

ANTONIO VELE

Dottore di ricerca in Procedura penale – Università degli Studi di Palermo

Riforma delle intercettazioni, riservatezza e selezione dei dati

The privacy interception reform in the selection process

Il contributo verte su aspetti critici della riforma delle intercettazioni, fornendo anche rilievi in prospettiva *de iure condendo*.

The contribution focuses on critical aspects of the wiretapping reform, providing a reflection in the de iure condendo perspective.

IL SEGRETO IN TEMA DI INTERCETTAZIONI. ASPETTI OPERATIVI.

La riforma delle intercettazioni intervenuta con il d.lgs. n. 216 del 2017¹ (prorogata al 31 dicembre 2019) si colora di aspetti processuali che offuscano l'operatività dello strumento di ricerca della prova. L'antecedente disciplina di quest'ultimo, pur presentando delle lacune in ordine alla tutela effettiva della riservatezza, era da considerarsi più "lineare", quanto al *modus procedendi*, rispetto a quella attuale, specie con riferimento alla disposizione del giudice di acquisire, previa selezione, le «conversazioni o [i] flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, indicate dalle parti, che non appaiono manifestamente irrilevanti», a seguito del deposito dell'integrale materiale intercettativo (art. 268, comma 6, c.p.p. abrogato), nonché in ordine alla successiva necessità di acquisire mediante perizia la trascrizione integrale delle comunicazioni (art. 268, comma 7, c.p.p. abrogato).

In proposito, va sottolineato che la disciplina pre-riforma lambiva l'equilibrio tra l'interesse alla pubblicazione del contenuto dell'atto d'indagine, nel rispetto del diritto di cronaca, e quello dell'indagato, della persona offesa e di terzi estranei alle indagini, in ordine a fatti e circostanze estranee al procedimento penale, ma non lo realizzava fino in fondo, poiché il venir meno del segreto, con il deposito delle intercettazioni, legittimava la pubblicazione del contenuto dell'atto d'indagine senza la (preventiva) dovuta depurazione processuale²; nel caso in cui l'atto, poi, fosse stato utilizzato legittimamente nel corso delle indagini, ad esempio a fondamento di una misura cautelare, cessando la copertura del se-

¹D.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante *Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della legge delega di cui all'art. 1, commi 82,83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103*, in G.U., 11 gennaio 2018, n. 8.

²Un punto di riferimento è rappresentato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 34 del 1973, secondo cui un sistema che autorizzi la divulgazione in pubblico dibattito del contenuto delle comunicazioni non pertinenti al processo violerebbe gli artt. 2 e 15 Cost. In dottrina si era critici sull'efficacia della disciplina previgente in tema di riservatezza e, quindi, di pubblicazione delle conversazioni captate, prospettando il mantenimento del segreto fino allo stralcio e, nel contraddittorio tra le parti, con vincolo di protrazione dello stesso per le comunicazioni irrilevanti non acquisite, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 206, Id., *Art. 268 c.p.p.*, in G. Conso – V. Grevi (a cura di), *Commentario al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2015, p. 1041; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 141, secondo cui la disciplina (pre)vigente è in contrasto con gli artt. 2 e 15 Cost.; sul punto in ordine a delle diverse proposte di riforma, cfr. G. Conso, *Intercettazioni telefoniche, troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 138; G. Giostra, *Limiti alla conoscibilità dei risultati delle intercettazioni: segreto investigativo, garanzie individuali, diritto di cronaca*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del Convegno dell'associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, Giuffrè, 5-7 ottobre 2007, p. 403; V. Grevi, *Le intercettazioni come mero "mezzo di ricerca di riscontri probatori?"*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 848; Id., *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in AA. VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, cit., p. 67; G. Illuminati, *Come tutelare la riservatezza nelle intercettazioni telefoniche*, in *Gazz. giur.*, 1996, f. 17, p. 3; A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 2011, p. 153 ss. e p. 179.

greto e non potendo effettuarsi una selezione anticipata, si reputava opportuno un intervento del legislatore volto a limitare la diffusione del rilevante cautelare.

Prima di analizzare le prescrizioni normative introdotte dalla riforma delle intercettazioni per realizzare un giusto equilibrio tra l'interesse della collettività e l'interesse soggettivo alla non pubblicazione delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti nella fase ordinaria e cautelare, si evidenzia, anzitutto, come il sistema sanzionatorio mostra, ancora oggi, poca incisività repressiva nella situazione di violazione del divieto di pubblicazione (art. 684 c.p.)³ e, quindi, anche le criticabili modifiche intervenute con il decreto legislativo n. 216 del 2017 (al di là della condivisibile intenzione di tutela della *privacy*) non godono, a monte e a valle, di un significativo presidio sanzionatorio a tutela della riservatezza, in rapporto ad elementi di natura privata manifestamente estranei all'oggetto del processo.

Perplessità, in dottrina, si esprimono sia sulla ripermimetrazione normativa del segreto, non essendo questa convincente sotto il profilo della coerenza sistematica, sia sulla restrizione del diritto di cronaca e sulla problematica distinzione tra atto e contenuto pubblicabile⁴.

Al riguardo, il legislatore rimodula l'art. 329, comma 1, c.p.p. prevedendo il segreto processuale anche per «le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste», oltre agli atti d'indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria già protetti prima della modifica del citato articolo, ed aggiungendo, nell'ottica del segreto, nell'art. 114, comma 2, c.p.p., un'eccezione al medesimo, stabilendo la pubblicabilità dell'ordinanza cautelare (liberata dal limite del contenuto pubblicabile), laddove, invece, era (ed è) vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero sino al termine dell'udienza preliminare.

Con l'integrazione normativa del comma 1 dell'art. 329 c.p.p., da una parte, in maniera discutibile si rafforza il segreto processuale sugli atti prodromici allo svolgimento delle indagini⁵, in modo da non vanificare l'efficacia dell'attività investigativa che nel caso delle intercettazioni presenta la componente sorpresa, dall'altra, risulta flebile la segretezza di atti, in quanto questa si sarebbe dovuta estendere non solo ad atti propedeutici (richieste ed autorizzazioni) ad atti investigativi, ma anche alle comunicazioni connesse agli atti dell'area cautelare e anche di atti non legati a quest'ultima, ma che si fondano sulle intercettazioni.

L'intervenuta modifica dell'art. 114 c.p.p., inoltre, presenta slabbrature, nel senso che l'ordinanza cautelare già non era coperta da segreto – una volta venuto meno lo stesso – mentre non è chiaro se la

³G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in G. Giostra – R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 131-132, secondo cui è «senz'altro convincente la soluzione di differire la caduta del segreto con riguardo alle conversazioni captate sino al momento della dialisi giudiziale, in modo da riferirla esclusivamente a quelle ritenute rilevanti per il processo. Delle intercettazioni affatto estranee al processo, quindi, resta sempre vietata la pubblicazione ed il giornalista che dovesse divulgarle incorrerebbe nel reato di cui all'art. 684 (a meno che la pubblicazione, rivestendo nel caso di specie un preminente interesse pubblico, non risulti scriminata dall'esercizio del diritto di cronaca). Ma è proprio rispetto al profilo repressivo che emergono perplessità: il presidio penale è talmente flebile – una contravvenzione oblazionabile – che prostrarre il divieto di pubblicazione a garanzia della riservatezza e punirne la trasgressione con una sorta di “buffetto sanzionatorio” significa in sostanza apprestare una tutela di facciata».

⁴G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, cit., p. 133-134. Sul punto si osserva come *in primis* «si dovrebbe procedere ad una meditata perimetrazione dell'area coperta del segreto: oltre agli atti di indagine della p.g. e del p.m. ed ai neo-introdotti atti di richiesta e di autorizzazione con finalità investigative, si dovrà senz'altro prevedere che anche la richiesta di misura cautelare e l'ordinanza cautelare prima della sua esecuzione o della sua notificazione debbano essere coperte dal segreto». Ancora sarà utile scegliere con chiarezza «il regime che debbono seguire atti che o per essere collegati alle indagini (iscrizione nel registro della notizia di reato, informativa di p.g.) o per una loro carica gratuitamente stigmatizzante (informativa di garanzia) potrebbe essere opportuno includere nell'area della riservatezza investigativa). Per contro, sarebbe estremamente auspicabile rimuovere la restrizione imposta al diritto di cronaca rispetto agli atti non più segreti: il legislatore farebbe bene ad abbandonare la distinzione – operata dall'art. 114 c.p.p. – tra atto (non pubblicabile) e contenuto (pubblicabile) foriera di opacità informativa, senza essere efficace baluardo di eugenetica decisionale».

