

EDITORIALE

CRISTIANA VALENTINI

Forme di privazione del diritto di difesa nello Stato senza diritto (ovvero: come un gioco di parole diventa realtà)

Il contributo presenta una disamina fortemente critica della disciplina del diritto alla copia delle intercettazioni, in particolare, e dei dati potenzialmente coperti da *privacy*, in generale, secondo l'interpretazione più recente della Cassazione e della Corte Europea dei Diritti dell'uomo.

Forms of deprivation of the right of defense in the state without law (i.e.: how a play on words becomes reality)

The contribution contains a highly critical examination of the discipline of the right to copy intercepted conversations, in particular, and of data potentially covered by privacy, more generally, according to the most recent interpretation of the Supreme Court and the European Court of Human Rights.

SOMMARIO: 1. I diritti della difesa, questi sconosciuti: il minimo ma eclatante caso del diritto alla copia delle intercettazioni. - 2. Dalle prassi ondivaghe sul diritto alla copia delle intercettazioni, alla subordinazione del diritto di difesa all'organizzazione della cancelleria. - 3. Diritto di difesa e altri diritti: bilanciamento vs. cancellazione. - 4. Diritto alla *privacy* e procedimento penale. - 5. Al tirar delle fila... - 6. Dal diritto di copia negato secondo prassi e giurisprudenza, al diritto di copia negato per legge.

1. *I diritti della difesa, questi sconosciuti: il minimo ma eclatante caso del diritto alla copia delle intercettazioni.* Si compiono in questi mesi i primi studi sugli effetti sociali della pandemia da Covid19, ovvero sulle dinamiche sociologicamente rilevabili indotte dal rischio per la salute e la vita stessa, dalla reclusione e dalle conseguenze economico-finanziarie del *lockdown*.

Il quadro di un mondo stravolto nelle sue fattezze dal virus -come nei più classici romanzi distopici- appare con chiarezza sin dalle prime valutazioni scientifiche e questo quadro tanto impattante induce una riflessione ulteriore e diversa: anche il mondo della giustizia è uscito dalla pandemia con tratti anomali, quasi che il virus avesse giocato un ruolo da cartina di tornasole nei confronti di nequizie vecchie e nuove.

Riflettiamo -in questa contingenza- sulla disciplina delle intercettazioni, anzi su di una quota parte della medesima: per anni abbiamo accettato in modo pressoché passivo uno stato di occasionale, ma eclatante violazione del diritto di difesa, rappresentato dall'impossibilità di acquisire copia delle intercettazioni - telefoniche o ambientali- nella loro interezza; ora è in procinto di entrare in vigore una riforma che trasformerà l'occasione in regola.

Ma, senza anticipazioni, vale la pena di ricomporre la problematica passo dopo passo¹, non solo per la sua indiscutibile importanza, ma anche perché essa rappresenta, in modo decisamente icastico, lo stato di degrado del processo e delle sue garanzie.

Due sentenze della Cassazione ancora abbastanza recenti, forniscono un quadro compiuto: nella prima, datata al 2018², viene respinto il ricorso promosso per abnormità dal Procuratore Generale avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale, che aveva dichiarato nullo per violazione del diritto di difesa il decreto del p.m. con cui si rigettava la richiesta difensiva di copia integrale di tutti i *file* delle intercettazioni telefoniche ed ambientali effettuate nella fase investigativa, disponendo poi il rilascio delle relative copie al difensore.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso del P.G. non solo argomentando sull'inesistenza della ventilata abnormità, ma altresì cogliendo il destro per una serie di precisazioni in punto di diritto alla copia delle conversazioni captate.

Nota anzitutto la Cassazione come, nel caso di specie, il Pubblico ministero non avesse mai attivato il *sub* procedimento disciplinato dall'art. 268 c.p.p. (c.d. udienza stralcio), con una conseguenza piuttosto evidente: «non essendo stata celebrata l'udienza stralcio, tutte le intercettazioni disposte nel procedimento devono ritenersi depositate agli atti». Del resto -viene ancora precisato- ben vero che, a termini di codice, il diritto alla copia dei *file* audio «sembra subordinato al meccanismo di filtro regimentato dall'art. 268 c.p.p., comma 6, sotteso alla tutela della riservatezza inerente dati e soggetti coinvolti nelle captazioni estranei all'interesse immediato del processo»; epperò resta altrettanto vero che «nella prassi lo stralcio viene spesso pretermesso... per venire assorbito dalle analoghe valutazioni rese in dibattimento; sicché non di rado il diritto alla copia, come nel caso di specie, finisce per essere riconosciuto senza una preventiva, esplicita, eliminazione a monte delle registrazioni manifestamente estranee al processo». Di qui, sempre secondo la Corte, la conclusione per cui la violazione del diritto alla copia dei *file* audio realizza «una compressione del diritto di difesa, tale da concretare una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art.

