

## QUESITI

---

**ALBERTO CISTERNA**

### **L'autoregolamentazione delle intercettazioni nelle linee guida delle procure\***

I protocolli di autoregolamentazione, di cui si sono dotate alcune tra le più importanti procure della Repubblica nella materia delle intercettazioni, sono considerati da molti osservatori un buon viatico per porre rimedio a criticità che sono sotto gli occhi di tutti da parecchi anni ormai.

1. Prima di procedere alla disamina della porzione più rilevante delle linee guida è bene porre alcune questioni preliminari. La prima concerne il fondamento giuridico di questa potestà che i procuratori hanno inteso esercitare con l'adozione dei provvedimenti in parola. Nessuno degli atti cura di indicare alla stregua di quali disposizioni ordinamentali e/o processuali sia da ritenere in facoltà del procuratore della Repubblica "autointegrare" il *corpus* di norme codicistiche (artt. 266 ss. c.p.p.) ed extracodicistiche (art. 13 d.l. n. 152 del 1991) che regolano le captazioni. Tuttavia un controllo in questa direzione pare pur sempre necessario al fine di poter delineare, anche, quali conseguenze possano derivare dalla violazione o dalla semplice inosservanza di queste regole domestiche che refluiscano nelle indagini preliminari eseguite con l'ausilio delle intercettazioni.

Orbene, innanzitutto, deve aversi riguardo all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 106 del 2006 (recante «Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero») secondo cui «Il procuratore della Repubblica assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio» e le direttive di cui si discute concorrono innanzitutto a questa finalità. Inoltre l'art.4, sotto il titolo «impiego della polizia giudiziaria delle risorse finanziarie e tecnologiche», prevede che «Per assicurare l'efficienza dell'attività dell'ufficio, il procuratore della Repubblica può determinare i criteri generali ai quali i magistrati addetti all'ufficio devono attenersi nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche assegnate e nella utilizzazione delle risorse finanziarie delle quali l'ufficio può disporre ... Ai fini di cui al co. 1, il procuratore della Repubblica può definire criteri generali da seguire per l'impostazione delle indagini in relazione a settori omogenei di procedimenti».

\* Il presente contributo costituisce integrazione, con note e modifiche nel testo, dell'articolo pubblicato dall'Autore sulla rivista Guida al diritto, 7 maggio 2016 n.20.

È una disposizione che, ad un primo sguardo, ben si presta ad assicurare al procuratore capo la potestà di un intervento di questo genere, potendo certo annoverarsi tra i «criteri generali» da osservare «in relazione a settori omogenei di procedimenti» anche una linea guida che riguardi le indagini nelle quali si ricorre alle intercettazioni telefoniche o ambientali e puntualizzi, in dettaglio, le modalità di esecuzione, conservazione, documentazione delle conversazioni captate.

Secondariamente si pone il problema della tutela delle prerogative dei difensori (troppo volte intercettati nei colloqui in carcere con i propri assistiti), degli imputati e dei terzi estranei. A questo riguardo, sempre il d.lgs. 106/2006, detta una disposizione generale secondo cui «il procuratore della Repubblica assicura ... il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio», norme tra le quali occupa un posto di assoluto rilievo la salvaguardia del diritto di difesa e l'inviolabilità delle conversazioni tra difensore ed imputato<sup>1</sup>.

In terzo luogo nulla esclude che tra le direttive che il pubblico ministero può impartire alla polizia giudiziaria (ad es. ex art. 357 c.p.p.) vi siano quelle inerenti talune attività complementari da svolgere nell'esecuzione, sempre delegata dal pm ai sensi dell'art. 267, co. 4, c.p.p., delle attività di intercettazione.

**2.** In linea generale il codice non abilita il pubblico ministero ad impartire disposizioni a contenuto generale nei confronti della polizia giudiziaria, la quale - malgrado la direzione delle indagini competa all'ufficio di procura - ha spazi di autonomia che possono essere compressi di volta in volta, ossia solo attraverso una delega specifica (art. 370 c.p.p.) al compimento di singoli atti (come accade per le intercettazioni ex art. 267, co. 4, citato).