⁵Sul punto si rinvia a L. Giuliani, *Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento de libertate*, in G. Giostra-R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 38. Secondo l'autrice «nasce una disciplina ambigua nella quale si mescola il segreto investigativo (con le proprie regole satelliti e risultanti dal combinato disposto degli artt. 114 e 329 c.p.p. che hanno retto fin qui un sistema discutibile ma comprensibile) e il segreto para-investigativo di nuova concezione»; inoltre, risulta offuscata, la «ratio della modifica operata sul testo dell'art. 329 c.p.p. che attrae nell'orbita del segreto investigativo le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste»; G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, cit., p. 121 ss.

copertura sussista sulla richiesta e sull'ordinanza prima della sua esecuzione o notificazione⁶.

In quest'ambito la bussola per salvaguardare la riservatezza delle comunicazioni o conversazioni è il divieto di pubblicabilità dell'integrale materiale intercettativo fino all'avvenuta selezione, "al di là della segretezza e non segretezza dei complessivi atti"; tale direzione doveva essere seguita nella fase cautelare, evitando delle incoerenze non comprensibili sul piano del procedimento di selezione delle comunicazioni o conversazioni, allorquando vi è l'utilizzo delle intercettazioni nel procedimento cautelare.

La riforma, in sostanza, muove da questa concezione (non correttamente coordinata con l'ambito cautelare), prevedendo che il segreto venga meno a selezione effettuata e relativamente alle comunicazioni di cui sia stata decretata l'acquisizione, con l'inserimento delle stesse nel fascicolo delle indagini preliminari e la loro conseguente utilizzazione, sempreché non vi siano vizi patologici; il complessivo impianto normativo, però, presentando un attorcigliamento di "passaggi" normativi (regole), fa emergere più di qualche dubbio sul se il legislatore abbia centrato l'essenza del valore selezione, divieto di pubblicazione e sanzioni adeguate alla sua violazione.

I tratti salienti, allora, dell'impianto normativo consistono nell'introduzione nella fase esecutiva delle operazioni del divieto di trascrivere, anche sommariamente, «le comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti», nonché di quelle irrilevanti «che riguardano dati personali sensibili dalla legge». In questi casi nel verbale delle operazioni sono indicate «soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta» (art. 268, comma 2 *bis*, c.p.p.).

A seguito delle operazioni di ascolto la polizia giudiziaria trasmette immediatamente dopo la scadenza del termine indicato nei provvedimenti autorizzativi e di proroga «i verbali e le registrazioni [...] al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio di cui all'art 269, comma 1». Il pubblico ministero, tuttavia, può disporre, con apposito decreto, il differimento dalla predetta trasmissione 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»; con il medesimo decreto, però, il pubblico ministero deve stabilire «le prescrizioni necessarie per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso» (art. 268, comma 4, c.p.p.). Il ritardo di trasmissione della polizia giudiziaria al pubblico ministero, in mancanza di necessità di prosecuzione delle operazioni, dovrebbe determinare una compressione del diritto di difesa nell'alveo del procedimento (artt. 178, comma 1 lett. c), e 180 c.p.p.), visto che il pubblico ministero, entro 5 giorni dalla conclusione delle operazioni, deve avviare la fase di deposito di cui all'art. 268 *bis* c.p.p., sempreché non intervenga l'autorizzazione del giudice a giustificazione del ritardato deposito nel caso di un grave pregiudizio per le indagini (art. 268 *ter*, comma 3, c.p.p.).

La scansione temporale ha valore di garanzia qualora si imbastisca una riflessione tecnico-difensiva a partire già da uno specifico momento processuale. In sostanza la sottrazione di tempo processuale incide sulla anticipata conoscenza e quindi sulla graduale gestione della difesa in rapporto alle scelte nell'ambito del procedimento penale.

Non sono mancate perplessità sul dato che il legislatore non abbia previsto sanzioni ove l'intercettazione venga lasciata alla polizia giudiziaria senza che ve ne fossero le ragioni, con l'osservazione, sia pure con qualche dubbio, di non poter invocare neppure le nullità o inutilizzabilità di carattere generale, con la conseguenza che le prassi trasformeranno l'eccezione in regola, consentendo alla polizia giudiziaria di trasmettere il materiale solo alla fine delle operazioni⁷. Una simile situazione si scontrerebbe anche con la chiara intenzione del legislatore di evitare l'accrescere del rischio di una possibile conoscenza da parte di soggetti perversamente interessati con un'indebita diffusione.

Il pubblico ministero poi, ricevuta la documentazione, la indirizza verso l'archivio riservato; tale archivio rappresenta una condivisibile novità della riforma (al di là di alcuni limiti di cui si dirà successi-

⁶ A questo proposito, per un approfondimento, si rinvia a G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, cit., p. 121 ss., il quale specifica che il legislatore avrebbe dovuto prevedere in maniera esplicita che la richiesta e l'ordinanza cautelare debbono essere coperte dal segreto, fino a quando la seconda non venga eseguita o notificata, in modo da rafforzare o non indebolire lo scopo della riforma, cioè la garanzia della riservatezza; ha lasciato, difatti, «che siano liberamente divulgabili le conversazioni irrilevanti indebitamente allegare alla richiesta, prima che il giudice possa estrometterle ed inviarle all'archivio riservato».

⁷ A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in G. Giostra-R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 78.

vamente), la cui esigenza era avvertita da anni, in quanto la funzione di tale “istituto” è quella di custodire, nell’ottica della segretezza, l’integrale materiale fino allo stralcio e quello non rilevante frutto della separazione; e ciò al fine di garantire la protezione del segreto di quanto custodito nell’archivio, anche con modalità informatiche, la cui direzione e sorveglianza è affidata al procuratore della Repubblica.

L’art. 89 *bis* disp. att. c.p.p., inserito con il d.lgs. n. 216 del 2017, infatti, prevede che nell’istituto archivio riservato sono custoditi «le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono [...]. All’archivio possono accedere, secondo quanto stabilito dal codice, il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, ivi compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all’ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete. Ogni accesso è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati. I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell’archivio, ma non possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti ivi custoditi».

In questa chiave il segreto sugli atti e i verbali delle conversazioni o comunicazioni permane fin quando il giudice non disponga l’acquisizione delle stesse (art. 268 *quater* c.p.p.; art. 269, commi 1 e 1 *bis*, c.p.p.); a questo punto gli atti e i verbali «sono inseriti nel fascicolo di cui all’art. 373 comma 5» (art. 268 *quater*, comma 3, c.p.p.).

Nel fascicolo entrano logicamente anche le registrazioni delle comunicazioni acquisite non coperte più da segreto⁸, come previsto dall’art. 269 *quater*, comma 1 *bis*, c.p.p., giacché senza le medesime mancherebbe la fonte su cui effettuare il controllo e/o comparazione con le comunicazioni risultanti dai verbali ad opera del giudice e delle parti nel corso del procedimento penale, rispettivamente, per consentire al primo di esercitare correttamente la propria funzione giurisdizionale ed alle seconde di potersi avvalere di facoltà e diritti conseguenti, in virtù dello sviluppo processuale (si pensi ad esempio ad un controllo per valutare e/o richiedere la trascrizione delle intercettazioni); quindi, al di là delle imperfezioni tra disposizioni normative (artt. 268 *quater*, comma 3, e 269, comma 1 *bis*, c.p.p.) le registrazioni rilevanti incorporate in un supporto informatico devono essere acquisite ontologicamente al fascicolo, a prescindere dall’art. 268 *quater*, comma 3, c.p.p., in tema di cessazione del segreto, che si riferisce soltanto agli atti e ai verbali delle conversazioni e comunicazioni oggetto di acquisizione.

UN’ANTICIPATA FORMA DI SELEZIONE DELLE COMUNICAZIONI O CONVERSAZIONI.

La non profonda consapevolezza della centralità della selezione successiva al deposito delle intercettazioni e del presidio sanzionatorio al divieto di pubblicazione, sui cui ragionare, nell’ottica dell’equilibrio tra interesse pubblico e individuale, ha spinto il legislatore a creare meccanismi anticipativi di selezione che presentano l’attribuzione di compiti anomali alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero, creando ostacoli all’operatività nella fase esecutiva del mezzo di ricerca della prova, perdendo di vista il fatto che l’unico modo per tutelare la riservatezza sia la costruzione successivamente all’attività intercettativa di una concreta ed efficace fase di separazione, che la riforma non ha realizzato.

Proseguendo per ordine, invero, va detto che è stato previsto che l’ufficiale di polizia giudiziaria, di cui si avvale il pubblico ministero per le operazioni di intercettazione, deve informare preventivamente quest’ultimo con annotazione sui contenuti delle «comunicazioni e conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l’oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardano dati sensibili», sulle quali è stabilito il divieto di non trascriverle sommariamente (c.d. brogliaccio di ascolto) ai sensi dell’art. 268 comma 2 *bis* c.p.p.

