. 15 Cost., attraverso prescrizioni che

per certi aspetti ricorda quello disegnato dai commi 1 e 3 dell'art. 195 Cpp), la richiesta difensiva deprivava il dato di definitiva valenza probatoria all'interno del procedimento cautelare; tale valenza probatoria però "risorge" ove l'istanza di accesso ai file audio venga poi assecondata dal pubblico ministero.

²⁴ Sebbene in scia a quanto stabilito dalle Sezioni unite, la giurisprudenza successiva tende ad esempio a pretendere che, per essere accolta, l'istanza difensiva di copia dei file audio debba specificare che «l'ascolto, ovvero il rilascio di copia delle registrazioni, ha ragioni di urgenza in quanto finalizzato alla trattazione dell'udienza già fissata dinanzi al tribunale del riesame, potendo l'istanza avere anche il diverso scopo di predisporre e presentare una richiesta di revoca o sostituzione della misura» (così, recentemente, Cass. 14.5.2019, Sepe, in *CEDCass.*, m. 277016; in precedenza, la S.C. non aveva però mancato di esprimersi in senso opposto: v. Cass. 6.6.2014, Risi e altri, *ivi*, m. 261240, nonché in *DPP* 2015, 590, con nota di A. Zampaglione, *Una nuova verifica della natura "incondizionata" del diritto di accesso del difensore ai files audio in ambito cautelare*). Ancora: secondo alcune pronunce, «non grava sul pubblico ministero alcun obbligo di comunicazione al difensore dell'indagato del provvedimento con cui ha deciso sull'istanza di accesso alle registrazioni delle intercettazioni telefoniche utilizzate per l'adozione di una misura cautelare, essendo onere dello stesso difensore informarsi dell'eventuale accoglimento ovvero del rigetto della suddetta istanza o anche solo della sua mancata considerazione» (così Cass. 7.10.2011, Romeo, in *CEDCass.*, m. 250848, che si può leggere anche in *GI* 2012, 1900, con una nota di V. Bosco, *L'accesso della difesa alle intercettazioni telefoniche utilizzate in sede cautelare: un diritto davvero "incondizionato"?*). Infine, stando a un (peraltro non granitico) filone giurisprudenziale, la difesa deve ritenersi onerata non solo della prova di aver tempestivamente fatto richiesta di accesso ai file audio, ma anche della prova dell'omissione o del ritardo del pubblico ministero dinanzi a tale richiesta (v. ad es. Cass. 24.4.2012, Nania, in *CEDCass.*, m. 253215).

incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni [...]»²⁵.

In ossequio a tale direttiva, la “riforma Orlando” del 2017 è intervenuta su due diversi fronti: da un lato, apportando una serie di modifiche agli artt. 291 e 292 Cpp, dedicati rispettivamente alla composizione del *dossier* cautelare e ai contenuti della domanda e dell’ordinanza applicativa della misura; in secondo luogo, con una scelta innovativa e dai contenuti non sempre perspicui, il d.lgs. 29.12.2017 n. 216 decideva di inserire un procedimento acquisitivo delle intercettazioni destinato ad operare in seno all’incidente *de libertate*.

Allo scopo di descrivere la disciplina definitivamente varata, è utile dar conto, sia pure per sommi capi, anche dei singoli passaggi che hanno scandito l’evoluzione delle prospettive di modifica a partire dalla riforma del 2017.

Concentriamoci, per ora, sui soli cambiamenti che avevano investito gli artt. 291 e 292 Cpp, e che sono stati riproposti (salve minime variazioni) anche con la l. 7/2020.

Un primo intervento operato nel 2017 – che sarebbe sparito nella versione varata con il d.l. 161/2019 salvo poi tornare *in auge* con la relativa legge di conversione – ha ritoccato l’art. 291 Cpp, nella parte in cui regola il contenuto del fascicolo da presentare al giudice insieme alla richiesta cautelare. In particolare, e conformemente alla direttiva impartita dal legislatore delegante, con il d.lgs. 216/2017 il pubblico ministero si è visto esplicitamente riconoscere la possibilità di sottoporre al giudice i «verbali di cui all’art. 268 co. 2 Cpp, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti»²⁶. Ciò nell’ambito di una disposizione che comunque permette all’accusa di scegliere quali fra gli atti a carico porre a fondamento della propria iniziativa, imponendogli però (quale ideale contrappeso all’assenza di contraddittorio anticipato che contraddistingue il procedimento *de libertate*) di produrre tutti gli elementi favorevoli all’imputato.

Come osservato in dottrina²⁷, oltre a identificare un invito a un uso “responsabile” delle intercettazioni in sede cautelare, già nell’articolato del 2017 il precetto era in linea

²⁵ Per una dettagliata critica alle indicazioni del legislatore delegante, v. L. Giuliani, in Aa. Vv., *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra-R. Orlandi, Torino 2018, 37.

²⁶ L’indicazione racchiusa nell’art. 84 lett. a, n. 1, della legge delega, era più verbosa: «ai fini della selezione del materiale da inviare al giudice a sostegno della richiesta di misura cautelare, il pubblico ministero, oltre che per necessità di prosecuzione delle indagini, assicuri la riservatezza anche degli atti contenenti registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo ovvero contenenti dati sensibili ai sensi dell’art. 4 co. 1 lett. d del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, che non siano pertinenti all’accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini, ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei». Ad ogni modo, la traduzione normativa operata dal legislatore, decisamente più concisa, ha comunque ottemperato alla prescrizione del delegante (v. in tal senso D. Potetti, *Intercettazioni e misure cautelari nel d. lg. n. 216 del 2017*, in CP 2019, 1197 s.).

²⁷ F. Caprioli, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle*

con la prassi e con la giurisprudenza consolidatesi nel corso degli anni, stando alle quali al pubblico ministero è accordata la possibilità di produrre i (soli) brogliacci di ascolto: il riferimento al secondo comma dell'art. 268 è infatti chiaro in tal senso, visto che la disposizione, nel definire il contenuto del verbale (e dunque da leggersi in combinato disposto con l'art. 89 NAttCp), stabilisce che in esso «è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle conversazioni intercettate».

Tale scelta è stata riproposta anche dalla l. 7/2020.

Nell'esplicitare quanto già sancito dalla Corte costituzionale, la riforma pare tuttavia essersi spinta oltre. Infatti, lungi dal contemplare la semplice facoltà, per il pubblico ministero, di allegare i soli verbali ex art. 268 co. 2 Cpp, la modifica impressa all'art. 291 Cpp sembra addirittura avergli prescritto tale *modus operandi*, obbligandolo a limitarsi a tale inserimento senza che gli sia consentito produrre anche i relativi file audio.

Sul punto, tutto sta nel modo in cui s'intenda la disposizione racchiusa nell'art. 291 co. 1 Cpp («il pubblico ministero [...] presenta gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi i verbali di cui all'art. 268, co. 2, [...]»): se come una norma concessiva – che (in linea con la giurisprudenza pregressa) accorda al pubblico ministero la scelta di presentare i soli verbali, senza precludergli di produrre anche le fonie – o come una norma prescrittiva, che quindi chiama tale organo a limitarsi a produrre esclusivamente i brogliacci²⁸.

Un'esegesi sistematica della disciplina induce a privilegiare la seconda opzione²⁹, poiché più in linea con la rimozione della procedura acquisitiva “special-cautelare” (di cui si dirà nel prossimo paragrafo) e con la volontà legislativa di salvaguardare effettività al sistema dell'archivio digitale, in ossequio a una disciplina che assicura la possibilità di tracciare (registrandoli) tali accessi.