Al di là di queste ipotesi è controverso che queste direttive generali possano avere un'efficacia vincolante, anche se ne è intuitiva la *moral suasion* che esercitano sulla polizia giudiziaria. È un punto estremamente delicato e non attentamente scrutinato nelle interrelazioni tra pubblico ministero e polizia giudiziaria. Se è vero, infatti, che per decenni il dibattito è stato orientato dalla

---

<sup>1</sup> A condizione, ovviamente, che le conversazioni in questione non costituiscono di per sé la prova di un reato alla cui commissione concorra il difensore: «L'art. 103, co. 5, c.p.p., nel vietare le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, mirando a garantire l'esercizio del diritto di difesa, ha ad oggetto le sole conversazioni o comunicazioni relative agli affari nei quali i legali esercitano la loro attività difensiva, e non si estende, quindi, alle conversazioni che integrino esse stesse reato. (Nella specie, la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione impugnata, che aveva reputato esulanti dal mandato difensivo, e idonei a provare l'intraneità del ricorrente ad una associazione di stampo mafioso, i suggerimenti forniti al cliente circa le modalità per eludere le indagini mediante ricorso ad un passaporto falso onde rendersi latitante)» così Cass., Sez. II, 6 ottobre 2015, Bellocco, in *Mass Uff.*, n. 265096; ed anche Id., Sez. V, 25 settembre 2014, Galati, *ivi*, n. 261081.

prospettiva di conferire un'effettiva attuazione all'art. 109 Cost. - stimandosi da parte dei più che la diretta disponibilità della polizia giudiziaria da parte del pm fosse una condizione indispensabile per l'autonomia e l'indipendenza del requirente tenuto all'osservanza del principio di obbligatorietà dell'azione penale - è pur vero che la prassi dell'ultimo decennio consegna torsioni che meritano attenzione e vigilanza. Le interferenze e le interconnessioni tra magistrati del pubblico ministero e responsabili della polizia giudiziaria, connotate talvolta da progressioni parallele di carriere e comuni destinazioni in sedi ed uffici, corre il rischio di incrinare il principio di separazione tra poteri dello Stato che deve sempre demarcare le relazioni tra autorità giudiziaria ed autorità di polizia. Il controllo di legalità che il pubblico ministero è chiamato ad esercitare sulla correttezza dell'operato di polizia e sul rispetto delle garanzie processuali (cfr. art. 1, co. 1, d.lgs. n. 106 del 2006 citato) non può essere alterato da interferenze reciproche negli avanzamenti di grado, da cooptazioni, così come da "ordini generali" capaci di incidere sull'autonomia organizzativa e processuale della polizia giudiziaria, rivendicata (anni or sono) con un certo vigore<sup>2</sup> e, poi, dismessa per agevolare l'allargamento osmotico delle prerogative funzionali del pubblico ministero in favore degli investigatori<sup>3</sup>.

3. Quindi, in primo luogo, perché possa profilarsi una responsabilità della polizia giudiziaria delegata all'esecuzione delle intercettazioni è (probabilmente) indispensabile che il protocollo di autogestione stilato dal procuratore della Repubblica sia espressamente menzionato nel decreto *ex art.* 267, co. 3 e 4, c.p.p. con cui il pubblico ministero devolve l'ascolto e ne fissa le modalità di esecuzione.

---

<sup>2</sup> Cfr. ad esempio l'art. 8, co. 1, legge n. 128 del 2001 che ha modificato il comma 3 dell'art. 348 c.p.p. secondo cui: «Dopo l'intervento del pubblico ministero, la polizia giudiziaria compie gli atti ad essa specificamente delegati a norma dell'art. 370, esegue le direttive del pubblico ministero ed inoltre svolge di propria iniziativa, informandone prontamente il pubblico ministero, tutte le altre attività di indagine per accertare i reati ovvero richieste da elementi successivamente emersi e assicura le nuove fonti di prova», con una vistosa dilatazione dell'autonomia investigativa della polizia giudiziaria.

<sup>3</sup> In controtendenza era, in tale contesto, l'art. 1, co. 26, d.d.l. 1415-C recante «Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. Modifica della disciplina in materia di astensione del giudice e degli atti di indagine. Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche» approvato dalla Camera dei Deputati l'11 giugno 2009 e modificato dal Senato della Repubblica il 10 giugno 2010 che prevedeva la riscrittura dell'art. 379-*bis* c.p. (Rivelazione illecita di segreti inerenti a un procedimento penale) stabilendo, tra l'altro, che «Per i reati di cui al presente articolo la competenza è determinata ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale», ossia la traslazione del procedimento nel distretto limitrofo in modo da evitare che le indagini sulle fughe di notizie fossero svolte in modo domestico dal pubblico ministero del procedimento in questione e/o dalla polizia giudiziaria delegata.