L’avverbio «preventivamente» contenuto nell’art. 267, comma 4, c.p.p. pone degli interrogativi sul se

⁸C. Gabrielli, *Dall’esecuzione delle operazioni di ascolto all’acquisizione delle captazioni*, in G. Giostra-R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 27, secondo cui a risolvere il dubbio sul dato normativo, di cui all’art. 268 *quater*, comma 3, c.p.p. che si riferisce agli atti e ai verbali delle conversazioni e comunicazioni e non alle registrazioni, provvede l’art. 269, comma 1 *bis*, c.p.p., che esclude dall’area del segreto tanto i verbali quanto le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni oggetto di acquisizione al fascicolo di cui all’art. 373, comma 5, c.p.p.; F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, in T. Bene (a cura di), *L’intercettazione di comunicazioni*, Bari, Cacucci, 2018, p. 128, l’autore, sul punto, osserva che una conferma la si trae dall’art. 268 *ter*, comma 6, c.p.p. che, riferendosi alla procedura acquisitiva “speciale” regolata nel comma 1, allude a una successiva possibile «eliminazione delle registrazioni [...]dal fascicolo».

l'ufficiale di polizia giudiziaria debba informare preventivamente il pubblico ministero con annotazione dei contenuti non trascritti ovvero debba procedere secondo tale modalità operativa soltanto nei casi di incertezza sulla trascrizione a norma dell'art. 268 comma 2 *bis* c.p.p., interpellando anche il pubblico ministero per la redazione del verbale⁹.

La volontà del legislatore qui è da intendersi che il pubblico ministero debba essere informato con annotazione dalla polizia giudiziaria delle comunicazioni che non saranno trascritte ai sensi dell'art. 268, comma 2 *bis*, c.p.p., in ragione del fondamentale rapporto che intercorre tra pubblico ministero e polizia giudiziaria durante l'attività intercettativa. Il meccanismo è però tortuoso, oltre che di appesantimento e scarsa funzionalità del momento esecutivo, vista la duplicazione di attività e relativi atti, fermo restando che un confronto tra polizia giudiziaria e pubblico ministero e, quindi, un controllo di quest'ultimo, come *dominus* dell'atto d'indagine, è necessario al fine di garantire i diritti fondamentali¹⁰.

Si è prevista una duplicazione di documentazione redatta dalla polizia giudiziaria, come anticipo di tutela della riservatezza, incomprensibile, sia per la macchinosità dell'attività sia per il discutibile, se non paradossale, modo di iniziare ad imbastire la tutela della *privacy* nel corso dello svolgimento di un mezzo di ricerca della prova. Senza contare poi che il parametro della rilevanza stride, in particolare, con lo svolgimento (in atto) delle intercettazioni nel corso delle indagini preliminari.

Come regola di comportamento, tutt'al più, sarebbe stato meglio prevedere una trascrizione sommaria del contenuto delle comunicazioni intercettate utili o inerenti alle indagini, non stabilendo alcuna separazione e relativo divieto, poiché la funzione del brogliaccio di ascolto è (dovrebbe essere) quella di riassumere le captate comunicazioni investigative al fine di agevolare l'ascolto della registrazione, invece che statuire lo svolgimento di una funzione di separazione dei rilevanti elementi d'indagine. Tuttavia, al di là della complicazione sulla fattività della separazione, con la riforma la polizia giudiziaria, in concreto, deve separare il rilevante dall'irrilevante, potere che spetta all'autorità giudiziaria.

Di qui non risulta risolutivo il controllo del pubblico ministero successivo alla trasmissione delle annotazioni che contengono quelle irrilevanti, in quanto la difficoltà per il pubblico ministero di comprendere durante lo svolgimento delle intercettazioni se il dialogo contenuto nelle annotazioni della polizia giudiziaria sia rilevante o meno comporta che lo stesso dovrebbe confrontare i verbali trascritti sommariamente con le annotazioni e soprattutto ascoltare le conversazioni in questione e quelle antecedenti e successive in maniera cronologica¹¹.

Alla polizia giudiziaria, di fatto, viene attribuito un inedito potere di selezione, con un controllo non agevole del pubblico ministero sulla stessa, a prescindere dal fatto che la violazione del divieto di trascrivere l'irrilevante da parte della polizia giudiziaria non comporta alcun effetto sanzionatorio. La mancanza di sanzione è ragionevole, poiché il meccanismo è tortuoso, vista la contestualità delle intercettazioni, oltre che senza concreta utilità: le prassi dimostreranno l'irrazionalità operativa della scelta, in forza della mancanza di fluidità del rapporto che si dovrà instaurare tra pubblico ministero e polizia giudiziaria in tema di separazione nella fase di ascolto delle intercettazioni.

Le comunicazioni o conversazioni non trascritte, quindi, sono riportate nelle annotazioni e il verbale

⁹In argomento, F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, cit., p. 155-156, osserva che «L'unica alternativa è intendere quel preventivamente come riferito alla decisione definitiva – condivisa da polizia giudiziaria e pubblico ministero – di effettuare o non effettuare la trascrizione sommaria. L'art. 267 comma 4 impone all'operatore di informare il pubblico ministero prima di provvedere a norma dell'art. 268 comma 2 *bis*: ma nulla vieta di ipotizzare che la polizia giudiziaria provveda definitivamente a norma di tale articolo solo quando il pubblico ministero abbia dato il suo *imprimatur* alla redazione del verbale, assumendo le determinazioni di cui al comma 2 *ter*». A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., p. 72, secondo cui tale meccanismo è da ritenersi paranoico, poiché, se il «verbale venisse scritto man mano (come gli artt. 357 comma 3 e 373 comma 4 c.p.p. sembrerebbero imporre), la polizia giudiziaria «dovrebbe interpellare il pubblico ministero di continuo, anche più volte al giorno, in ogni frangente in cui stia per scartare un dialogo». Sul punto, C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni*, cit., p. 15, specifica che la trasmissione delle annotazioni al pubblico ministero dovrà avvenire «ad ascolti in corso, a mano a mano che l'organo di polizia giudiziaria si imbatte in colloqui a suo parere irrilevanti, da sottoporre al vaglio del magistrato». In argomento cfr. F. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, Giuffrè, 2018, p. 38 ss.

¹⁰Sulla esigenza del controllo dell'autorità giudiziaria nei confronti della polizia giudiziaria in materia di intercettazioni come punto di riferimento cfr. C. cost., 6 aprile 1974, n. 34.

¹¹A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., p. 75, secondo cui le difficoltà rappresentate nel testo si presenteranno dinanzi alla difesa.

delle operazioni riporta soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è avvenuta (artt. 267, comma 4, e 268, comma 2 *bis*, c.p.p.). Il pubblico ministero, ricevute le annotazioni, può disporre con decreto motivato che esse siano trascritte nel verbale quando ne ritiene «la rilevanza per i fatti oggetto di prova» e «se necessarie ai fini di prova [quelle] relative ai dati personali definiti sensibili dalla legge» (art. 268, comma 2 *ter*, c.p.p.). In relazione alla valutazione dei dati sensibili si riscontrano ulteriori imperfezioni: la polizia giudiziaria può trascrivere di propria iniziativa nel verbale le conversazioni che attengano ai dati sensibili quando siano rilevanti ai fini delle indagini (non deve trascrivere in caso di irrilevanza); diversamente il pubblico ministero può imporre la trascrizione delle stesse nell'ipotesi in cui risultino «necessarie a fini di prova».

Tali incongruenze del legislatore sui parametri valutativi creeranno un disorientamento degli operatori, oltre al fatto che il pubblico ministero opererà una valutazione meno incisiva di quella effettuata dalla polizia giudiziaria¹², in quanto il previsto controllo del pubblico ministero sulle ricevute annotazioni è relativo alle comunicazioni e conversazioni, attinenti ai dati sensibili, non trascritte nei verbali, non secondo il parametro della rilevanza ai fini delle indagini e/o di prova, bensì, in maniera più ristretta (se necessarie ai fini di prova), ove «sia possibile stabilire un nesso essenziale tra la loro conoscenza e l'attività probatoria»¹³. In questa sede sarebbe stato utile prevedere un unico parametro, quello della inerenza e/o connessione all'oggetto delle indagini, evitando incoerenze, anche solo formali, tra disposizioni normative.