In proposito va segnalata una piccola – ma significativa – variazione nel testo definitivamente approvato: la l. 7/2020, nel riproporre la prescrizione già introdotta con il d.lgs. 216/2017, ha infatti aggiunto l'inciso «e comunque conferiti nell'archivio di cui all'art. 269». La formulazione che ne deriva, pertanto, è questa: «le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli

intercettazioni, in CP 2020, 1411.

²⁸ Salva la possibilità, come vedremo (in particolare nel § 6), di accesso all'archivio tanto da parte del difensore quanto, ancor prima, del giudice chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare.

²⁹ Anche se, va detto, molti commentatori (tanto della riforma del 2017 quanto di quella del 2020) sembrano aderire all'altra possibile esegesi: la norma *consentirebbe* al pubblico ministero di allegare i soli brogliacci di ascolto, lasciandogli comunque la possibilità di allegare anche le relative registrazioni (v. ad esempio F. Caprioli, *op. cit.*, 1412 s., o la Relazione su novità normativa n. 35/2020, 23 marzo 2020, redatta dall'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte Suprema di Cassazione, 44). Nel senso prospettato da chi scrive v. già A. Cabiale, *L'acquisizione delle intercettazioni con procedura di controllo giudiziale: ritorni al passato e nuove lacune*, in *Dinternet* 2020 (3, supplemento), 41.

elementi su cui la richiesta si fonda, compresi i verbali di cui all'art. 268, co. 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti e comunque conferiti nell'archivio di cui all'art. 269». Sulla scorta della specificazione, pare ragionevole concludere che, «al momento del deposito della richiesta cautelare, il pubblico ministero dovrà produrre al g.i.p. le intercettazioni rilevanti e di cui intende avvalersi, le quali, al contempo, dovranno confluire nell'archivio destinato a custodirle»³⁰. Riflettendoci, l'innesto identifica un argomento a sostegno della tesi che considera obbligatoria la trasmissione dei soli brogliacci di ascolto, senza che sia concesso allegare anche i file audio cui essi si riferiscono; certo, l'argomento sarebbe senz'altro più forte se la specificazione, anziché quel «conferiti», avesse racchiuso la parola «conferite»: così esprimendosi, il testo sarebbe infatti stato più chiaro nell'indicare la diversa collocazione fisica dei verbali (destinati al *dossier* cautelare) e delle registrazioni (viceversa destinate all'archivio riservato). E tuttavia è legittimo ritenere che, con tale aggiunta, il legislatore abbia voluto precisare quest'obbligo: il pubblico ministero (comunque tenuto a trasmettere i decreti autorizzativi delle intercettazioni, come pure quelli di proroga e di convalida, così da garantire al giudice cautelare la possibilità di un controllo sulla legittimità del ricorso allo strumento captativo)³¹ può accompagnare all'azione ex art. 291 Cpp i soli brogliacci di ascolto; le relative registrazioni, che non possono essere incluse nel fascicolo cautelare, vanno contestualmente conferite nell'archivio digitale³².

Pur ossequiosa del diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti dalle captazioni, questa scelta genera innegabili inconvenienti, essendo davvero improbabile che il giudice per le indagini preliminari possa frequentemente scegliere di recarsi all'archivio riservato per ascoltare in prima persona le registrazioni cui si riferiscono i brogliacci di ascolto³³.

³⁰ Così la Relazione su novità normativa n. 35/2020, cit., 44. Invece, secondo 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 marzo 2020, «va rilevato però come l'intervento operato sul primo comma dell'art. 291 Cpp appaia, per certi versi, equivoco, posto che presuppone che la trasmissione dei verbali delle intercettazioni rilevanti abbia ad oggetto quelli (già) conferiti nell'archivio mentre, sia nel caso di operazioni ancora in corso all'atto della richiesta cautelare avanzata dal pubblico ministero sia in caso di autorizzazione al ritardato deposito, bisogna ritenere che il conferimento non possa che avvenire soltanto in un momento successivo rispetto a quello del deposito della richiesta di emissione di misura cautelare».

³¹ In tal senso v. Relazione su novità normativa n. 35/2020, cit., 45. Sulla giurisprudenza fiorita sul punto (che vede tuttora una tappa fondamentale nella pronuncia Cass. S.U. 27.3.1996, Monteleone, in *CP* 1996, 2913), v. l'accurata ricostruzione di A. Camon, *Art. 268*, in *Commentario Illuminati-Giuliani*³, Milano 2020, 1124 ss.

³² È questa la tesi (condivisa da chi scrive) di A. Cabiale, *op. cit.*, 41.

³³ Non a caso, le Linee guida predisposte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino (che si possono leggere in *QuestG* 19 aprile 2016, 4) indicavano al rappresentante dell'accusa di non limitarsi ad allegare i soli brogliacci di ascolto, ma di inserire nel fascicolo cautelare anche i file audio: «sarebbe auspicabile che i magistrati procedenti avessero esaurito tutte le indagini necessarie e conseguenti alle conversazioni registrate

Sempre intervenendo sul primo comma dell'art. 291 Cpp, il legislatore del 2017 sollecitava il pubblico ministero a svolgere uno *screening* preventivo, onde scoraggiare la prassi di inserire nel fascicolo tutto il materiale intercettato fino a quel momento³⁴. Questo è il significato del richiamo alla *rilevanza*; un richiamo rimasto tuttora, visto che, malgrado l'innovazione concernente la composizione dell'incartamento fosse sparita con il d.l. 161/2019, la stessa è riapparsa con la legge di conversione³⁵.

Quello appena segnalato non identifica il primo intervento legislativo sulla composizione del fascicolo cautelare, che – come abbiamo ricordato – già nel 1995 è stato al centro dell'attenzione legislativa. Immessa nella struttura sintattica del primo comma dell'art. 291 Cpp, la nuova indicazione sembra investire la sola scelta degli atti a sostegno della domanda: essa si colloca infatti nella prima parte della frase, non sembrando dunque riferibile anche all'obbligo di accompagnare alla richiesta «tutti gli elementi a favore dell'imputato». Di conseguenza, la mancata specificazione del requisito della rilevanza anche rispetto agli elementi favorevoli alla posizione dell'indagato potrebbe fondare una lettura più largheggiante, stando alla quale, in presenza di intercettazioni ipoteticamente favorevoli alla difesa, la selezione preliminare dovrebbe non operare³⁶. Del resto, è indubbio che il requisito della rilevanza può essere apprezzato dal pubblico ministero essenzialmente dal proprio punto di vista, e dunque in una prospettiva accusatoria; imporre la stessa valutazione anche per gli elementi a discarico a un inquirente ancora all'oscuro della strategia difensiva potrebbe infatti rivelarsi troppo penalizzante per le esigenze conoscitive dell'imputato³⁷.

[...] prima dell'inoltro al giudice competente delle eventuali richieste di misure cautelari, in modo da non precludere ai difensori l'accesso effettivo e la conoscenza – nella misura più ampia possibile – dei contenuti di tutte le comunicazioni acquisite agli atti del procedimento».

³⁴ Così L. Giuliani, *op. ult. cit.*, 50, nonché S. Renzetti, *Una riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e soft law*, in www.la legislazione penale.eu, 4 aprile 2018, 61. Su questo "inconveniente" v. già V. Grevi, *Le intercettazioni come mero "mezzo di ricerca" di riscontri probatori?*, in *CP* 2009, 848, nonché A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova 2011, 163.

³⁵ Il richiamo alla rilevanza oggi presente nell'art. 291, co. 1 (come pure, più in generale, tutte le variazioni apportate agli artt. 291 e 292 Cpp di cui subito si dirà) è in linea con il nuovo testo dell'art. 268, co. 2 *bis* Cpp, che, nella sua stesura definitiva (invero alquanto edulcorata rispetto alle precedenti versioni affacciate nel complesso *iter* di riforma) obbliga il pubblico ministero a dare indicazioni e a vigilare «affinché nei verbali non siano riportate le espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini».