¹ Una compiuta, quanto acuta ricostruzione della disciplina generale delle intercettazioni, si legge in FURFARO, *Intercettazioni (profili di riforma)*, in *questa Rivista*, 2018, 1 e ss.; sul punto, sempre con ampio respiro, v. pure FILIPPI, *Riforme attuate, riforme fallite e riforme mancate degli ultimi 30 anni. Le intercettazioni*, in *questa Rivista*, 2019, 1 e ss.

² Cass., Sez. VI, 21 marzo 2018, n. 18082, in *www.dejure.it*

178 c.p.p., lett. c), perché cade direttamente sulla possibilità di vaglio critico del momento nel quale si concreta la prova, *id est* le registrazioni ...».

La decisione non appare molto argomentata nei passaggi esegetici dirimenti, ma nel complesso coglie ampiamente nel segno su due aspetti di non poco momento, che meritano di essere elencati: esatto, anzitutto, il rilievo per cui, laddove il p.m. non abbia attivato lo strumento selettivo della c.d. udienza stralcio, l'unica conclusione "a rime obbligate" è che il materiale captato debba considerarsi unitariamente depositato nel fascicolo di cui lo stesso pubblico ministero è tenuto a fare *discovery* in sede di avviso di conclusione delle indagini e che poi è altrettanto obbligato a trasmettere unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, ex art. 416 c.p.p., senza che gli sia consentita una selezione ulteriore rispetto a quella prevista dall'art. 130 disp. att. c.p.p. per le persone o per le imputazioni in relazione alle quali non sia stata esercitata l'azione penale³.

Il secondo aspetto che merita sottolineatura, attiene al rilievo, effettuato dalla Corte, in merito a quella che appare definita come "prassi", in virtù della quale l'udienza stralcio viene a mancare, rimanendo assorbita nel momento della richiesta di ammissione della prova in dibattimento, così che «non di rado il diritto alla copia, come nel caso di specie, finisce per essere riconosciuto senza una preventiva, esplicita, eliminazione a monte delle registrazioni manifestamente estranee al processo».

Qui merita soffermarsi.

Che esista una vera e propria pratica di tal genere è indiscutibile: ne costituisce attestazione proprio il provvedimento impugnato, come sottolinea la stessa Corte di cassazione, ma non solo; l'esperienza empirica assevera l'assorbimento della richiesta di trascrizione nel momento della richiesta di ammissione della prova in dibattimento, come pure il completo disuso in cui è caduta, sin dai primi anni di vigenza del codice, l'udienza di selezione disciplinata dall'art. 268 c.p.p., e ciò non per caso, quando si rammenti il rilievo effettuato in sede di

³ Tema sul quale restano attuali le riflessioni effettuate in dottrina sulla violazione del diritto difensivo ad una completa conoscenza degli atti derivante dalla «possibile sottrazione di materiale investigativo alla conoscenza della difesa di uno dei coimputati qualora il pubblico ministero proceda allo stralcio del procedimento in vista dell'esercizio dell'azione penale»: così da ultimo GALANTINI, *Il diritto all'informazione per l'effettivo esercizio del diritto di difesa nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2018, 3416; sul punto, nel senso di un possibile attrito con la CEDU, v. ALLEGREZZA, *La conoscenza degli atti nel processo penale fra ordinamento interno e convenzione europea*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008, 143 e ss. Sul diritto alla conoscenza degli atti, inteso come componente essenziale del diritto di difesa, merita leggere CIAMPI, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010, *passim*.

Relazione al Progetto Preliminare del Codice, secondo cui il diritto delle parti a conoscere le intercettazioni, ivi disciplinato, era stato espressamente previsto a fronte di una prassi applicata sotto il previgente codice che lo negava con costanza⁴, in fedele ottemperanza alla regola non scritta per cui «il grado di trasparenza della funzione giurisdizionale» è direttamente proporzionato all'effettiva quota di democraticità dello Stato⁵.