Eppoi, visto il vuoto normativo, per coerenza il pubblico ministero avrebbe dovuto compiere anche un controllo sui verbali di trascrizione sommaria ai fini dell'eliminazione dei dati irrilevanti e non necessari ai fini di prova, in modo da chiudere il cerchio sulla anticipata tutela della riservatezza; la lacuna normativa vanifica lo scopo del legislatore, cioè di realizzare nella fase dell'ascolto la prefissata salvaguardia di ciò che risulta estraneo all'oggetto delle indagini.

Il controllo, infatti, interviene successivamente, nella fase di acquisizione al fascicolo. Il pubblico ministero, ai sensi dell'art. 268 *ter*, comma 2, c.p.p., presenta al giudice, entro 5 giorni dal deposito della documentazione intercettativa, la richiesta di acquisizione delle comunicazioni o conversazioni rilevanti ai fini di prova contenute nell'elenco formato in sede di deposito (art. 268 *bis* c.p.p.). Non vi è dubbio che il pubblico ministero potrà chiedere l'acquisizione di comunicazioni non trascritte nel c.d. brogliaccio¹⁴, come non richiedere l'acquisizione di comunicazioni trascritte sommariamente; rispetto a quest'ultime nessuna complicazione operativa sorge in termini di consultazione del materiale registrato, giacché i relativi verbali sono depositati ai sensi dell'art. 268 *bis*, comma 1, c.p.p. Del resto, una volta acquisito ed inserito il materiale rilevante nel fascicolo di cui all'art. 373 comma 5 c.p.p., gli atti e i verbali relativi a comunicazioni o conversazioni non acquisite saranno restituiti immediatamente al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato. Il verbale dal quale risulta la data, l'ora, e il dispositivo sui cui la registrazione è avvenuta, infatti, è previsto solo nella fase di riproduzione sommaria delle comunicazioni o conversazioni non trascritte (art. 268, comma 2 *bis*, c.p.p.) per agevolare la consultazione dei colloqui captati.

¹² C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni*, cit., p. 13, secondo la quale una disciplina che consente alla polizia giudiziaria di compiere qualcosa che al pubblico ministero non è consentita suscita «forti sospetti di irragionevolezza».

¹³ *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, p. 3, nella stessa è illustrato che di regola i «dati sensibili emergenti dalle comunicazioni intercettate sono destinati a rimanere del tutto riservati, quando non sia possibile stabilire un nesso essenziale tra la loro conoscenza e l'attività probatoria. In questo senso si intende dare attuazione alla delega nella parte in cui si discorre di conversazioni contenenti dati sensibili che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede ovvero irrilevanti. La delega cioè sembra prescrivere un più penetrante obbligo ai fini dell'utilizzazione di conversazioni coinvolgenti dati sensibili, la cui trascrizione è imposta solo se, oltre che rilevanti, siano necessarie all'accertamento dei fatti».

¹⁴ Per la soluzione che le comunicazioni non trascritte siano accompagnate dall'annotazione, F. Alonzi, *Contenuti e limiti del diritto di difesa*, in G. Giostra-R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 103; A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., p. 74; F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, cit., p. 154; C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni*, cit., p. 11; 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, p. 25 ss.

DINAMICA SELETTIVA E TRASCRIZIONE

Seguendo il ragionamento, più specificamente, con il deposito delle annotazioni, dei verbali, delle registrazioni e dei decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione e con il formato elenco delle comunicazioni o conversazioni informatiche o telematiche, si apre la fase di conoscenza volta all'acquisizione di quelle «rilevanti ai fini di prova» (art. 268 *bis* c.p.p.)¹⁵.

I difensori delle parti, ricevuto immediatamente l'avviso di deposito, hanno facoltà di esaminare gli atti, di prendere visione del predetto elenco, nonché di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 268 *bis*, comma 2, c.p.p.).

Il deposito della documentazione, nel caso di grave pregiudizio per le indagini, sarà differito qualora il giudice autorizzi il pubblico ministero a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini (art. 268 *bis*, comma 3, c.p.p.); in tal caso, come da prassi pre-riforma, è intuibile che lo stesso coinciderà con l'avviso di deposito a norma dell'art. 415 *bis* c.p.p.

La coincidenza tra gli autonomi depositi di cui all'art. 268 *bis* c.p.p. e art. 415 *bis* c.p.p. in linea teorica non crea alcun problema – sempreché sussista il grave pregiudizio per le indagini – ma in concreto comprime i diritti soggettivi, poiché l'aumento della complessità delle attività successive alla captazione di comunicazioni o conversazioni (di visionare il materiale in questione e di ascoltare le registrazioni con confronto con annotazioni e verbali), con i limitati termini sul piano delle garanzie e con sovrapposizione alle attività di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., determina l'affievolimento delle facoltà previste dall'art. 268 *bis* e 268 *ter* c.p.p. Il predetto affievolimento non verrà meno neppure se il termine dovesse essere prorogato dal giudice per un tempo non superiore a 10 giorni (art. 268 *ter*, comma 3, c.p.p.). La soluzione, da questo punto di vista, sarebbe stata quella di prevedere una maggiore estensione dei suddetti termini.

Successivamente al deposito, fuori dai casi di utilizzo delle intercettazioni nel procedimento cautelare, entro 5 giorni il pubblico ministero presenta la richiesta al giudice dell'acquisizione delle comunicazioni rilevanti contenute nell'elenco formato con il deposito, dando immediata comunicazione ai difensori (art. 268 *ter*, comma 2, c.p.p.).

I difensori entro dieci giorni dalla ricezione dell'avviso di deposito hanno la facoltà di richiedere l'acquisizione di comunicazioni non contenute nell'elenco formato dal pubblico ministero, nonché l'eliminazione di quelle inutilizzabili contenute nel medesimo elenco o di cui risulti vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale ai sensi dell'art. 268, comma 2 *bis*, c.p.p. (art. 268 *ter*, comma 3, c.p.p.). La richiesta è presentata nella segreteria del pubblico ministero, il quale ne cura l'immediata trasmissione al giudice (art. 268 *ter*, comma 4, c.p.p.).

Si apre, così, un contraddittorio cartolare, ove i difensori e il pubblico ministero possono integrare le richieste e presentare memorie fino alla decisione del giudice per le indagini preliminari. «Decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste, il giudice dispone con ordinanza, emessa in camera di consiglio senza l'intervento del pubblico ministero e dei difensori, l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti, salvo che siano manifestamente irrilevanti, e ordina, anche d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. A tal fine può procedere all'ascolto delle conversazioni e comunicazioni» (art. 268 *quater* c.p.p.). Soltanto «quando necessario», l'ordinanza è emessa all'esito di un'apposita udienza, «fissata per il quinto giorno successivo alla scadenza del termine indicato al comma 1, con tempestivo avviso al pubblico ministero e ai difensori» (art. 268 *quater*, comma 3, c.p.p.)¹⁶.

¹⁵ *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo*, p. 4, nella relazione è specificato che il deposito è contemplato con riferimento all'integrale compendio di documenti e atti (annotazione, verbali, registrazioni, decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione); e ciò al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa e il controllo sulle scelte di esclusione effettuate dal pubblico ministero. La polizia giudiziaria è tenuta ad informare con le annotazioni il pubblico ministero sui contenuti di conversazioni che potrebbero, data la loro irrilevanza, non essere trascritte in verbale. L'esame delle annotazioni da parte della difesa rappresenta uno strumento utile per esaminare il materiale registrato, vista la nuova struttura dei verbali.

¹⁶ *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, p. 4, nella quale è spiegato che si è optato per una procedura bifasica, che prevede il deposito delle conversazioni e delle comunicazioni, oltre che dei relativi atti, e la successiva acquisizione, a cui il giudice provvede sulla base di un contraddittorio tra le parti di tipo cartolare; poi nel caso sia necessario, il giudice fissa una udienza, con la partecipazione del pubblico ministero e dei soli difensori, per provvedere, all'esito, all'acquisizione e al contestuale stralcio, con destinazione del materiale irrilevante e quello inutilizzabile all'archivio riservato.

Con l'ordinanza acquisitiva viene meno il segreto e gli atti e i verbali delle conversazioni e comunicazioni sono inseriti nel fascicolo delle indagini. Su questo terreno è previsto che il giudice per le indagini preliminari «ordin[i] la trascrizione sommaria, a cura del pubblico ministero, del contenuto delle comunicazioni o conversazioni acquisite su richiesta dei difensori», se non altro quando «nel verbale delle operazioni di cui all'articolo 268, comma 2, sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta» (art. 268 *quater*, comma 3, c.p.p.).

Per quanto riguarda gli atti e i verbali relativi a comunicazioni e conversazioni non acquisite, essi «sono immediatamente restituiti al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato di cui all'articolo 269, comma 1» (art. 268 *quater*, comma 5, c.p.p.).