³⁶ Sembra orientarsi in questa direzione anche A. Cabiale, *op. cit.*, 41.

³⁷ In senso opposto, la natura non così stringente del requisito della rilevanza, unita all'esigenza di interpretare l'innesto normativo conformemente alla sua *ratio*, potrebbe anche indurre a ritenere che il pubblico ministero debba limitarsi *in generale* ad evitare allegazioni irrilevanti rispetto alla regiudicanda cautelare. Sul punto C. Parodi-N. Quaglino, *La nuova riforma delle intercettazioni (d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv. con modif. l. 28 gennaio 2020, n. 7)*, Milano 2020, 39.

Al netto di ciò, e come già osservato in dottrina a proposito delle novità approvate (e rimaste sulla carta) nel 2017, il vaglio del pubblico ministero «diviene ora duplice»³⁸: non solo egli può sottrarre alla procedura cautelare atti a carico dell'imputato nell'ottica di salvaguardare il segreto investigativo, ma oggi deve anche evitare di produrre quelli che la legge gli impone di mantenere riservati³⁹.

È arduo ritenere che l'inosservanza dell'invito all'impiego responsabile delle intercettazioni possa sfociare in una qualche conseguenza sanzionatoria. Certamente, è impossibile ricavare dal sistema un effetto di natura processuale, non risultando prospettabili né la nullità né l'inutilizzabilità⁴⁰; al massimo, potranno immaginarsi ricadute extraprocessuali, fondamentalmente di natura disciplinare.

Eppure, l'intento legislativo è chiaro: responsabilizzare entrambi i protagonisti del procedimento *de libertate*, «costringendo il pubblico ministero ad effettuare un vaglio a monte ed il giudice a compiere una verifica effettiva, il cui esito dovrà essere la restituzione al primo dei colloqui non rilevanti o inutilizzabili, per la conservazione nell'archivio riservato»⁴¹.

Alla medesima logica si sono ispirate due ulteriori variazioni – racchiuse nel comma 1 *ter* dell'art. 291 e nel comma 2 *quater* dell'art. 292 – che hanno investito il contenuto narrativo della richiesta e dell'ordinanza cautelare, prescrivendo rispettivamente a pubblico ministero e giudice di riprodurre «soltanto i brani essenziali» delle comunicazioni e delle conversazioni intercettate, e solo qualora ciò risulti necessario; necessario, segnatamente, «per l'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi» (così si esprime la seconda delle due disposizioni).

Tali variazioni, introdotte sin dal d. lgs. 216/2017, sono state puntualmente riproposte in tutte le successive tappe del complesso *iter* concluso dalla l. 7/2020⁴².

Il comma 1 *ter* dell'art. 291 Cpp individua una novità assoluta, identificando l'unica prescrizione legislativa concernente il contenuto narrativo della richiesta cautelare: un atto che, sebbene cruciale (al di là del suo ruolo propulsivo, essa spesso costituisce il

³⁸ Così L. Giuliani, *op. ult. cit.*, 50, rispetto alle novità varate nel 2017, poi riproposte anche con la novella qui in commento.

³⁹ Nel suo complesso, la disciplina del primo comma dell'art. 291 Cpp (che appunto impone all'organo inquirente di produrre tutto quanto risulti favorevole alla posizione della persona sottoposta alle indagini) destina al pubblico ministero regole non sempre facili da conciliare; ciò potrà tradursi nella tendenza a una lettura estensiva del requisito della rilevanza, che con ogni probabilità verrà inteso come “non manifestamente irrilevante”: per tale osservazione, oltre a L. Giuliani, *op. ult. cit.*, p. 50 s., v. le Linee guida predisposte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino, cit., 4.

⁴⁰ L. Giuliani, *op. ult. cit.*, 53.

⁴¹ S. Renzetti, *op. cit.*, 61.

⁴² Questa simmetria di interventi contribuisce a evidenziare la tendenza, da parte del giudice cautelare, di riversare nel testo dell'ordinanza i contenuti motivazionali (peraltro non espressamente regolamentati dall'art. 291 Cpp) dell'istanza promossa dall'accusatore. E ciò al netto dello specifico obbligo di autonoma valutazione esplicitamente prescritto dalla legge 16.4.2015, n. 47.

compendio dell'intera attività investigativa condotta dagli organi inquirenti, delineando la strategia d'accusa che caratterizzerà l'intero procedimento), non risulta minimamente regolamentato nei suoi contenuti.

Entrambi gli innesti marcano un evidente salto di qualità: se la composizione del fascicolo *de libertate* deve limitarsi a includere le comunicazioni e le conversazioni *rilevanti*, domanda e ordinanza cautelare potranno racchiudere la citazione dei soli brani *essenziali*, e sempre che ciò risulti *necessario*.

La funzione del duplice precetto ben si coglie alla luce della possibilità di pubblicare il provvedimento applicativo della misura cautelare: una possibilità che era già pacifica prima dell'interpolazione⁴³, e che oggi è stata messa nero su bianco dal secondo comma dell'art 114 Cpp, sebbene con la necessità di coordinare tale regola e il successivo comma 2 *bis*, che vieta la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non (ancora) acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415 *bis*⁴⁴.

Palese è il nesso tra le modifiche agli artt. 291 e 292 e il riconoscimento (superfluo⁴⁵) della pubblicabilità dell'ordinanza cautelare, cui si accompagna anche la piena – e opinabilissima – pubblicabilità della relativa richiesta⁴⁶: debitamente depurati dalle intercettazioni irrilevanti, i due atti vengono evidentemente considerati innocui rispetto al pericolo di indebite compressioni del diritto alla riservatezza.

Benché lodevole negli intenti, il duplice intervento sugli artt. 291 e 292 Cpp, da un lato velleitario, dall'altro non ha comunque mancato di suscitare fondate riserve: la valorizzazione grafica dei soli brani essenziali, estrapolati da un contesto più complessivo, può infatti renderne difficile l'interpretazione, specie considerando la

⁴³ Per tutti, G. Giostra, *Processo penale e informazione*², Milano 1989, 337 s.

⁴⁴ Una lettura plausibile è nel senso che la pubblicazione dell'ordinanza cautelare debba accompagnarsi con l'impiego degli *omissis* in corrispondenza non solo dei brani testualmente riprodotti ma anche dell'indicazione, ancorché parziale, del contenuto delle intercettazioni.

⁴⁵ V. già F. Caprioli, *op. cit.*, 1410.

⁴⁶ Sul punto, si segnala la scelta (introdotta con la "riforma Orlando" e riproposta anche con la "Bonafede"), di estendere la disciplina più rigorosa del segreto (di cui al primo comma dell'art. 329 Cpp) alle «richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste». Infatti, per come si esprime la disposizione, la domanda cautelare è destinata a rimanere estranea al raggio del segreto. Doppia critica in proposito, fra gli altri, G. Giostra (in *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in Aa. Vv., *Nuove norme*, cit., 129), secondo cui tale omissione è controproducente non solo in un'ottica di efficienza (non essendo la richiesta ex art. 291 Cpp coperta da segreto neppure prima dell'esecuzione dell'ordinanza cautelare), ma anche nella prospettiva di tutelare la riservatezza, essendo «liberamente divulgabili le conversazioni irrilevanti indebitamente allegare alla richiesta, prima che il giudice possa estrometterle e inviarle all'archivio riservato». Una simile lacuna rischia infatti di vanificare il modo in cui è stata costruita l'interferenza tra impiego probatorio delle intercettazioni e disciplina del procedimento *de libertate*, e sulla quale ci soffermeremo *infra*, nel prossimo paragrafo.

serrata cronologia dell'incidente cautelare, che di certo non agevola l'effettivo accesso diretto ai file audio (da parte tanto del giudice quanto della difesa⁴⁷)⁴⁸.