Secondariamente, vedremo, i codici di autoregolamentazione delle Procure prevedono specifici oneri per i magistrati dell'ufficio inquirente nella trattazione dei risultati dell'attività di intercettazione e, a questo riguardo, soccorre probabilmente l'art. 2, co. 1, lett. n), d.lgs. n. 109 del 2006 che appresta una specifica ipotesi di responsabilità disciplinare di tipo "funzionale" nella «reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici adottate dagli organi competenti»<sup>4</sup>.

A questo, integrativamente, potrebbe accompagnarsi l'ulteriore fattispecie disciplinare di cui all'art. 2, co. 1, lett. d) secondo cui costituiscono illecito «i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori». Il riferimento all'abitudine implica una reiterazione delle condotte, mentre il requisito della gravità potrebbe rendere sufficiente anche una sola attività di intercettazione che non sia rispondente ai canoni prescritti dal capo dell'ufficio (da notare che nella norma in questione non vengono in considerazione i cc.dd. terzi estranei coinvolti dalle captazioni).

L'attivazione di questi dispositivi sanzionatori compete direttamente al procuratore della Repubblica (art. 14, co. 4, d.lgs. n. 109 del 2006 citato) ed al procuratore generale presso la Corte d'appello in ragione, anche, delle ampie facoltà che gli sono riservate dall'art. 6 d.lgs. n. 106 del 2006 «al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei procuratori della Repubblica dei poteri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici ai quali sono preposti, acquisisce dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto ed invia al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno annuale»<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., Sez. un. civili, 25 marzo 2013, n. 7383, in *Mass. Uff.*, n. 625556: «La responsabilità disciplinare del magistrato per l'illecito di cui all'art. 2, co. 1, lett. n), d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 presuppone che l'inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario adottate dagli organi competenti si presenti "grave" o "reiterata", sicché risulta affetta dal vizio di cui all'art. 360, primo co., numero 5), c.p.c. la sentenza con cui la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura - esclusa la sussistenza della reiterazione dell'inosservanza - abbia omesso un'espressa e formale valutazione in ordine al requisito della sua "gravità", allorché la stessa non sia neppure indirettamente ricavabile, in modo univoco, dalla mera narrazione dei fatti accertati contenuta nella sentenza».

<sup>5</sup> Cfr. in proposito la delibera CSM del 20 aprile 2016 in materia di limiti e poteri del procuratore generale ex art. 6 d.lgs. n. 106 del 2006, secondo cui «... il perimetro del potere ex art. 6 d.lgs. 106/2006 va in questi termini correttamente inquadrato e non consente al Procuratore generale di svolgere una funzione di coordinamento investigativo, se non nei casi e con gli stretti limiti in cui tale funzione è prevista espressamente dalla legge (cit. art. 118 bis disp.att., dell'art. 372 co. 1-bis) in forma sussidiaria, organiz-

È un circuito di vigilanza ancora in attesa di un definitivo collaudo (l'ultima riunione plenaria dei procuratori d'appello si è svolta presso la procura generale della Cassazione il 14-15 aprile 2016), ma che, allo stato, dovrebbe consentire ai procuratori generali presso le Corti d'appello di verificare il rispetto delle direttive di cui si discute in materia di intercettazione.

In definitiva si dipana una trama non particolarmente rassicurante poiché si esaurisce nell'*inner circle* dell'ufficio del pubblico ministero e, comunque, in una dimensione disciplinare che, di certo, non offre alcuna tutela ai soggetti privati (imputato, difensore, terzo estraneo) i cui fondamentali diritti, spesso di rango costituzionale, sono incisi dalle attività di intercettazione e dalle lamentate distorsioni applicative.