Siffatto procedimento, per come è strutturato, non migliorerà la selezione tra rilevante e irrilevante, vuoi per il congegnoso meccanismo di ascolto delle registrazioni e di elaborazione della documentazione negli stringati termini previsti, vuoi per un procedimento che non prevede la partecipazione obbligatoria delle parti a pena di invalidità della procedura¹⁷, al fine di realizzare un'effettiva selezione delle comunicazioni a tutela del diritto alla riservatezza e di evitare nell'interesse pubblico un'acquisizione di elementi estranei all'oggetto del processo.

La valutazione del giudice, in sostanza, fonda sulle indicazioni delle parti, salvo che le comunicazioni siano manifestamente irrilevanti, e sulle non indicazioni dei difensori in virtù della difficoltà operativa, oltre che di una cernita insidiosa per la complessità del materiale analizzabile e, quindi, non propriamente in salute in tema di irrilevanza.

Da questa prospettiva, è utile far notare che la natura – irripetibilità – della comunicazione intercettata non consente una disponibilità delle parti sul risultato investigativo nell'ambito della selezione, bensì richiede una partecipazione necessaria ed utile al provvedimento di acquisizione delle comunicazioni¹⁸. La necessità di tutelare la riservatezza, con complessa valutazione delle comunicazioni estranee all'interesse pubblico, anche di quelle dei terzi coinvolti occasionalmente dallo strumento intercettazione, fa emergere il diritto probatorio a non far escludere ciò che potrà essere rilevante nell'ottica delle parti; sicché, nell'alveo del procedimento ordinario di acquisizione delle comunicazioni o conversazioni vi dovrebbe essere un confronto obbligatorio sull'integrale materiale d'indagine captato, consentendo al giudice un controllo logico-formale a tutela della riservatezza e delle comunicazioni rilevanti ai fini probatori.

Si potrebbe, tra l'altro, aprire una finestra di riflessione su un'adeguata motivazione per le sole comunicazioni rilevanti, al fine di conferire valore al rapporto tra argomentazione e ordinanza acquisitiva (sul piano della rilevanza probatoria), con ricaduta positiva sull'efficacia della procedura di selezione e sulla conseguente pubblicità degli elementi di interesse pubblico¹⁹.

Un'ordinanza di acquisizione, dunque, che fa venir meno il segreto senza un'adeguata procedura di selezione non consente di raggiungere lo scopo prefissato dalla riforma, poiché sarebbero oggetto di interesse pubblico anche elementi estranei al processo sui quali non è intervenuta selezione in virtù della iniziativa (disponibilità) delle parti, fermo restando che la caduta del segreto, con la pubblicabilità del

¹⁷Secondo il riformato impianto normativo in particolare si prevede una partecipazione facoltativa delle parti anche nel momento integrativo delle richieste di acquisizione, al di là del fatto che il pubblico ministero procede a norma dell'art. 268 *bis* ss. c.p.p., con il relativo elenco delle comunicazioni da acquisire.

¹⁸*Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, p. 4. Nella relazione, tuttavia, si evidenzia che il «pubblico ministero è tenuto ad elencare le comunicazioni e conversazioni ritenute utili nella prospettiva dell'accusa, selezionando cioè fin da subito il materiale ritenuto utile ai fini di prova, e quindi oggetto della verosimile trascrizione in forma di perizia. Ciò significa che i difensori sono così posti nelle condizioni per apprendere immediatamente quale potrà essere il contenuto delle richieste di acquisizione del pubblico ministero». Dalla relazione risulta, in qualche modo, la concezione della prospettiva dell'accusa ai fini di prova (delle parti) in tale contesto, ancorché il presupposto dell'impianto normativo dovrebbe essere rivolto alla selezione delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti, in virtù di elementi indisponibili; e ciò non implica il venir meno del contraddittorio rappresentativo (anzi), come strumento necessario per discutere sull'irrilevanza e rilevanza delle comunicazioni nell'ottica di una giusta acquisizione, nel senso che l'irrilevante non debba divenire di fatto rilevante, quando una procedura non sia propriamente efficace.

¹⁹In generale sull'essenza delle prospettive interpretative elaborate dalle parti e la loro influenza sulla motivazione cfr. M. Menna, *La motivazione nel giudizio penale*, Napoli, Jovene, 2000, p. 72 ss., e poi, p. 36. In tema di motivazione e sua conoscibilità, sia pure su provvedimenti di natura decisoria, si è evidenziato come «un ulteriore corollario dell'obbligo costituzionale di motivazione è rappresentato dalla pubblicità della motivazione in quanto è evidente che senza quest'ultima si impedisce alla società civile la possibilità di controllare la decisione».

materiale intercettato, dopo la selezione-acquisizione dello stesso, è un aspetto importante, ma non decisivo, per le ragioni rappresentate.

Per quanto concerne, poi, l'introduzione del comma 4 *bis* dell'art. 422 c.p.p. («se la richiesta di cui al comma 1 ha ad oggetto conversazioni o comunicazioni intercettate e non acquisite si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 268-*ter* e 268-*quater*») la nuova disposizione normativa genera perplessità sia per il potere del giudice confinato alla decisività della sentenza di non luogo a procedere²⁰, sia perché non è chiaro se sia svincolato dalla richiesta delle parti²¹, in virtù degli artt. 422 commi 1 c.p.p. («il giudice può disporre anche d'ufficio») e 4 *bis*, come anche non è chiara la compatibilità con l'istituto delle regole (modalità) previste dagli artt. 268 *ter* e *quater* c.p.p.

A questo proposito è utile evidenziare che il potere del giudice non è limitato ad elementi sopravvenuti e/o a fatti nuovi²² ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, poiché nel caso in cui non si sia proceduto per qualsiasi ragione all'acquisizione delle comunicazioni nella precedente fase di separazione, il giudice dell'udienza preliminare, in linea con *ratio* dell'art. 422 c.p.p., può attivare il suo potere anche per elementi preesistenti e per fatti già contestati con la richiesta di rinvio a giudizio.

Una riapertura di selezione nella fase processuale (udienza preliminare), sia pure coordinata con le regole della stessa, farà instaurare un contraddittorio nella medesima udienza, escludendo la decisione *de plano* di cui all'art. 268 *quater*, comma 1, c.p.p.²³; il che implica una garanzia per una giusta decisione processuale, salvaguardando, infatti, sia il diritto al non processo di merito sia l'economia processuale, nell'ipotesi in cui le conversazioni o comunicazioni da acquisire portino alla sentenza di non luogo a procedere.

Per la fase di merito, poi, in virtù degli sviluppi processuali e anche di un nuovo e ragionevole controllo su richieste di acquisizione non accolte in precedenza – elementi da non disperdere a tutela del giudizio – la riforma, su “invito” della Corte costituzionale²⁴, ha previsto all'art. 472, comma 1, c.p.p. che «il giudice dispone che si proceda a porte chiuse alle operazioni di cui all'articolo 268 *ter* quando le parti rinnovano richieste non accolte o richiedono acquisizioni, anche ulteriori, e quando le ragioni della rilevanza a fini di prova emergono nel corso dell'istruzione dibattimentale».

Un'ulteriore valutazione riguarda il brogliaccio di ascolto e la perizia trascrittiva, la quale è rimessa all'iniziativa delle parti (art. 493 *bis* c.p.p.; art. 438, comma 5, c.p.p.)²⁵.

A questo proposito, nella previgente disciplina la trascrizione sommaria doveva avere esclusivo va-

²⁰ Sul punto v. F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, cit., p. 159, secondo cui il criterio della decisività ai sensi dell'art. 422 c.p.p. «suona ingiustificatamente restrittivo quando si tratti di acquisire al fascicolo atti di indagine già compiuti»; ancora, «delle intercettazioni rilevanti si sarebbe dovuto consentire il recupero alle stesse condizioni previste per l'acquisizione di prove documentali o il deposito della documentazione di indagine difensiva»; tale ragionamento è condiviso da 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*, cit., p. 60.

²¹ C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni*, cit., p. 28 ss., sul punto si ritiene che il «più selettivo riferimento dell'art. 422 comma 4 *bis* alla richiesta di cui al comma 1 [...] esclude che a disporre l'inserimento di captazioni nel fascicolo delle indagini possa essere il giudice dell'udienza preliminare in assenza di un impulso di parte».

²² In tema cfr. P.P. Rivello, *Il procedimento acquisitivo delle intercettazioni e l'archivio riservato presso il pubblico ministero*, in O. Mazza (a cura di) *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 96, il quale osserva come nell'ipotesi di cui all'art. 472 comma 1 c.p.p. le «ragioni della rilevanza ai fini di prova emerg[ono] solo nel corso dell'istruzione dibattimentale» Nella situazione di cui all'art. 422 c.p.p. invece «dette ragioni derivano da qualche fatto nuovo verificatosi, verosimilmente, nel corso dell'udienza preliminare».