Anche a tale proposito, non si prospettano ricadute sanzionatorie⁴⁹: a conferma di una tendenza piuttosto ricorrente in materia cautelare, il precetto sembra rivestire una funzione squisitamente pedagogica.

Assai arduo, poi, è immaginare una lettura analogica di tali prescrizioni rispetto agli omologhi atti che scandiscono la procedura applicativa delle misure cautelari reali⁵⁰: malgrado il sempre più rilevante impatto pratico del ricorso al sequestro preventivo, la lacuna alimenta la sensazione di un atteggiamento miope da parte di un legislatore sempre più raramente attento alle implicazioni di sistema⁵¹.

5. A questa prima serie di innovazioni, volte a rafforzare (non si sa quanto efficacemente) la tutela della riservatezza, la "riforma Orlando" ne affiancava altre, più radicali, e che, a differenza di quelle appena passate in rassegna, non sono state riproposte nell'assetto definitivamente varato nel 2020.

Lo scopo di tale secondo fronte di intervento era proteggere le prerogative difensive per l'ipotesi in cui i risultati delle intercettazioni vengano riversati nel rito *de libertate*, al contempo impedendo la propalazione di materiale probatorio non rilevante e potenzialmente pregiudizievole del diritto alla riservatezza.

In tale prospettiva, l'esigenza di conciliare l'impiego incidentale delle intercettazioni con l'impossibilità di riferire all'incidente cautelare – improntato all'effetto sorpresa – le ordinarie scansioni del rito allora disegnato dagli artt. 268, 268 *bis*, 268 *ter* Cpp (rito mai entrato a regime) aveva indotto il legislatore del 2017 a

⁴⁷ Su questo aspetto v. *infra*, § 6.

⁴⁸ Per questa osservazione v. già A. Camon, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, in AP 2017 (2), 7, C. Parodi-N. Quaglino, *op. cit.*, 40, nonché G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in DPenCont 2018 (1), 183 e P. Rivello, *Il procedimento acquisitivo delle intercettazioni e l'archivio riservato presso il pubblico ministero*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino 2018, 94.

⁴⁹ «Condivisibile l'intento, non del tutto convincente la soluzione. Se si è inteso dettare una prescrizione vincolante, manca un presidio sanzionatorio per la violazione della regola; assenza forse dovuta alla consapevolezza che il confine tra brani essenziali e brani non essenziali è estremamente mobile»: così, testualmente, a commento delle corrispondenti innovazioni già racchiuse nel d.lgs. n. 216/2017 (mai entrato in vigore), G. Giostra, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in RIDPP 2018, 544. Nello stesso senso v. S. Renzetti, *op. cit.*, 62.

⁵⁰ In proposito v. le osservazioni di L. Giuliani, *op. ult. cit.*, 54 s.

⁵¹ La dualità cui prima si faceva cenno a commento della riforma del 1995 (che aveva investito il solo art. 293 Cpp, lasciando "indietro" le garanzie difensive nell'incidente cautelare reale) era stata enfatizzata a seguito della sentenza costituzionale 336/2008, che (peraltro in linea con la natura incidentale del sindacato di costituzionalità), nel dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 268 Cpp, aveva fatto esclusivo riferimento alle «registrazioni di comunicazioni telefoniche poste a fondamento di una misura cautelare *personale* già eseguita».

costruire una procedura acquisitiva *ad hoc*, destinata a operare, durante le indagini preliminari, prima di quella prevista in via ordinaria⁵².

Malgrado tale disciplina non sia mai entrata in vigore, è comunque utile richiamarne i tratti salienti, così da inquadrare la complessiva evoluzione che è sfociata nell'assetto odierno. Il quadro normativo di riferimento era composito e di non agevole ricostruzione, poiché articolato in disposizioni topograficamente distanti e coordinate tra loro in modo non cristallino.

Innanzitutto, così come ora, anche nell'impianto delineato dal d.lgs. 216/2017 al pubblico ministero veniva concesso di accompagnare la richiesta *ex art.* 291 Cpp con i verbali *ex art.* 268 co. 2 Cpp limitatamente alle comunicazioni e conversazioni «rilevanti». Tuttavia, a differenza di oggi, tale iniziativa era destinata a innescare una procedura finalizzata ad acquisire le intercettazioni rilevanti, e preposta a operare ogniqualvolta la domanda cautelare fondata sul materiale frutto di captazione avesse trovato effettivo accoglimento⁵³. L'architrave di questo meccanismo era costituito dal comma 1 *bis* dell'art. 92 NAttCpp: una disposizione presente (e rimasta pressoché identica) anche nell'articolato scaturito dalla l. 7/2020, ma che, calata nel mutato contesto complessivo, oggi acquisisce una portata assai diversa da quella che le era affidata nel d.lgs. 216/2017.

La previsione assegnava – e tuttora assegna – al giudice cautelare il compito di restituire al pubblico ministero, «per la conservazione nell'archivio riservato [ora archivio digitale] di cui all'art. 89 *bis* NAttCpp, gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute non rilevanti o inutilizzabili». Sennonché, in quello scenario normativo al precetto faceva da *pendant* il primo comma dell'art. 268 *ter* Cpp, secondo cui «l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni utilizzate, nel corso delle indagini preliminari, per l'adozione di una misura cautelare è disposta dal pubblico ministero, con inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi nel fascicolo di cui all'art. 373 co. 5». Stando al combinato disposto delle due previsioni appena menzionate, il materiale scaturito dalle intercettazioni unito alla domanda cautelare, se ritenuto rilevante e utilizzabile dal giudice destinatario dell'istanza, era destinato a confluire nel fascicolo delle indagini preliminari; viceversa, quello ritenuto non tale era “spedito” all'archivio riservato.

Le ragioni dell'instaurazione del procedimento acquisitivo “special-cautelare” erano state giustamente ricondotte, oltre che a finalità di economia processuale, anche

⁵² Infatti, nel caso – non troppo ricorrente nella prassi – in cui la misura fosse applicata nel corso del giudizio, avrebbe trovato applicazione la disciplina ordinaria (così D. Pretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina delle intercettazioni*, in *DPenCont* 2018 (1), 205).

⁵³ Nel caso di rigetto, tale procedura non avrebbe infatti trovato applicazione (sia per ragioni testuali, insite nell'impiego della parola «adozione», sia per l'inutilità di dover far scattare questa procedura acquisitiva speciale). V. in tal senso L. Giuliani, *op. ult. cit.*, 50, e D. Pretti, *op. ult. cit.*, 205.

alla progressiva centralità assunta dall'incidente *de libertate*, così gravido di ripercussioni sulla procedura di merito⁵⁴: l'importanza e la delicatezza della valutazione cui è chiamato il giudice investito della domanda *ex art. 291 Cpp* è tale da aver evidentemente indotto il legislatore del 2017 a sfruttare questa tappa per un vaglio non circoscritto ai soli fini cautelari, ma anche (sebbene non in modo definitivo e completo) per stabilire una suddivisione tra materiale acquisito e materiale destinato all'archivio poiché ritenuto irrilevante o inutilizzabile dal giudice della cautela⁵⁵.

Tale disegno rappresentava «un quadro assai complesso, derivante dalla differente dislocazione riservata a verbali e registrazioni all'esito della procedura decisionale»⁵⁶ operata dal giudice. Infatti, quattro erano le possibili destinazioni fisiche del materiale concernente le intercettazioni dopo il vaglio giudiziale sollecitato *ex art. 291 Cpp*: i materiali non allegati alla domanda cautelare restavano nella esclusiva disponibilità del pubblico ministero; i verbali *ex art. 268 co. 2 Cpp* e le relative registrazioni ritenute irrilevanti o inutilizzabili dal giudice confluivano nell'archivio riservato *ex art. 89 bis NAttCpp*; i verbali *ex art. 268 co. 2 Cpp* viceversa ritenuti utilizzabili e rilevanti dal giudice venivano depositati nella relativa cancelleria, ai sensi dell'*art. 293 Cpp*; infine, le registrazioni delle comunicazioni ritenute rilevanti dal giudice venivano acquisite dal pubblico ministero al fascicolo delle indagini, *ex art. 268 ter, co. 1, Cpp*.