È, probabilmente, proprio questo il limite dei provvedimenti di autodisciplina di cui si discute: assicurare una sorta di protezione "paternalistica", ossia dall'alto, per le posizioni giuridiche meritevoli di tutela senza che le parti private abbiano la possibilità di azionare in sede giurisdizionale rimedi specifici sul piano della nullità o della inutilizzabilità delle captazioni oltre quelli vigenti nel codice. Probabilmente è da ritenere che il privato, leso da condotte distoniche rispetto alle autodeterminazioni dei procuratori della Repubblica, possa agire per il risarcimento dei danni in sede civile, lamentando la violazione di queste direttive. Ma la questione resta sempre fuori dal perimetro del processo penale e, questo, è un limite insuperabile di questa autodichia del pubblico ministero.

In ogni caso la procura di Napoli ricorda che, laddove l'avviso di deposito ex art. 268 c.p.p. avvenga in uno con l'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-bis c.p.p.<sup>6</sup>, «attivata tale procedura e fino al suo esaurimento, non verranno

---

*zativa e in ultima analisi "patologica" attraverso il potere di avocazione, ed in ogni caso attinente al rapporto interno fra uffici requirenti del Distretto. Deve escludersi, di conseguenza, un potere di direttiva esterna - rivolta agli organi di polizia giudiziaria ed a quelli amministrativi con poteri di accertamento - che abbia ad oggetto protocolli investigativi o linee guida per l'interpretazione delle norme che incidano sullo svolgimento delle indagini, essendo tale potere demandato esclusivamente al Procuratore della Repubblica nell'ambito del più generale potere di assicurare il corretto puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale nel circondario».*

<sup>6</sup> Cfr. da ultimo Cass., Sez. III, 8 aprile 2015, Tola e altri, *Mass. Uff.*, n. 264522: «In tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, il mancato avviso al difensore del deposito nella segreteria del P.M. dei verbali e delle registrazioni non è causa di nullità (non espressamente prevista) né di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, atteso il mancato richiamo, nell'art. 271 c.p.p., al quarto e al sesto comma dell'art. 268 dello stesso codice. (In motivazione la Suprema Corte ha precisato che l'avvertimento circa il deposito della documentazione relativa alle indagini, contenuto nell'avviso ex art. 415 bis c.p.p., deve ritenersi equipollente all'avviso di cui al predetto sesto co.a, dell'art. 268)». Si veda anche Leo, *Non è illegittima la disciplina che consente la sospensione dei termini di custodia, in fase dibattimentale, con riguardo alla perizia di trascrizione delle intercettazioni*, (nota a Corte cost., n. 204 del 2012), in *www.penalecontemporaneo.it* che ha ritenuto infondata la questione di legittimità del comma

no meno i divieti di cui ai co. 1 e 2 dell'articolo 114 c.p.p. e gli atti rimarranno processualmente segreti fino al momento in cui il giudice competente - e non il pubblico ministero - assumerà doverosamente, da un lato, le decisioni relative ad inutilizzabilità di atti o a manifesta irrilevanza di registrazioni e flussi di comunicazioni informatiche o telematiche contenenti dati sensibili di cui il pubblico ministero stesso abbia richiesto lo stralcio e, dall'altro, quelle relative ad eventuali richieste difensive di estrazione di copie dei medesimi». Circo- stanza, questa, che sinora non ha certo impedito la divulgazione di materiale investigativo coperto da segreto d'indagine, ma che è resa più cogente per il pubblico ministero sotto il cennato profilo disciplinare.

**4. I provvedimenti in esame non rispondono tutti alla medesima logica e tra- gono origine da contesti operativi non del tutto assimilabili.**

Così la direttiva della procura di Napoli muove dalla considerazione che «con il presente provvedimento si intende, in primo luogo, dettare specifiche diret- tive al fine di evitare l'ingiustificata diffusione di conversazioni intercettate nel corso di indagini che siano del tutto estranee e irrilevanti ai fini della proficua conduzione delle stesse o addirittura inutilizzabili; in secondo luogo, analizza- re gli adempimenti gravanti sul pubblico ministero al fine di distruggere le conversazioni inutilizzabili o senza alcun dubbio prive di qualsivoglia rilevan- za penale, specie nel caso in cui la obbligatorietà di detta distruzione sia stata esplicitamente rimarcata dal legislatore».