Il punto è, però, che questo dato prasseologico, tutto sommato benevolo -che da un lato obliterava l'udienza stralcio, ritardando la conoscenza delle intercettazioni da parte della difesa, ma dall'altro consentiva una piena espansione del diritto alla conoscenza (e alla copia) degli atti dopo la chiusura delle indagini- purtroppo non costituiva esattamente la regola.

Per averne contezza, sembra sufficiente la lettura della seconda sentenza, cui sopra si accennava, emessa ad appena un anno di distanza dalla prima⁶.

Quest'ultima decisione si dilunga a ricostruire lo stato dell'arte della materia con maggior dovizia di particolari e vi leggiamo, dunque, come sia «indiscutibile che indagati e difensori abbiano, al termine delle indagini preliminari, il diritto pieno e tendenzialmente non limitabile di conoscere l'intero contenuto del fascicolo del pubblico ministero e, conseguentemente, quello di estrarne copia integrale (il che significa copia dei documenti in cartaceo e di ogni altro supporto, audio, informativo o magnetico esistente in atti, anche se attinenti alle intercettazioni)»; e tutto ciò per una ragione molto semplice, che sarebbe stato difficile esprimere

⁴ Così la Relazione al Progetto Preliminare del 1988, in CONSO - GREVI - NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. IV, Padova, 1990, 677.

⁵ Così, notissima, l'impostazione di GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, 9.

⁶ Cass., Sez. IV, 28 marzo 2019, n. 16583, in *www.dejure.it*. Occorre dar conto che, secondo un autore (CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle Procure ispirano la riforma Orlando*, in *questa Rivista*, 2017, 639 e ss.), «la lettura che stiamo discutendo non è invalsa nella prassi»; al contrario sarebbe una esegesi «senza precedenti nella giurisprudenza interna, anzi respinta dalla Corte di cassazione». Si tratta, però, di un asserto erroneo, non solo perché i precedenti nella giurisprudenza di merito sono molteplici ed è ben nota nell'esperienza empirica giustappunto la prassi per cui, al momento dell'avviso di conclusione delle indagini, la difesa richiede e ottiene copia integrale di tutti i *file* audio realizzati durante la fase investigativa, ma anche perché proprio la Corte di cassazione afferma che il precedente citato dall'Autore (Cass., Sez. V, 1 ottobre 2009, Mancuso) è stato smentito dall'evoluzione successiva all'anno 2010. Si veda in tal senso la ricostruzione effettuata da Cass., Sez. IV, 28 marzo 2019, n. 16583, citata nell'*incipit* della presente nota: «E' ben vero che una risalente decisione di questa Corte - diffusamente richiamata nei provvedimenti di merito - ha affermato che non è nulla la richiesta di rinvio a giudizio qualora il PM non dia corso alla richiesta della difesa - inoltrata *ex art. 415-bis c.p.p.*, co. 2, - di ottenere copia dei supporti magnetici depositati(Cass., Sez. V, 01 ottobre 2009, P.G. in proc. Mancuso e altri, in *Mass. UIt.*, n. 246062). A ben diversa conclusione ed approccio di sistema è, tuttavia, pervenuta la successiva giurisprudenza di questa Corte...».

miglio: «la difesa ha il diritto di "rileggere", controllare e valutare il significato delle intercettazioni che l'accusa ha posto a fondamento dell'avviso ed alla luce del contenuto di tutte le conversazioni captate nella fase delle indagini... allo scopo di proporre una ricostruzione o una interpretazione dei fatti eventualmente diversa da quella che fonda l'ipotesi accusatoria. Solo in tal modo può assicurarsi l'esercizio pieno del diritto di difesa, essendo ben noto che, in maniera frequente, la ricostruzione della responsabilità o estraneità dell'accusato rispetto al fatto delittuoso attribuitogli dipenderà, con riferimento alla prova per intercettazioni, dalla lettura e dall'ascolto di una pluralità di conversazioni, alcune delle quali apparentemente non riferibili al singolo imputato della cui posizione si discute»⁷.