Questo, di conseguenza, era l'articolato panorama delle possibilità conoscitive accordate al difensore, che, pur non avendo la possibilità di accedere al materiale non allegato alla richiesta cautelare, poteva: prendere visione ed estrarre copia dei verbali *ex art. 268, co. 2, Cpp* ritenuti rilevanti dal giudice accedendo alla cancelleria di quest'ultimo; ascoltare le registrazioni conservate nell'archivio riservato (poiché ritenute non rilevanti dal giudice cautelare sebbene allegate alla richiesta *ex art. 291 Cpp*), senza diritto di estrarne copia; ottenere copia dei file audio nella disponibilità del pubblico ministero (e inseriti nel fascicolo delle indagini) per le ipotesi in cui tali registrazioni fossero state invece ritenute rilevanti dal giudice⁵⁷.

Nell'assetto scaturito dai ripensamenti del legislatore del 2019-2020, la procedura acquisitiva "special-cautelare" non è più stata riproposta⁵⁸. Ciò emerge da un confronto

⁵⁴ V. A. Camon, *Primi appunti sul nuovo procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, in *AP* 2018 (1), 463. V. anche G. Amato, *In sede cautelare spetta all'accusa la scelta dei "brani"*, in *GD* 2018 (7), 53.

⁵⁵ A. Camon, *loc. ult. cit.*

⁵⁶ Così F. Caprioli, *op. cit.*, 1412.

⁵⁷ Questa ricostruzione è tratta da F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, in *AA. VV., L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. Bene, Bari 2018, 166, e poi ribadita in *Id.*, *La procedura di filtro*, *cit.*, 1412.

⁵⁸ Sembra di contrario avviso A. Cabiale, *op. cit.*, 41. Viceversa, nello stesso senso di chi scrive, v. fra gli altri, F. Caprioli, *La procedura di filtro*, *cit.*, 1413, e L. Filippi, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *DPP* 2020, 456, G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre, n. 161: una nuova occasione persa, tra*

sinottico tra le disposizioni coinvolte, e in particolare dall'eliminazione dell'art. 268 *ter* (e dunque anche del suo comma 1, che appunto incaricava il pubblico ministero di acquisire al fascicolo delle indagini il materiale ritenuto rilevante e utilizzabile dal giudice). Infatti, sebbene, come già anticipato, il comma 1 *bis* dell'art. 92 NAttCp sia stato riproposto più o meno tale e quale – continuando dunque ad affidare al giudice della cautela il compito di restituire al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio di cui all'art. 89 *bis* NAttCp, gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute non rilevanti o inutilizzabili – la potatura dell'art. 268 *ter* (e dunque anche del suo primo comma) assegna alla disposizione attuativa un significato distante da quello originario: la cernita cui è comunque chiamato il giudice, infatti, non costituisce più l'antecedente logico-giuridico dell'acquisizione del materiale captativo al fascicolo delle indagini.

6. Al netto di questa retromarcia, ci si deve a questo punto concentrare sull'inserimento operato in chiusura del terzo comma dell'art. 293 Cpp: si tratta infatti di una disposizione cruciale per capire in che modo il legislatore ha inteso proteggere il diritto di difesa a ridosso dell'applicazione dell'ordinanza cautelare.

Le metamorfosi subite da questa interpolazione nell'intera parabola di riforma – iniziata con il d.lgs. 216/2017 e conclusasi con la l. 7/2020 – ci consegnano, anche a tale riguardo, una gestazione normativa gravida di ripensamenti. A rischio di appesantire il discorso, sembra opportuno riportare ogni singola tappa di questa scansione, che ha interessato la codificazione del diritto all'accesso (e alla copia) del materiale concernente le intercettazioni in seno al rito *de libertate*.

Come già detto, con il testo varato nel dicembre del 2017 il difensore si vedeva accordata la possibilità di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni intercettate, e si vedeva altresì riconoscere, «in ogni caso», il «diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni»⁵⁹. Tale

discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità, in *SP* 2020 (2), 114.

⁵⁹ Il riconoscimento di questo diritto, esplicitato nel terzo comma dell'art. 293 Cpp, andava naturalmente inquadrato nel contesto complessivo di quella novella, più sopra velocemente abbozzato: un contesto che circoscriveva il diritto alla copia dei verbali e quello alla trasposizione delle relative registrazioni limitatamente al materiale ritenuto rilevante e utilizzabile dal giudice cautelare. Pur nel silenzio della disposizione, questa sembrava in effetti essere la soluzione più in linea con lo spirito del d. lgs. n. 216 del 2017, essendo «punto cardine della riforma l'impossibilità per le difese di ottenere copia delle registrazioni non rilevanti o inutilizzabili» (così D. Pretti, *Prime riflessioni*, cit., 212, secondo cui l'avviso di deposito di cui al citato comma 3, nell'ambito della procedura acquisitiva cautelare, teneva luogo di quello dell'art. 268 *bis* Cpp, consentendo quindi «anche il diritto di libera fruizione di tutto il materiale intercettato, pur limitatamente all'ascolto dei brani secondo quanto stabilito dal citato art. 268 *bis*, co. 2, Cpp»). In senso opposto sembrava però orientato D. Potetti, *op. cit.*, 105, che, appunto partendo dal presupposto che il diritto di copia fosse in tal caso esteso a tutte le comunicazioni e conversazioni intercettate, riscontrava un evidente contrasto rispetto a quanto previsto dalla disciplina della procedura ordinaria.

diritto era naturalmente riconosciuto solo rispetto ai materiali concernenti le «intercettazioni e comunicazioni rilevanti». La difesa avrebbe poi avuto la possibilità di procedere all'ascolto anche delle conversazioni allegare alla domanda cautelare ma ritenute non rilevanti dal giudice per le indagini preliminari: accedendo all'archivio riservato, ma senza diritto di copia⁶⁰.

Con il d.l. 161/2019, l'importante aggiunta al terzo comma dell'art. 293 Cpp spariva (con una scelta che i lavori preparatori sembravano ritenere imposta dall'eliminazione della procedura acquisitiva special-cautelare⁶¹), salvo poi riemergere nella versione definitivamente licenziata in sede di conversione (e dunque con la l. 7/2020), non senza una significativa (e ambigua) modifica: l'inserimento dell'espressione «di cui all'art. 291 co. 1» nell'omologo precetto già presente nel testo licenziato dal legislatore delegato del 2017.

Con tale ritocco, la disposizione così attualmente recita: «il difensore ha diritto di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate *di cui all'art. 291 co. 1*. Ha in ogni caso diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni».

Per comprendere il senso del terzo comma dell'art. 293 Cpp, è utile interrogarsi sulle ragioni che possono aver indotto il legislatore del dicembre 2019 a sopprimerne l'innesto. Infatti, sebbene la rapida reintroduzione del precetto sia probabilmente dovuta anche alla volontà di non interferire platealmente con le indicazioni della sentenza costituzionale 336/2008⁶², la sequenza di riforma appena descritta merita di essere osservata con la dovuta attenzione.

In merito è stata proposta una spiegazione molto persuasiva, che riconduce l'eclissi del precetto alla preoccupazione per gli inconvenienti gestionali suscettibili di scaturire dall'esplicitazione per legge di una facoltà difensiva fino ad oggi riconosciuta (e cesellata) dal solo diritto giurisprudenziale⁶³.