²³ C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni*, cit., p. 28 ss., la quale evidenzia che trattandosi di una parentesi nell'ambito dell'udienza preliminare «induce ad escludere l'opzione della decisione *de plano* contemplata dall'art. 268 *quater* comma 1».

²⁴ C. Cost., 5 novembre 2012, n. 255, in *www.cortecostituzionale.it*. La Corte nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 224 del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli articoli 2 e 15 della Costituzione, rileva, come ultimo motivo, che il giudice rimettente ha ommesso di prendere in considerazione la praticabilità di una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata, vale a dire, la possibilità, per il giudice, di disporre che limitatamente al momento di acquisizione delle intercettazioni (ossia alla selezione delle comunicazioni utilizzabili e non manifestamente irrilevanti, destinate alla trascrizione mediante perizia, con stralcio delle rimanenti) il dibattimento si svolga a porte chiuse, in applicazione (se del caso, estensiva) dell'art. 472, comma 2, c.p.p.

²⁵ V. nota n. 30.

lore di agevolare l'ascolto della fonte originaria, anche nell'ambito cautelare²⁶. Rispetto alla vicenda cautelare si è, però, dovuto attendere la Corte costituzionale per razionalizzare il logico rapporto tra la fonte originaria e la trascrizione sommaria nell'ambito cautelare²⁷.

Del resto era opportuno un intervento sistematico del legislatore, per prevedere che gli atti posti a fondamento della misura restrittiva seguissero (registrazioni ed atti relativi) l'iter del procedimento cautelare senza condizionarli ad un'istanza del difensore per ottenere copia della registrazione anche se non depositata, giacché l'accesso alle registrazioni è la principale fonte "probatoria" da sviscerare anche ai fini di un corretto controllo, diversamente dall'impiego della trascrizione sommaria utile ad agevolare l'ascolto delle comunicazioni captate, non potendo quest'ultima da sola acquisire valore cautelare. A maggior ragione per il fatto che in tale contesto non era possibile disporre logicamente una trascrizione delle intercettazioni successiva allo stralcio di cui all'abrogato settimo comma dell'art. 268 c.p.p.

Con la riforma il brogliaccio di ascolto ha comunque una limitata valenza probatoria nella fase cautelare e nei riti alternativi al giudizio ordinario²⁸, senza che si possa ottenere la copia delle registrazioni non inserite nel fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p.; mentre, nell'ipotesi del rinvio a giudizio, nel fascicolo del dibattimento dovranno trasmigrare le registrazioni come elementi di prova irripetibile e successivamente l'eventuale trascrizione del perito, non confluendo in esso le trascrizioni sommarie della polizia giudiziaria che non sono qualificabili come atti irripetibili.

Di qui la sola facoltà di esame e di ascolto – non di copia – delle registrazioni conservate nell'apposito archivio, non inserite nel fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p., pone l'interrogativo sul se il legislatore abbia posto un limite eccessivo a tutela della riservatezza, comprimendo l'esercizio delle facoltà e dei diritti per effettuare una approfondita e complessa analisi delle comunicazioni utili al procedimento cautelare; a maggior ragione, come evidenziato, per il fatto che non vi è alcun profilo di salvaguardia della segretezza delle indagini, dal momento che è consentito l'esame e l'ascolto delle registrazioni.

Tale limitazione risulta discutibile, inoltre, nei termini di concreta partecipazione alla selezione ordinaria, poiché non è possibile avere copia delle registrazioni fin quando non acquisite al fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p. (artt. 268 *quater*, commi 3 e 4, c.p.p. e 269, commi 1 e 1 *bis*, c.p.p.).

²⁶ Cass., sez. VI, 7 aprile 1995, Celone, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 156, secondo cui i "brogliacci di ascolto" non hanno alcuna rilevanza probatoria, la quale è invece riconosciuta ai documenti fonici e ai verbali.

²⁷ C. cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 215; la Consulta – per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 268, comma 4, c.p.p., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate – ha ritenuto che i difensori «devono avere il diritto incondizionato ad accedere, su loro istanza, alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero e non presentate a corredo di quest'ultima, in quanto sostituite dalle trascrizioni, anche sommarie, effettuate dalla polizia giudiziaria», implicando il diritto di accesso la naturale conseguenza di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni medesime, allo scopo di verificare l'effettivo significato probatorio delle stesse, nonché per «esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali». Sul punto sono intervenute poi le Sezioni unite, Cass., sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 804: il giudice di legittimità ha affermato che la consegna delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate, è finalizzata alla verifica della effettiva corrispondenza del contenuto cartaceo a quello auditivo «il che, ovviamente, presuppone che la parte sia posta in condizione di eventualmente proporre quella richiesta e quelle contestazioni, mercé il concreto esercizio del diritto di difesa nei termini riconosciuti dalla sentenza della Corte Costituzionale». Ancora, il medesimo giudice specifica che qualora al difensore sia stato ingiustificatamente impedito il diritto di accesso alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero, non si determina la nullità del genetico provvedimento impositivo, legittimamente fondato sugli atti a suo tempo prodotti a sostegno della sua richiesta dal pubblico ministero, né si verifica la inutilizzabilità degli esiti delle captazioni effettuate, dato che questa scaturisce solo nelle ipotesi indicate dall'art. 271, comma 1, c.p.p.; non può, altresì, verificarsi la perdita di efficacia della misura, giacché la revoca e la perdita di efficacia della misura cautelare conseguono solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (artt. 299, 300, 301, 302 e 303 c.p.p., art. 309, comma 10, c.p.p.). Sulla tesi che la domanda cautelare deve essere accompagnata dalla trasmissione delle registrazioni cfr. G. Pierro, *Ancora incertezze giurisprudenziali, sull'acquisizione difensivo alle intercettazioni telefoniche utilizzate in sede cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 475; A. Vele, *Rimedi processuali nel caso di inerzia del pubblico ministero di fronte alla richiesta difensiva al rilascio della fonte originaria dell'atto intercettativo nell'ambito del procedimento de libertate*, in *Giust. pen.*, 2012, p. 317 ss.

²⁸ *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, p. 6. Nella relazione si «ribadisce quanto ripetutamente sostenuto circa il valore probatorio della intercettazione in sé, e non già della trascrizione sommaria nei c.d. brogliacci; ed infatti: la trascrizione (anche quella peritale) non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma va considerata solo come un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica».

È bene riprendere il ragionamento sulla perizia, dal momento che la riforma, invece di correggere la deriva giurisprudenziale su una disposizione oggi abrogata (268, comma 7, c.p.p.), ma coerente con l'originaria impostazione del complesso risultato probatorio (in quanto la medesima prevedeva l'obbligo di perizia – peraltro disatteso dalla giurisprudenza – a seguito dello stralcio delle comunicazioni), con perplessità ha previsto che la richiesta di trascrizione è rimessa all'iniziativa delle parti in dibattimento, con il rischio, in caso di inerzia delle parti, di incidere sulla qualità del giudizio di primo grado; l'eventuale trascrizione viene dunque collocata nella fase delle richieste di prova in sede dibattimentale, in modo da non disperdere tempo e risorse nel caso in cui il giudizio si concluda con il rito abbreviato o un patteggiamento.

In chiave di riforma, l'art. 507 c.p.p. non potrà che assumere una significativa garanzia del risultato probatorio e quindi della decisione, qualora le conversazioni per diverse ragioni necessitassero dell'attivazione del potere probatorio (manomissioni, incomprendibilità anche per motivi tecnici, etc.); di conseguenza il giudice, rispetto alle registrazioni, dovrebbe porsi nell'ottica di un successivo controllo fisiologico, poiché la perizia trascrittiva è rimessa all'iniziativa delle parti.

Per comprendere le motivazioni sui dubbi nutriti nei confronti della riforma è opportuno richiamare, *a fortiori*, le ragioni dell'obbligo di perizia secondo la regola previgente (art. 268, comma 7, c.p.p.) – al di là dell'orientamento giurisprudenziale sull'obbligatorietà della perizia al fine di garantire la genuinità del valore probatorio sulle comunicazioni da acquisire²⁹; in effetti quel dovere era previsto per "acquisire" una prova "autentica" per il giudizio di merito, in ragione della peculiarità dell'atto intercettativo che richiede un'apposita attività "tecnica" per sviscerare sotto i diversi profili la comunicazione intercettata (art. 431 c.p.p.)³⁰. Il giudice non aveva alcuna discrezionalità in tema di perizia trascrittiva, nel senso che, a norma dell'art. 268, comma 7, c.p.p. abrogato, egli «dispone[va]», e, quindi, non solo «p[oteva] disporre», la trascrizione integrale delle registrazioni. La differenza si coglieva anche con il mezzo di prova (perizia) disposto nella fase dibattimentale, giacché la trascrizione delle intercettazioni mediante perizia non necessitava né di una iniziativa delle parti né di una valutazione discrezionale del giudice.