La prima direttiva romana era, a sua volta, circoscritta alla formulazione di «criteri direttivi in tema di intercettazioni di conversazioni tra l'indagato e il suo difensore». Il provvedimento della procura di Torino precisa, invece, che «la necessità di emanare le presenti linee guida trae occasione dalle conside- razioni depositate da uno studio legale di Torino, in merito al rilascio di copie di dvd contenenti registrazioni di conversazioni telefoniche o tra presenti, nonché di comunicazioni informatiche telematiche ed in merito al pagamento dei relativi diritti. Tale problematica, però, ha indotto il procuratore ad esten- dere il contenuto del presente provvedimento, dando indicazioni anche in ordine alle modalità di deposito e rilascio di copie su supporto magnetico o in cartaceo (inclusi i cd. brogliacci redatti dalla polizia giudiziaria) delle suddette registrazioni. Per quanto si tratti - infatti - di argomenti oggetto di comune esperienza e di recenti pronunce delle Sez. un. e di varie sezioni penali della Corte di cassazione, le linee guida oggetto di questo provvedimento appaiono

---

2 dell'art. 304 c.p.p., per l'asserita irregolarità dello slittamento alla fase dibattimentale della perizia di trascrizione "complessa".

utili sia a seguito di alcuni quesiti prospettati da magistrati e dal responsabile dell'Ufficio intercettazioni di questa procura, sia in relazione al rilievo della materia che - pur considerando l'importanza delle intercettazioni come strumento d'indagine - presenta indubbi collegamenti con i temi della tutela della riservatezza e del diritto d'informazione, entrambi di rilevanza costituzionale». Conseguentemente è la direttiva torinese a contenere un'ampia ed articolata disciplina di dettaglio che, sostanzialmente, accompagna tutte le disposizioni codicistiche in materia di intercettazioni, offrendone un'interpretazione volta a meglio descrivere gli adempimenti che competono al pubblico ministero ed alla polizia giudiziaria e a curarne il corretto svolgimento.

Ovviamente tutti e tre i provvedimenti esaminano i profili di criticità dell'attività di intercettazione nella prospettiva dei rimedi azionabili dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria. Sarebbe stato impensabile che fossero concordate con gli organi giudicanti intese regolatrici comuni. Tuttavia non si può fare a meno di considerare che l'intercettazione viene solo "richiesta" dal pubblico ministero e che essa è e resta (al pari delle misure cautelari) un provvedimento del giudice. Tutte le procedure previste in autodisciplina considerano ovviamente questo dato che concentra, secondo il codice di rito, in capo al giudice il sindacato sulla legittimità, rilevanza e pertinenza delle captazioni che sono "solo" raccolte dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero, a sua volta autorizzato dal gip.

L'ampia manipolazione delle conversazioni - ovviamente sotto l'esclusivo profilo della loro selezione processuale - è certo imposta dalla necessità di assicurare un governo alle registrazioni nella fase cruciale dell'impiego e del deposito a fini cautelari (v. oltre) in cui non può trovare applicazione il complesso congegno previsto dall'art. 268 c.p.p. e ciò determina, come inevitabile risultato finale, che sul pubblico ministero si concentri una funzione di garanzia e di tutela di rilevanti posizioni soggettive<sup>7</sup> che, a stretto rigore e secondo l'ordinamento, dovrebbe competere al giudice. A costui - invece - nella disciplina secondaria approntata dalle procure della Repubblica risulta affidato un ruolo che appare, in definitiva, di mera ratifica e controllo "esteriore" sulle attività di polizia. È difficile immaginare che la selezione del giudice *ex art.*

---

<sup>7</sup> Ad es. Cass., Sez. III, 8 gennaio 2015, Wang, in *Mass. Uff.*, n. 261795: «In tema di intercettazioni, la richiesta del difensore di accedere, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma dell'art. 268 c.p.p., alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cosiddetti "brogliacci" di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare deve essere presentata tempestivamente al pubblico ministero e, nel decidere su eventuali doglianze concernenti la lesione del diritto di difesa, il giudice deve valutare la congruità del termine a disposizione del difensore per esaminare la documentazione, tenendo conto del numero e della durata delle conversazioni».

268 c.p.p. possa avere un perimetro diverso da quello individuato dal pubblico ministero all'atto del deposito della richiesta cautelare, malgrado il contributo (sempre *soft*) delle parti private.