In tal senso va tenuta presente la storia dell'art. 293 Cpp più sopra riepilogata: anche per come inteso dalla giurisprudenza, il rispetto del diritto difensivo alla

⁶⁰ Non così oggi, quantomeno secondo la ricostruzione qui preferita, su cui si tornerà *infra*, nel testo.

⁶¹ V. Relazione illustrativa sul d.d.l. di conversione in legge del d.l. 30.12.2019 n. 161 presentata al Senato, dove si può leggere questo (per la verità non troppo perspicuo) passaggio: «con riferimento all'art. 293, l'intervento ripristina il previgente regime relativo al deposito, dopo l'esecuzione dell'ordinanza cautelare e degli atti sulla base dei quali la stessa è stata adottata, eliminando lo specifico regime dettato dalla riforma del 2017 per i risultati delle intercettazioni» (in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01141231.pdf>, 5).

⁶² Il testo definitivo sembra infatti aver accolto l'indicazione del C.S.M., là dove (nel *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*, delibera del 13 febbraio 2020, 15) stigmatizzava tale scelta come contraria alle indicazioni racchiuse in Corte cost. n. 336/2008. V. anche le critiche espresse sul punto da A. Scalfati, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *AP* 2020 (1), 4.

⁶³ Così F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 1414.

discovery stabilito da tale articolo condiziona la validità dell'interrogatorio ex art. 294 Cpp⁶⁴. Come già osservato, infatti, la pronuncia "Lasala" delle Sezioni unite aveva concentrato la propria analisi sui rapporti tra diniego dell'accesso alle registrazioni e giudizio di riesame, sorvolando sulla prima tappa del contraddittorio cautelare, e in definitiva omettendo di valorizzare l'esistenza di un rapporto strumentale tra diritto alla copia delle registrazioni e interrogatorio di garanzia. Ma in quel caso si era al cospetto di un'interpretazione pretoria indotta dall'intervento della Corte costituzionale sull'art. 268 Cpp; oggi, la modifica investe direttamente l'art. 293 Cpp⁶⁵. Sulla scorta di ciò, la consapevolezza dei possibili corollari di una modifica operata su tale ultima disposizione può aver indotto la prudenza emersa con il d.l. 161/2019, che aveva appunto radicalmente espunto l'aggiunta.

In sintesi: l'analisi diacronica – che appunto ci consegna l'eliminazione (nel 2019) del precetto, subito seguita dalla sua ricomparsa (nel 2020) – senz'altro testimonia la consapevolezza dei compilatori circa le conseguenze potenzialmente invalidanti passibili di scaturire dal rapporto tra il diritto alla *discovery* e l'interrogatorio ex art. 294 Cpp

Come anticipato, osservandone la stesura definitiva, l'interprete deve ora fare i conti con un'enunciazione dell'art. 293 co. 3 Cpp che, a differenza del suo omologo introdotto nel 2017, si è arricchita di un nuovo tassello, con l'inciso «di cui all'art. 291 co. 1».

Di primo acchito, la disposizione sembrerebbe riconoscere il diritto di accesso (e di copia) – tanto ai verbali ex art. 268, co. 2, Cpp quanto alle conversazioni e le comunicazioni cui tali verbali si riferiscono – rispetto a *tutto* il materiale captativo allegato alla domanda cautelare: e dunque anche a quello ritenuto non rilevante, oltre che inutilizzabile, dal giudice sollecitato ad applicare la misura cautelare personale⁶⁶. Secondo l'esegesi più istintiva, infatti, si sarebbe portati a ritenere che gli elementi probatori «di cui all'art. 291 Cpp» siano tutti quelli inclusi nel fascicolo cautelare nel momento in cui l'istanza viene sottoposta al giudice.

Malgrado ciò, tale lettura va confrontata con la *ratio* complessiva della riforma, che è quella di evitare la propalazione di materiale inutilizzabile o irrilevante (e dunque inutilmente lesivo della riservatezza). In questa prospettiva, un argomento contrario a questa lettura (più immediata) può essere ravvisato nell'art. 269 Cpp: disposizione secondo cui, oltre ai verbali e alle registrazioni acquisite al fascicolo delle indagini, «non sono coperti da segreto» anche quelli «*comunque utilizzati* nel corso

⁶⁴ Si allude all'importante impatto della pronuncia Cass. S.U. 28.6.2005, Vitale, di cui s'è detto *retro*, § 2.

⁶⁵ V. le acute osservazioni svolte (rispetto alla disciplina introdotta nel 2017 ma ancora attuali) da L. Giuliani, *op. ult. cit.*, 59 s.

⁶⁶ Così F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 1414, e A. Cabiale, *op. cit.*, 40. In senso contrario (e dunque nello stesso senso di chi scrive) v. però L. Filippi, *op. cit.*, 463.

delle indagini preliminari». Intendendo il riferimento agli atti “utilizzati” nel corso delle indagini preliminari in modo restrittivo, il diritto difensivo alla trasposizione delle fonia andrebbe dunque limitato alle sole intercettazioni effettivamente poste alla base dell’ordinanza cautelare (o comunque ritenute rilevanti e non inutilizzabili dal giudice).

Valorizzando il testo dell’art. 269 Cpp, la specificazione «di cui all’art. 291 Cpp» può essere quindi così apprezzata: il difensore si vede garantiti i diritti menzionati dall’art. 293 co. 3 (e dunque quello all’accesso e alla copia dei verbali *ex art.* 268 co. 2 Cpp, nonché il diritto alla trasposizione delle relative registrazioni) solo rispetto al materiale captativo utilizzabile e rilevante – l’unico che il pubblico ministero può allegare – *e che sia stato ritenuto tale* (utilizzabile e rilevante) anche dal giudice destinatario della domanda cautelare⁶⁷.

Questa soluzione induce comunque a riflettere sulle ragioni che possano aver spinto il legislatore del 2020 a introdurre la specificazione «di cui all’art. 291». Sebbene i lavori preparatori non risultino illuminanti sul punto, con ogni probabilità essa allude al fatto che i diritti conoscitivi esplicitati dal novellato art. 293 co. 3 Cpp investono il solo materiale riversato nell’incidente *de libertate* (e ivi ritenuto rilevante oltre che utilizzabile), e non anche quello che non sia stato sottomesso al giudice cautelare. Così inteso, il nuovo art. 293 co. 3 Cpp a maggior ragione risulta coerente con la volontà, manifestata dal pubblico ministero, di preservare il segreto investigativo sugli atti “a carico” non presentati insieme alla richiesta. Tale conclusione trova conferma anche nell’ultima parte dell’art. 269 co. 1, che in via generale assicura il diritto all’ascolto delle intercettazioni presso l’archivio digitale solo una volta avviata la procedura acquisitiva, e non prima⁶⁸.

⁶⁷ A ben vedere, questa ipotesi di lettura correttiva sarebbe in linea con il diritto vivente consolidatosi negli ultimi anni. Infatti, nonostante il tenore della sentenza costituzionale 336/2008 induca a ritenere “pieno e incondizionato” l’accesso all’intero materiale intercettato racchiuso nel fascicolo cautelare, stando alla giurisprudenza di legittimità (in particolare, ma non solo, la pronuncia delle Sezioni unite Lasala), al pubblico ministero dovrebbe ritenersi accordato il potere-dovere di rendere disponibili solo i supporti relativi alle conversazioni dalle quali sono stati ricavati gli elementi a sostegno dell’ordinanza cautelare, senza rilasciare file audio concernenti conversazioni non rilevanti. V. ad esempio, fra le altre, Cass. 13.12.2012, Tarantino, in *CEDCass.*, m. 254744.