Purtroppo, all'articolata premessa appena illustrata –condivisibile con pienezza- fa seguito, nella sentenza in parola, uno svolgimento distonico, anzi a dire il vero del tutto incoerente.

Significativamente aperta dall'avverbio «cionondimeno», dopo l'allettante preambolo trova posto un'argomentazione opposta: la disciplina dettata dall'art. 268 c.p.p. «realizza una evidente disconnessione tra il diritto di ascolto, che corrisponde al diritto di prendere visione di un atto processuale, e quello di rilascio della copia fonica, condizionato all'espletamento della procedura di trascrizione che può avere ad oggetto solo quelle conversazioni o, comunque, tracce non vietate dalla legge e, comunque, non manifestamente irrilevanti a fini di prova» e la disconnessione realizzata dall'art. 268 c.p.p. a tutela del diritto alla *privacy* dei terzi coinvolti, ma anche degli stessi indagati, possiederebbe, secondo la Corte, «una forza espansiva, in ragione dei sottostanti interessi tutelati... di rilievo tale da costituire la fonte di regolamentazione di tutte le ipotesi nelle quali oggetto di deposito, ovvero di *discovery*, siano intercettazioni, telefoniche ed ambientali».

Sarebbe, dunque, nientemeno che irragionevole una esegesi che conduca la disciplina generale, in materia di rilascio copie, a prevalere su quella specifica disciplinata dall'art. 268 c.p.p., tant'è che –si argomenta ancora- la stessa sentenza della Consulta⁸, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle

⁷ Questa argomentazione (inecepibile) si trova espressa, con anticipazione di anni, in SANTORIELLO, *Il diritto alla traccia fonica: a) la prospettiva dell'accusa, in Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, a cura di Gaito, Roma, 2011, 225 e ss.

⁸ Il riferimento operato dalla Cassazione è alla sentenza di Corte cost. n. 336 del 2008, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 del codice di procedura penale, nella parte in cui «non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il

disposizioni che non prevedevano l'ostensione al difensore ed alla parte delle intercettazioni poste a base della misura cautelare avrebbe «circoscritto il diritto di rilascio delle copie solo a quelle intercettazioni che, per essere state utilizzate nell'ordinanza cautelare, non sono manifestamente irrilevanti».

Interessante, nella prospettiva qui di rilievo, la conclusione finale del ragionamento finora esposto: «non ha pregio il rilievo del ricorso nella parte in cui denuncia la violazione del diritto di difesa in relazione al tempo necessario all'ascolto del compendio captativo, incompatibile con i tempi di trattazione dell'udienza preliminare che, tuttavia, nel caso in esame, si è articolata in più udienze» e qui è opportuno precisare che, da quanto esposto nella stessa sentenza sulla scorta delle allegazioni difensive, il compendio delle intercettazioni era tale che «l'esame diretto da parte dei difensori, avrebbe comportato l'impiego di circa trecento giorni lavorativi, per l'esame delle videoriprese, ed un elevato numero di ore per l'ascolto della conversazioni».

Insomma: la mancata conoscenza integrale delle captazioni è colpa dei difensori che non hanno saputo organizzarsi per piantar le tende presso gli uffici di cancelleria.

2. Dalle prassi ondivaghe sul diritto alla copia delle intercettazioni, alla subordinazione del diritto di difesa all'organizzazione della cancelleria. Questa concezione del diritto di difesa come *tour de force* affidato al difensore è ricorrente. Un'analogia risulta leggibile con riferimento al diritto di copia (delle intercettazioni e) del fascicolo in fase cautelare; e qui apprendiamo che mentre il diritto di visionare gli atti di indagine «è assolutamente garantito nei tre giorni anteriori all'udienza di riesame (ovviamente negli orari di cancelleria)», invece, il (diverso e complementare) diritto a ricevere copia degli atti visionati «è subordinato all'indicazione, da parte del difensore, degli atti cui è interessato, ai tempi tecnici di estrazione delle copie e al pagamento dei diritti di cancelleria».