La fonte di prova rappresentata dalle intercettazioni com'è noto - per la sua natura di "atto a sorpresa" - non prevede un contraddittorio anticipato per la sua assunzione. E, infatti, il contraddittorio si concentra per intero sulla fase successiva quando il complesso delle acquisizioni investigative scorre sotto il controllo del giudice (quanto al contenuto) e della difesa (quanto, anche, all'iniziale provvedimento autorizzativo dello stesso gip). La centralità di questa fase è resa del tutto evidente dal confronto con il diverso regime delle intercettazioni preventive di cui all'art. 226 disp. att. c.p.p. (valevole ai sensi della legge n. 124 del 2007 anche per i servizi di intelligence), ove la totale inutilizzabilità del materiale raccolto esclude il controllo giurisdizionale sia nella fase dell'autorizzazione (rilasciata dal pubblico ministero o dal procuratore generale della Corte d'appello di Roma) che in quella del deposito dei risultati delle captazioni<sup>8</sup>.

Quindi la selezione delle conversazioni rilevanti per il procedimento, secondo il codice, non può subire alcun intervento anteriormente all'incardinarsi di questo contraddittorio che l'art. 268 c.p.p. descrive in modo minuzioso e, in apparenza, insuscettibile di deroghe: ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso che - entro il termine fissato dal pubblico ministero (co. 4) o entro quello prorogato dal giudice (co. 5), hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. Scaduto il termine, il giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano manifestamente irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Il pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima.

Compete, quindi, in esclusivo al giudice - in contraddittorio con le parti - escludere dal compendio delle conversazioni da acquisire e, poi, trascrivere, quelle che «appaiano manifestamente irrilevanti» e quelle «inutilizzabili» (ad

---

<sup>8</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia che ha accertato la violazione del diritto al rispetto della vita privata in riferimento a una legge russa legittimante un sistema di intercettazione di telefonia mobile funzionale allo svolgimento di attività di indagine da parte del servizio di sicurezza federale. In particolare, la violazione è stata ritenuta dalla CEDU essendo risultata lacunosa e non fornendo adeguate garanzie procedurali, la legge che, come tale, non soddisfa il requisito della «qualità della legge» e non consente di configurare le misure di intercettazione da essa previste come «necessarie in una società democratica».



es. perché intercorse con il difensore). Si badi bene: questo controllo non è onnicomprensivo, ma è circoscritto alle conversazioni «indicate dalle parti» cui compete – ciascuna secondo la propria prospettiva – la segnalazione al giudice delle conversazioni ritenute utili ai fini di causa. Nel caso del pubblico ministero questo compito è, quasi sempre, affidato alla polizia giudiziaria che estrapola la comunicazioni indicate nell’informativa di reato.

La questione è, invece, problematica sul versante della difesa che potrebbe avere interesse all’acquisizione e trascrizione di altre conversazioni che la polizia giudiziaria non ha censito nei propri atti. Spesso, ma non sempre, ciò accade in buona fede, perché l’operatore addetto all’ascolto (che nei procedimenti di criminalità organizzata può essere anche solo un agente di polizia giudiziaria in deroga all’art. 267, co. 4, c.p.p.) non ha inteso la rilevanza di quella conversazione o perché non ne può percepire, in anticipo, l’efficacia dirimente per la posizione dell’imputato.

Per evitare che la difesa si sobbarchi il compito immane di ascoltare le conversazioni (come pure ha facoltà di fare, come visto), l’art. 268, co. 1 e 2, c.p.p. prevede che «le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni è redatto verbale. Nel verbale è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate».

Questa trascrizione, anche sommaria, consegue il risultato di consentire un controllo sull’attività di intercettazione e di abilitare la difesa alla selezione di cui si è detto. In sé il meccanismo procedurale è perfetto (cfr. anche le garanzie di custodia dell’art. 89 disp. att. c.p.p.). Semmonché il problema è rappresentato dalle conversazioni che coinvolgono terzi ignari e/o gli stessi indagati per profili carenti di qualunque rilevanza e meritevoli di protezione (il provvedimento di Napoli prende correttamente in esame la tipologia dei "dati sensibili" previsti dall’art. 4 lett. d d.lgs. 30 giugno 2003. n. 196 c.d. "Codice della Privacy", in particolare dati personali relativi a opinioni politiche o religiose, sfera sessuale, stato di salute). È evidente che, stando al tenore letterale ed inequivoco della norma, la trascrizione anche di queste comunicazioni sia dovuta e debba essere posta a disposizione delle parti: l’art. 268 c.p.p. è chiaro ed inderogabile sul punto. Ma è altrettanto chiaro che devono escludersi da una trascrizione integrale (spesso quella più imbarazzante e lesiva) le conversazioni che lo stesso articolo qualifica come «manifestamente irrilevanti» e quelle «inutilizzabili».