È vero, il pericolo di produzioni massicce e poco sorvegliate da parte del pubblico ministero dovrebbe ritenersi scongiurato già in virtù delle innovazioni apportate all’art. 291 Cpp, che appunto prescrive al rappresentante dell’accusa di circoscrivere le allegazioni alla domanda cautelare alle comunicazioni e conversazioni «rilevanti». Nondimeno, la questione si pone, specie considerando la natura essenzialmente “pedagogica” (e prima di ricadute sanzionatorie) dell’innovazione apportata al primo comma dell’art. 291 Cpp.

⁶⁸ La disposizione così recita: «al giudice per le indagini preliminari e ai difensori dell’imputato delle parti, successivamente al deposito effettuato ai sensi degli articoli 268 e 415 *bis* o nel caso previsto dall’art. 454, co. 2 *bis*, per l’esercizio dei loro diritti e facoltà è in ogni caso consentito l’accesso all’archivio e l’ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate».

In definitiva, alla difesa dell'imputato non è riconosciuto né il diritto alla trasposizione né (ancor prima) il diritto all'ascolto (presso l'archivio digitale) delle comunicazioni che non siano passate per il duplice vaglio di cui agli artt. 291 e 292 Cpp (svolto rispettivamente dal pubblico ministero e dal giudice).

Il disegno normativo appena faticosamente ricostruito è attento alla riservatezza, ma finisce per comprimere troppo il diritto di difesa, oltretutto amplificando il vizio di fondo che ha sempre contraddistinto l'art. 291 Cpp. Se è infatti vero che tale disposizione, così come riscritta nel 1995, chiama il pubblico ministero a inserire nel *dossier* cautelare tutti gli atti favorevoli alla persona sottoposta alle indagini, è altrettanto vero che a tale obbligo – foriero di una nullità che si riverbera sull'ordinanza applicativa⁶⁹ – non si accompagna alcuna possibilità di reale e tempestivo controllo da parte tanto del difensore quanto del giudice. Proprio per questo, rifacendosi alla soluzione caldeggiata dalle linee guida della Procura di Torino, la dottrina ha prospettato l'opportunità dell'«immediato deposito, a beneficio dei difensori, di tutti i materiali generati dall'attività di intercettazione, ivi compresi quelli non allegati alla richiesta [cautelare], nonché l'immediata attivazione della procedura selettiva ex art. 268 Cpp, per consentire alla difesa di disporre quanto prima anche delle copie delle comunicazioni rilevanti»⁷⁰. Si tratta naturalmente di un suggerimento, non potendo tale scelta dirsi imposta dal dato normativo; ma si tratta anche dell'unica soluzione davvero idonea a salvaguardare la posizione della persona attinta dal provvedimento cautelare⁷¹.

Come più volte ricordato, al diritto alla copia dei verbali ex art. 268 co. 2 Cpp l'ultima frase dell'art. 293 co. 3 abbina quello alla trasposizione delle comunicazioni cui tali verbali si riferiscono. Orbene: se la prima facoltà non pone particolari questioni (potendo essere esercitata presso la cancelleria del giudice per le indagini preliminari), la seconda è più complessa da ricostruire.

Quanto al soggetto cui rivolgersi per la copia delle registrazioni, sebbene la novella nulla specifichi al riguardo (e sebbene l'intervento normativo abbia investito l'art. 293, così facendo immaginare un diritto da esercitare anch'esso presso la cancelleria del giudice per le indagini preliminari), il quadro normativo continua a individuare nel pubblico ministero il destinatario della richiesta: come già abbiamo

Aderisce alla stessa ricostruzione descritta nel testo D. Pretti, *op. ult. cit.*, secondo cui «soltanto a seguito dell'attivazione dell'udienza stralcio oppure – all'esito delle investigazioni – dei meccanismi selettivi di cui agli artt. 415 *bis* e 454 Cpp, il difensore consegue il diritto di ascolto integrale delle intercettazioni».

⁶⁹ Così G. Giostra, *Art. 10 l. 8 agosto 1995, n. 332, cit.*, 143 s.

⁷⁰ Così F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 1413.

⁷¹ V. già F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione*, 166, nota n. 213, in cui si segnala come la soluzione normativa prescelta da legislatore del 2017, e ribadita tale e quale dal legislatore del 2020, si sia posta «per una volta in controtendenza rispetto al “modello Spataro”». Sulle Linee guida, v. *retro*, nota n. 33.

osservato, tale organo deve infatti ritenersi non solo legittimato, ma addirittura obbligato a non allegare alla domanda cautelare anche i file audio (avendo non solo la possibilità ma addirittura l'obbligo di limitarsi ad allegare i soli brogliacci di ascolto). Egli è dunque giocoforza il soggetto cui il difensore dovrà indirizzarsi per ottenere le registrazioni cui afferiscono i verbali prodotti con la domanda ex art. 291 Cpp⁷².

Ciò chiarito, residua qualche riflessione su alcuni aspetti ulteriori, tutt'altro che secondari.

In particolare, un interrogativo investe il riconoscimento o meno della possibilità, per il giudice, di ascoltare le registrazioni concernenti i brogliacci d'ascolto racchiusi nel *dossier* cautelare.

In merito – e benché (quantomeno secondo la tesi più in linea con lo spirito della novella) il testo dell'art. 291 Cpp impedisca al pubblico ministero l'allegazione dei file audio delle comunicazioni intercettate – è preferibile ritenere che il giudice possa accedere all'archivio digitale per procedere all'ascolto delle registrazioni. Stando al tenore dell'art. 269 co. 1 ultima parte Cpp, la soluzione è infatti praticabile⁷³: essa va dunque privilegiata, per ovvie esigenze di garanzia⁷⁴.

Questa lettura consente di superare lo scarto di conoscenze intercorrente tra giudice e parti segnalato all'indomani della sentenza costituzionale 336/2008⁷⁵: uno scarto reso tanto più irrazionale alla luce del fatto che, con la pronuncia "Lasala", le Sezioni unite avevano comunque riconosciuto al tribunale della libertà il potere di imporre al pubblico ministero la trasmissione delle registrazioni cui si riferiscono i brogliacci di ascolto allegati alla domanda cautelare.

⁷² Sembra però orientarsi diversamente L. Filippi, *Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)*, in *Penale. Diritto e procedura*, 8.5.2020, che pare ritenere il diritto esercitabile direttamente presso la cancelleria del giudice cautelare.

⁷³ La disposizione così recita: «al giudice per le indagini preliminari e ai difensori delle parti, successivamente al deposito effettuato ai sensi degli artt. 268 e 415 *bis* o nel caso previsto dall'art. 454 co. 2 *bis*, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà è in ogni caso consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate». Malgrado l'ambiguità della formulazione, secondo chi scrive al giudice per le indagini preliminari – organo che riveste un'importante funzione di garanzia – deve essere riconosciuto l'accesso all'archivio anche prima del «deposito effettuato ai sensi degli articoli 268 e 415 *bis* o nel caso previsto dall'art. 454 co. 2 *bis*». Nell'esegesi della disposizione, questa condizione deve infatti essere riferita non al giudice, quanto piuttosto alle (sole) parti.

⁷⁴ Nello stesso senso di chi scrive si esprimono la Relazione su novità normativa n. 35/2020, cit., 45, A. Cabiale, *op. cit.*, 41, e L. Filippi, *Intercettazioni: habemus legem!*, cit., 462. *Contra* D. Pretti, *op. ult. cit.*, secondo cui «il diritto del giudice per le indagini preliminari e dei difensori delle parti di accedere all'archivio per l'ascolto delle intercettazioni è consentito soltanto dopo il deposito effettuato, a seconda dei casi, ai sensi degli artt. 268, 415-*bis* o 454 Cpp».

⁷⁵ Cfr. *retro*, § 2. Tale scarto di conoscenze è stato ritenuto costituzionalmente ineccepibile da Cass. 5.2.2015, Fiorenza, in *CEDCass.*, m. 263798.