La normativa di riferimento era (ed è fino all'entrata in vigore della riforma) quella delle intercettazioni (art. 268, comma 7, c.p.p. abrogato) e non la disposizione *ex art.* 224 c.p.p. del mezzo di prova della perizia, che consente al giudice di disporla anche d'ufficio, diversamente dalla disciplina delle intercettazioni, che prevedeva, secondo la rappresentata impostazione, l'obbligo di perizia da parte del giudice, prescindendo da qualsivoglia iniziativa delle parti³¹; fermo restando che il legislatore aveva previsto (art. 268, comma 7, c.p.p. pre-vigente) ed ha ristabilito (art. 493 *bis*, comma 2, c.p.p.) la trascrizione del rilevante oggetto intercettato attraverso un mezzo tipico e con modalità tassative, in modo di garantire la legalità processuale e, quindi, la decisione sulla responsabilità penale a seguito del giudizio di

²⁹ Si ritiene, infatti, che il giudice abbia discrezionalità nel disporre con perizia la trascrizione delle intercettazioni; sul punto, più di recente, cfr. C. cost., 17 luglio 2012, n. 204, in *www.cortecostituzionale.it*, che a supporto del ragionamento interpretativo richiama altra decisione della Corte costituzionale (11 febbraio 1999, n. 33), ove si afferma che «il giudice, senza necessità di disporre perizia, può legittimamente desumere elementi di prova dall'esame dei consulenti tecnici dei quali le parti si siano avvalse» e ancora «quando è stata effettuata una consulenza tecnica è possibile che solo nel dibattimento questa si riveli insufficiente». Dal versante, poi, più in linea con le ragioni osservate nel testo in tema di obbligatorietà di perizia si afferma, invece, che «la stessa giurisprudenza di legittimità è ugualmente costante ed uniforme nello stabilire che la trascrizione (anche quella peritale) non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma va considerata solo come un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica (*ex plurimis*, tra le più recenti, Cassazione penale, sentenza n. 4892 del 2003, sentenza n. 10890 del 2005)» così, C. cost., 10 ottobre 2008, n. 336, cit.; cfr. altresì Cass., sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, cit., 804.

³⁰ Sull'impostazione delle operazioni tecniche necessarie per garantire la genuinità dei risultati delle intercettazioni e quindi dell'obbligo di perizia cfr. M. Ciappi, *Stralcio e trascrizione delle intercettazioni telefoniche nell'iter procedimentale*, in *Giur. it.*, 1995, p. 126; A. Diddi, *In tema di trascrizione di intercettazioni telefoniche in rapporto al principio di disponibilità delle prove*, in *Giust. pen.*, III, 1994, p. 316; F. Dinacci, sub art. 267, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale*, ipertestuale, Torino, Utet, 2001, p. 885; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 151; G. Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 134; A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, cit., 170 ss.

³¹ C. cost., 17 luglio 2012, n. 204; la Consulta in ordine, però, al profilo dell'assenza della richiesta di parte rileva «che né nella fase delle indagini, né in quella del dibattimento occorre una richiesta di trascrizione da parte del pubblico ministero: l'art. 268, comma 7, c.p.p. prevede infatti che sia il giudice a disporre direttamente «la trascrizione integrale delle registrazioni», e la stessa regola dovrebbe valere anche nel dibattimento, quando nella fase delle indagini non si è svolta la selezione delle intercettazioni prevista dall'art. 268, comma 3, c.p.p.

battimentale, che non può prescindere dall'acquisizione della prova secondo il metodo del contraddittorio, in relazione ad elementi che per loro natura implicano il rispetto della garanzia soggettiva (parti) ed oggettiva (giurisdizione).

Su questo terreno argomentativo sorgono, dunque, dei dubbi sulla riforma che ha eliminato l'obbligo (dovere) di disporre la perizia a prescindere dall'iniziativa delle parti; con l'art. 493 *bis*, comma 1, c.p.p. infatti è previsto che il «giudice dispone, su richiesta delle parti, la trascrizione delle registrazioni»³².

DISOMOGENEITÀ TRA IL PROCEDIMENTO DI SELEZIONE CAUTELARE E ORDINARIO. DISTRUZIONE DEI DATI OGGETTO DI STRALCIO.

In premessa, prima della riforma, il nodo da sciogliere riguardava la pubblicazione delle intercettazioni a seguito dell'applicazione del provvedimento cautelare, poiché la conoscenza degli atti d'indagine faceva venir meno il segreto investigativo, legittimando la pubblicazione di comunicazioni intercettate attinenti pure alla sfera privatistica.

In tal caso era necessaria stabilire una limitata pubblicazione del contenuto dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare, giacché essa coinvolge un bene primario, quale la libertà della persona, in un contesto anticipativo di giudizio sulla responsabilità penale. Doveva, poi, rimanere il segreto sulle intercettazioni fino alla deliberazione di separazione da parte del giudice del materiale irrilevante, con divieto di pubblicazione del complessivo contenuto intercettato, con esclusione delle sole comunicazioni essenzialmente poste a fondamento dell'ordinanza cautelare.

Per ragioni di coerenza processuale era necessario prevedere un autonomo potere-dovere del pubblico ministero di selezionare la massa indifferenziata di conversazioni, evitando, per certi versi, che nei provvedimenti cautelari venissero riversati interi "blocchi" di conversazioni intercettate senza alcuna attinenza delle stesse con l'oggetto cautelare³³.

Analizziamo ora come il legislatore ha cercato di risolvere i rapporti tra la procedura selettiva cautelare e quella ordinaria.

Nel procedimento *de libertate* il pubblico ministero a sostegno della domanda cautelare deve presentare al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'indagato-imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. Il pubblico ministero, quindi, può gestire in maniera autonoma e discrezionalmente gli elementi "a carico" raccolti, evitando di compromettere il buon esito delle indagini. Tale gestione dovrebbe rimanere, sia pur complicata, per le intercettazioni "a carico" non poste a fondamento della misura cautelare; discorso diverso, alla luce della riforma, è l'esame e l'ascolto del materiale irrilevante non posto a fondamento della misura cautelare che confluirà nell'archivio riservato.

Il legislatore, in ragione della tutela della riservatezza, introduce nel comma 1 dell'art. 291 c.p.p. l'obbligo per il pubblico ministero di operare una prima selezione al momento della formazione della richiesta cautelare, trasmettendo tra gli elementi posti a fondamento della stessa «i verbali di cui all'art. 268 comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti» e, su questa scia, ai sensi dell'art. 92, comma 1 *bis*, disp. att. è attribuito al giudice, successivamente all'accoglimento della richiesta e «contestualmente» alla trasmissione dell'ordinanza al pubblico ministero, il compito di restituire «al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato di cui all'art. 89 bis gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili».

Nel contesto del procedimento cautelare si realizza una preliminare selezione senza contraddittorio,

³² *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, p. 8. Nella stessa si specifica che «la scelta perseguita con lo schema di decreto è quindi quella di procedere alle onerose attività di trascrizione solo quando ciò sia necessario per esigenze proprie di natura probatoria». Ancora tale attività è affidata «alle attività di richiesta della prova in fase dibattimentale», ancorché la previsione della trascrizione in tale fase non preclude un'attività peritale ad esempio nel giudizio abbreviato condizionato proprio ad una tale domanda di prova. Inoltre è evidenziato che non è di «ostacolo a che una simile richiesta possa essere presentata già in fase di udienza preliminare, ai sensi dell'art. 422 c.p.p., ove si ritenga la decisività [della stessa ai fini] della sentenza di non luogo a procedere». Infine, la richiesta di prova trova «collocazione successivamente alle procedure di selezione e di acquisizione, ogni volta che la progressione processuale consente l'esercizio del diritto alla prova».

³³ In tema v. V. Grevi, *Le intercettazioni come mero "mezzo di ricerca di riscontri probatori?"*, cit., p. 848; sulla stessa linea, volendo, A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, cit., p. 163.

ma non essendo essa coordinata con la selezione ordinaria si determina la vanificazione della tutela della riservatezza. Nel caso in cui il materiale intercettativo rilevante sia stato già utilizzato per l'applicabilità del provvedimento cautelare ed inserito nell'apposito fascicolo la procedura di selezione ordinaria successiva al procedimento cautelare è soltanto eventuale, essendo rimessa ad una valutazione discrezionale del pubblico ministero.