La locuzione «anche sommariamente» è direttamente correlata agli adempimenti successivi scanditi dall’art. 268 c.p.p. Il codice, nella sua lettera e nella sua *ratio*, abilita la (o impone alla) polizia giudiziaria ad una trascrizione me-

ramente sommaria, ossia sintetica, di quelle captazioni che non sopravviverebbero al vaglio di cui al co 6.

In questi termini le disposizioni non necessitano di alcuna eterointegrazione da parte del pubblico ministero, rappresentando un *minimum* prescrittivo di natura inderogabile.

Il precetto è chiaro: si trascriva, ma solo sommariamente, l'inutilizzabile o il manifestamente irrilevante in modo da consentire comunque un controllo alla difesa. La trascrizione integrale deve intendersi in questi casi interdotta alla polizia giudiziaria, poiché non conducente a nessuno degli adempimenti previsti dal codice di rito. L'esaurimento dell'illegittima prassi di trascrivere per intero conversazioni irrilevanti o inutilizzabili naturalmente comprimerebbe drasticamente la lesione della privacy dell'imputato o di terzi, atteso - come dire - lo scarso appeal mediatico di striminzite sintesi di polizia.

5. Rispetto a questa soluzione che, sulla scorta del solo dettato normativo, orienta già la polizia giudiziaria circa i contenuti del verbale e la completezza o meno delle trascrizioni (cd. brogliacci), le direttive in commento attuano una più complessa manovra che distingue - è il caso delle procure di Napoli e di Torino - tra la fase cautelare e quella, per così dire, ordinaria in ragione degli adempimenti imposti (nel primo caso) dagli artt. 291, 293, 309 co. 5 e 310 c.p.p.), largamente anticipatori della disciplina dettata dall'art. 268 c.p.p. Anzi accade quasi sempre che il pubblico ministero abbia conseguito dal gip l'autorizzazione a ritardare il deposito delle intercettazioni «non oltre la chiusura delle indagini preliminari» (art. 268, co. 5, c.p.p.), per cui l'intera procedura di *discovery* regolata dal codice è dilazionata rispetto all'emissione della misura coercitiva.

Ed è questo il *vacuum* normativo che i provvedimenti organizzativi di Napoli, Torino e via seguitando intendono regolare. La direttiva partenopea prescrive ai pubblici ministeri che la selezione delle conversazioni da utilizzare nella fase custodiale «dovrà essere eventualmente compiuta dal pubblico ministero in un momento precedente, in quanto spetta al pubblico ministero selezionare, prima dell'invio al giudice competente degli atti posti a sostegno della richiesta di misura cautelare, il materiale acquisito (tra cui le trascrizioni o sintesi delle intercettazioni normalmente redatte della P.G sui cd. "brogliacci" ed i relativi supporti audio o informatici) di cui ritenga di dover tutelare la riservatezza per una delle seguenti ragioni: 1) per necessità di prosecuzione di indagini nello stesso procedimento o anche in altri procedimenti (quando ricorrano le condizioni previste dall'art. 270 c.p.p.); 2) per inutilizzabilità a qualunque titolo, come - ad es. - nei casi di cui agli artt. 103, co. 5, c.p.p. (ovviamen-

te quando l'avvocato non sia indagato e, ove lo sia, per conversazioni con suoi assistiti attinenti alle sue attività professionali); 270-*bis* c.p.p. (salvo che non ricorrano le condizioni di cui al co. 3 o il Presidente del Consiglio ne abbia autorizzato l'utilizzo o siano decorsi i termini di cui al comma 4 dell'articolo 270-*bis* c.p.p.), art. 6 legge 20 giugno 2003, n. 140 contenente "Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato" (ovviamente considerando quanto deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 390 del 19 novembre 2007) o art. 271 c.p.p.; 3) perché non pertinente all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede e contemporaneamente rientrante nella tipologia dei "dati sensibili" previsti dall'art. 4 lett. d) d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. "Codice della Privacy"), in particolare dati personali relativi a opinioni politiche o religiose, sfera sessuale, stato di salute; 4) per assoluta non pertinenza rispetto ai reati per cui viene richiesta la misura cautelare, specie se si tratti di materiali riguardanti terze persone non indagate o non direttamente intercettate. Tale scelta, tranne nei casi di assoluta inutilizzabilità, non potrà mai portare in questa fase al mancato inoltro al Giudice, ai fini del successivo deposito, di trascrizioni e/o registrazioni di conversazioni e/o scambio di comunicazioni informatiche o telematiche astrattamente, anche se indirettamente, favorevoli all'indagato».