Infine, i profili sanzionatori: un aspetto su cui la ricostruzione del sistema passa inevitabilmente per il confronto tra la nuova disciplina e gli approdi cui era pervenuta la giurisprudenza prima della riforma.

In proposito, resta in primo luogo attuale la soluzione descritta con la pronuncia “Lasala”: oggi come ieri, il diniego della trasposizione delle registrazioni, ora esplicitato nell’art. 293 co. 3 Cpp, continuerà a determinare una violazione del diritto all’intervento dell’imputato, e dunque una nullità a regime intermedio idonea a sfociare nell’inutilizzabilità derivata endoprocedimentale già isolata dalle Sezioni unite.

Da questo primo punto di vista, infatti, la novità positiva non interferisce con gli approdi esegetici cui era pervenuto il diritto vivente. Ciò detto, essa si presta però a elevare il livello di tutela garantito alla difesa: che questa abbia oggi diritto alla copia delle registrazioni «in ogni caso» può infatti essere inteso come un indicatore del «superamento dell’onere di attivazione da parte della difesa per ottenere l’accesso ai supporti fonici»⁷⁶. Così ragionando, dal nuovo art. 293 co. 3 Cpp discenderebbe non solo un preciso obbligo organizzativo da parte dell’organo inquirente, tenuto a predisporre per tempo nella prospettiva di una richiesta difensiva di trasposizione, ma anche il superamento delle questioni applicative in ordine alla determinazione dei tempi della richiesta difensiva all’accesso e della relativa risposta da parte del pubblico ministero.

Non solo. Come già anticipato, l’interpolazione operata direttamente sull’art. 293 Cpp porta a ritenere che l’eventuale mancato rispetto di ciascuna delle prerogative stabilite dal precetto – che garantisce il diritto di copia dei verbali impiegati ai fini cautelari e quello alla trasposizione delle relative registrazioni – possa riverberare i propri effetti invalidanti già sull’interrogatorio di garanzia, secondo quanto ritenuto dalle Sezioni unite Vitale⁷⁷. Se possibile, ciò rende l’onere organizzativo del pubblico ministero ancora più gravoso, imprimendogli una rapidità pressoché impossibile da

⁷⁶ Così S. Renzetti, *op. cit.*, 65.

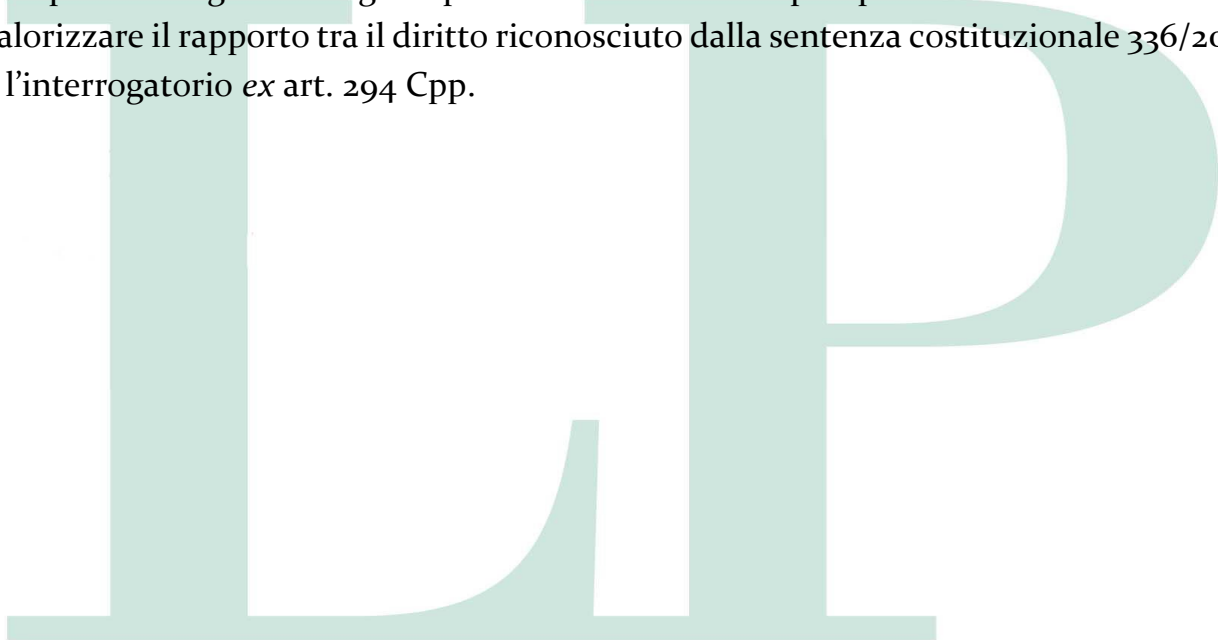
⁷⁷ Valorizzando l’intervento sull’art. 293 Cpp, si potrebbe dunque pervenire a un superamento della giurisprudenza che tuttora riconnette il diritto all’estrazione di copia delle registrazioni (riconosciuto dal giudice delle leggi sin dal 2008) alla sola procedura di riesame o comunque di impugnazione cautelare (così Cass. 17.4.2013, Conte, cit.; Cass. 28.5.2015, Palma, cit., nonché Cass. 14.5.2019, Sepe, cit.; nello stesso senso, v. anche Procura della Repubblica presso il Tribunale di Sondrio, *Linee guida e direttive per l’applicazione delle disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni introdotte in via d’urgenza con il decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161*, consultabili su www.sistemapenale.it, 20.1.2020, 16).

Della stessa opinione espressa nel testo (sia pure rispetto alla disciplina introdotta nel 2017) L. Giuliani, *op. ult. cit.*, 59 ss., che, a commento della disciplina varata con la riforma del 2017, manifestava però fondate perplessità circa un possibile cambio di passo da parte della giurisprudenza appena menzionata.

assecondare ove si ponga mente alle endemiche difficoltà che affliggono le segreterie e le cancellerie degli uffici giudiziari⁷⁸.

Infatti, la circostanza che il diritto alla copia delle fonie debba ritenersi legislativamente circoscritto alle sole registrazioni che il giudice abbia ritenuto rilevanti e utilizzabili si traduce in un compito tutt'altro che agevole da soddisfare "in velocità": onde evitare indebite lesioni del diritto alla riservatezza, subito dopo il vaglio *ex art. 92 co. 1 bis NAttCp* il rappresentante dell'accusa dovrà sollecitamente attrezzarsi operando una cernita dei file audio che corrisponda fedelmente alla selezione giudiziale; una selezione che potrebbe non corrispondere a quella già compiuta dall'inquirente secondo quanto stabilito dall'art. 291 Cpp⁷⁹.

Sulla scorta di ciò, è facile prevedere – e infatti è già stato previsto⁸⁰ – che il salto di qualità insito nell'intervento operato *ex lege* sull'art. 293 Cpp difficilmente condurrà a superare la granitica giurisprudenza che ha sempre pervicacemente evitato di valorizzare il rapporto tra il diritto riconosciuto dalla sentenza costituzionale 336/2008 e l'interrogatorio *ex art. 294 Cpp*.



⁷⁸ L. Giuliani, *op. ult. cit.*, 61.

⁷⁹ Infatti, se anche è vero che tale adempimento potrà essere preparato in via preventiva, e dunque all'atto di presentare la richiesta cautelare, non è da escludere la necessità di una ulteriore e successiva selezione, che prenda atto dell'eventualmente diverso vaglio del giudice cautelare suscettibile di sfociare nella prescrizione di cui all'art. 92 co. 1 *bis*, Cpp V. sul punto le perplessità espresse a suo tempo da D. Potetti, *op. cit.*, 1201.

⁸⁰ Tanto da F. Caprioli, *La procedura di filtro*, cit., 1414 quanto da L. Giuliani, *op. ult. cit.*, 60.