L'art. 268 *ter*, comma 1, c.p.p. introduce, difatti, un'autonoma selezione nel caso di adozione di misura cautelare³⁴. Le comunicazioni o conversazioni utilizzate nel corso delle indagini preliminari, poste a fondamento della misura cautelare, valutate dal giudice cautelare e riportate nell'ordinanza secondo il criterio dell'indispensabilità dei rilevanti brani essenziali (art. 292, comma 2 *quater*, c.p.p.), sono acquisite dal pubblico ministero, con «inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi nel fascicolo di cui all'art. 373 comma 5»; la relativa documentazione va altresì depositata ai sensi dell'art. 293, comma 3, c.p.p. nella cancelleria del giudice della cautela, con diritto dei difensori «di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate» e «in ogni caso» con «diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni».

Qui è evidente l'effettiva compressione del diritto di difesa e l'incidenza in negativo sul controllo cautelare in generale, dal momento che pur essendovi il diritto di accesso all'archivio riservato successivamente all'adozione della misura cautelare, non vi è diritto di copia dei verbali delle comunicazioni ritenute irrilevanti, in quanto coperte da segreto (art. 269 c.p.p.)³⁵, al solo fine di evitare il rischio della pubblicazione delle stesse.

La novità dell'archivio riservato è importante per conservare e controllare la consultazione del materiale intercettato, ma porre dei limiti di conoscenza concreta (diritto di copia) al difensore, nonché addirittura di accesso dell'indagato-imputato (è consentito solo al difensore), evidenzia uno sbilanciamento tra diritto alla riservatezza e interesse individuale alla funzione giurisdizionale, utile quest'ultimo, nell'ottica di un contributo ad esso riconducibile per l'accertamento.

In sostanza la tutela della *privacy* delle conversazioni che, peraltro, possono essere esaminate ed ascoltate, non dovrebbe limitare il predetto diritto di copia, *a fortiori* per il fatto che le comunicazioni intercettate richiedono una complessa analisi: vanno interpretate, confrontate tra loro e con altri atti del procedimento; tale elaborazione è utile sia nella fase genetica che durante la vita della misura cautelare, oltre che per la difesa nel corso del procedimento penale.

Quindi, la disciplina riformata è criticabile per la sua tortuosità e/o incoerenza sistematica, poiché tutti gli atti in questione e i loro contenuti dovrebbero rimanere non pubblicabili, a prescindere dalla loro conoscenza ed utilizzabilità, fino alla selezione ordinaria, ed il procedimento di acquisizione delle comunicazioni dovrebbe essere unico, anche quando è adottata la misura cautelare, rimanendo ferma l'eccezione di pubblicabilità dell'ordinanza cautelare per l'elevato interesse pubblico. Più nel dettaglio, non è comprensibile la novità dell'introduzione del doppio binario processuale di separazione delle conversazioni (cautelare e ordinario) in ragione della pubblicabilità del materiale intercettato, mentre bisognerebbe ragionare su un'unica procedura di stralcio delle comunicazioni o conversazioni, a garanzia della riservatezza delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti; pertanto, anche quando richiesta e provvedimento cautelare si fonda su comunicazioni o conversazioni captate, dovrebbe operare, nella fase conclusiva delle indagini, la procedura di stralcio, previo contraddittorio tra le parti, con pubblicabilità delle sole conversazioni rilevanti.

³⁴ Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, p. 5, nella quale si evidenzia che «la procedura è solo eventuale; per il caso in cui il materiale intercettativo rilevante sia stato già utilizzato per l'emissione di un provvedimento cautelare, è lo stesso pubblico ministero a provvedere all'acquisizione al fascicolo delle attività di indagine». Di conseguenza l'utilizzazione in fase cautelare consente di «sfruttare il controllo selettivo che esercita il giudice della cautela, il quale, ove tra gli atti allegati alla richiesta, vi siano verbali di comunicazioni o conversazioni irrilevanti, ordina la restituzione al pubblico ministero per la custodia nell'archivio».

³⁵ A. Scalfati, *Tomografia di una riforma*, in Id. (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 11, il quale osserva come «non è pensabile, soprattutto nei procedimenti dove le intercettazioni hanno avuto una lunga durata o riguardano una pluralità di soggetti, che la difesa risulti effettiva se le si consente la sola disseminazione del materiale nei locali della Procura della Repubblica senza ottenere copia su un supporto informatico». T. Bene, *La riforma parziale (e il gorilla invisibile)*, in Id. (a cura di) *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 20, secondo la quale la difesa si troverà in una «posizione svantaggiata, poiché solo attraverso l'ascolto diretto delle conversazioni potrà verificare l'irrelevanza delle conversazioni per il procedimento o il loro contenuto sensibile o non pertinente» p. 20; Id., *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, in A. Scalfati (a cura di) *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, cit., p. 298.

E ciò a maggior ragione per il fatto che la selezione richiede un necessario confronto dialettico delle parti (non previsto logicamente nella fase cautelare) e, tra l'altro, come da prassi, coincide con la fase conclusiva delle indagini, se dal deposito, nel momento terminale delle operazioni di intercettazione, può derivare un grave pregiudizio per le indagini. Del resto, un'effettiva selezione delle comunicazioni o conversazioni richiederebbe anche l'integrale conoscenza degli atti d'indagine, una volta venuta meno la segretezza interna (fase conclusiva delle indagini), in modo da operare una valutazione complessiva e verificarne la manifesta estraneità degli stessi rispetto al fatto oggetto del procedimento penale.

Su questo terreno potrebbe avere senso la disposizione di cui al comma 6 dell'art. 268 *ter* c.p.p., pure essendo sottoposta la sua attuazione all'esercizio delle facoltà delle parti, nel caso fosse stato previsto un unico binario processuale sul c.d. stralcio.

Tuttavia, oggi, tale disposizione sembra poco coerente con la logica di tutela della riservatezza (di proteggere e/o di evitare la diffusione dell'irrilevante), nel momento in cui il pubblico ministero dovesse chiedere al giudice «in relazione alle comunicazioni o conversazioni», utilizzate per l'adozione della misura cautelare, di cui al comma 1 dell'art. 268 *ter* c.p.p., «l'eliminazione dal fascicolo dei verbali e delle registrazioni di cui ritiene, per elementi sopravvenuti, l'irrilevanza» (art. 268 *ter*, comma 6, c.p.p.), poiché i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite dal fascicolo di cui all'art. 375, comma 5, c.p.p. non sarebbero più coperti da segreto (artt. 269, comma 1 *bis*, e 268 *ter*, comma 1, c.p.p.); né vi sarebbe una questione di reviviscenza del segreto, perché una volta abolito il medesimo con l'allegazione delle conversazioni alla richiesta cautelare, non lo si potrebbe ripristinare, fermo restando l'eventuale recupero di tale materiale nel caso dovesse risultare la sua successiva rilevanza nel corso del procedimento penale.

Infine, l'intervento di riforma suscita perplessità in ordine alla eliminazione dal comma 3 dell'art. 269 c.p.p. dell'ingente presupposto fissato nella locuzione «quando la documentazione non è necessaria per il procedimento» che consentiva agli interessati di chiedere la distruzione delle registrazioni a tutela della riservatezza prima della sentenza irrevocabile³⁶.

La *ratio* della conservazione – della distruzione e dei limiti della stessa – della documentazione inerente all'intercettazione risiede nell'esigenza di tutelare sia la riservatezza in ordine a circostanze e fatti estranei al procedimento penale sia la non dispersione di elementi che potrebbero, invece, essere oggetto successivamente di interesse processuale.

L'eccesso di garanzie previste per la riservatezza si giustificava, secondo la disposizione pre-vigente, con la mancanza di una copertura della segretezza sul materiale stralciato (il riferimento è alla possibilità eccezionale di distruggere il materiale prima della sentenza irrevocabile, nonché in via ordinaria di quello inutilizzabile).

Con l'istituzione dell'archivio riservato e relativa protezione, distruggere il materiale irrilevante (non più il non necessario), prima della sentenza irrevocabile, risulta un'operazione non più necessaria, in quanto la riforma offre maggiori garanzie³⁷, in vista dell'imprevedibile interesse processuale sul materiale probatorio.

³⁶ Comparando, difatti, il parametro del manifestamente irrilevante e del non necessario pare che la distruzione della documentazione presupponga una valutazione più ingente o significativa, non essendo in sostanza la documentazione indispensabile o essenziale (necessaria) per il procedimento.

³⁷ *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo*, cit., p. 6. Qui si evidenzia che il nuovo sistema ruota intorno alla novità dell'archivio riservato, luogo della segretezza investigativa, in cui sono collocati sin da subito i risultati delle operazioni di intercettazione.