Come si vede la questione necessita di una regolamentazione che, per quanto possibile, anticipi le linee di intervento previste dall'art. 268 c.p.p. anche al fine di evitare che nella fase cautelare si utilizzino conversazioni che non supererebbero, poi, il vaglio del contraddittorio di cui al co. 5 citato e vanifichino il controllo della difesa e del giudice.

In questa sede il pubblico ministero è chiamato ad un esercizio di trasparenza e di correttezza che, ora, attraverso le direttive emanate, può trovare una sanzione sul piano disciplinare (come detto). È evidente che l'accesso del difensore alle intercettazioni, ed ai relativi atti posti a fondamento della pretesa cautelare, si eserciterà nell'alveo di una scelta comunque discrezionale del pubblico ministero (e della polizia giudiziaria) e, appropriatamente, le direttive di Napoli e Torino auspicano che - al momento della richiesta cautelare - sia messo a disposizione l'intero materiale raccolto: «La selezione del materiale da non inviare al Giudice a sostegno della richiesta di misura cautelare deve quindi essere operata con criteri restrittivi ed, anzi, tendenzialmente, sarebbe auspicabile che i magistrati procedenti avessero esaurito tutte le indagini necessarie e conseguenti alle conversazioni registrate e/o a scambio di comunicazioni informatiche o telematiche prima dell'inoltro al giudice competente delle eventuali richieste di misure cautelari in modo da non precludere ai di-

fensori l'accesso effettivo e la conoscenza - nella misura più ampia possibile - dei contenuti di tutte le comunicazioni acquisite agli atti del procedimento».

È un indirizzo operativo che, naturalmente, non può condurre ad un'indiscriminata *discovery* di tutte le conversazioni con la relativa trascrizione integrale, essendo ovvio l'enorme nocumento che una tale opzione comporta per l'imputato ed i terzi. Il criterio qui proposto della trascrizione "sommaria" recupera, allora, valore anche nella fase cautelare dovendosi pur sempre allegare le conversazioni "non utili" con una sintesi, la più stringata possibile, del loro contenuto.

Da questo punto di vista la direttiva della procura di Napoli prevede un regime di secretazione di queste ultime conversazioni ancora più stringente rispetto al disposto normativo in esame visto che prescrive nei «casi in cui durante la fase delle indagini preliminari si verifica l'acquisizione di conversazioni o comunicazioni inutilizzabili o irrilevanti e contemporaneamente contenenti dati sensibili sono numericamente esigui e perché gli organi di polizia giudiziaria cui il presente provvedimento viene pure inviato provvederanno (o continueranno a provvedere ove si tratti di prassi già attuata) ad indicare - nei brogliacci o nei verbali delle operazioni da loro redatti - l'avvenuta registrazione di tali conversazioni o comunicazioni, indicandone data ed ora, nonché gli apparati su cui la registrazione è intervenuta, senza alcuna sintesi delle conversazioni e comunicazioni e senza indicazione delle persone tra cui le stesse siano intervenute».

Del tutto identica l'indicazione operativa della procura della Repubblica di Torino. La direttiva della procura di Roma prevede invece, con riguardo al caso dei colloqui tra imputato e difensore, che «le conversazioni non dovranno essere riportate nei brogliacci redatti dalla polizia giudiziaria, nei quali verrà apposta la annotazione "conversazione con il difensore non utilizzabile", né potranno, di conseguenza, essere riportate nelle informative, comprese quelle redatte a supporto delle richieste di autorizzazione e di proroga delle intercettazioni, né potranno essere utilizzate dal magistrato procedente per fondare richieste al giudice». Un *quid pluris* rispetto alla soluzione napoletana.