Anche questa disconnessione tra diritto all'accesso, da un lato, e diritto alla copia, dall'altro, avrebbe –secondo la S.C.– ragioni asseritamente salde (ma non espresse) e nessun difetto di costituzionalità, come ci viene spiegato in poche battute e con il piglio con cui si asserisce un dogma: «il diverso regime del diritto

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». Sugli effetti, dirimpenti, ma inascoltati, della decisione si vedano le riflessioni di GIUNCHEDI, *Il diritto alla traccia fonica: b) la prospettiva della difesa*, in *Riservatezza ed intercettazioni*, cit., 241 e ss.

di visione e di quello di copia non dà luogo ad alcuna violazione dei precetti costituzionali, posto che è il primo, piuttosto che il secondo, a garantire l'effettivo diritto di difesa dell'imputato. Nella sostanza, in presenza di un procedimento con termini particolarmente stringenti quale quello del riesame delle misure cautelari personali, l'esercizio del diritto della difesa ad esaminare gli atti dell'indagine si esercita mediante il materiale accesso del difensore presso la cancelleria del tribunale. L'estrazione, in tutto o in parte, di copia degli atti medesimi costituisce invece semplicemente un modo di agevolare il lavoro dell'avvocato»⁹.

E sì che noi, illusi, credevamo che il diritto della difesa ad ottenere copia degli atti depositati dal p.m. con la richiesta di misura cautelare fosse un vecchio problema ormai risolto, una garanzia inamovibile, quanto meno a partire da una nota decisione della Consulta¹⁰, dove i concetti risultavano espressi in modo rimarchevolmente chiaro; decisione –si noti– che l'ultima sentenza di Cassazione *in subiecta materia*, or ora esaminata, non cita affatto, ad onta del suo rilievo.

Eccone, però, i passaggi chiave: «se si riflette sulla *ratio* dell'istituto, il deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti deve, di regola, comportare necessariamente, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia», argomentava la Consulta, ragionando in termini ermeneuticamente cristallini, perché se la *ratio* della disposizione è la conoscenza, quale requisito primario di un effettivo diritto di difesa, pare logico che alla semplice visione degli atti debba congiungersi il diritto di estrarne copia.

Il mero diritto di accesso e visione –continuava, in effetti, la Consulta– è un «contenuto minimo del diritto di difesa», cui deve «accompagnarsi automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti...».

⁹ Cass., Sez. II, 5 aprile 2016, n. 16387, con nota di ALESCI, *Il diritto alla copia degli atti tra garantismo formale e prassi devianti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 155 e ss.

¹⁰ Corte Cost., sent. n. 192 del 1997. Assolutamente all'unisono con il pensiero di chi scrive, ma in tempi alquanto antecedenti rispetto al degrado odierno, scriveva GAITO, *I nuovi orizzonti*, in *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, cit., 222, nota 10: «sembra quasi *tamquam non esset* Corte cost. sent. n. 192 del 1997, che, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 293 c.p.p., nella misura in cui frapponeva ostacoli al diritto integrale ed immediato di copia degli atti depositati dal p.m., ebbe a scandire in modo forte e chiaro come e perché “non vi è dubbio che il diritto di difesa risulta ingiustificatamente ostacolato e compresso dal mancato riconoscimento della facoltà del difensore di estrarre copia degli atti depositati”».

Erano altri tempi, forse, ma le parole della Corte costituzionale esprimono ancora oggi una limpida configurazione del diritto di difesa, che non consta solo di affermazioni di principio, spesso tanto inutili quanto roboanti, ma vive nel mondo reale, dov'è composto di piccole, indispensabili cose, come il diritto di disporre (appunto) materialmente e direttamente degli atti «per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione», come precisava realisticamente sempre la Consulta.

Il diritto di difesa, in effetti, vive della capacità del difensore di studiare gli atti, confrontarne i contenuti e confrontarli con gli elementi conoscitivi in suo possesso, avviare, magari, su quella base (e con la necessaria prontezza imposta per esempio dal subprocedimento cautelare) un'attività d'indagine difensiva che esige la sottoposizione alla persona sentita di un certo atto, documento o di un *file* audio.

Il diritto di difesa, oggi più che mai -nella società digitale- non si sostanzia di chiacchiere ed argomentazioni più o meno eleganti e neppure solo di questioni in diritto, ma esige ricerche per parole-chiave attraverso migliaia di pagine materiali e immateriali, migliaia di *mail*, innumerevoli immagini e video, dati estratti da ogni dove¹¹; vive insomma di indagini puntigliose sul materiale probatorio, con o senza il supporto di consulenti; ricerche i cui risultati talvolta premiano con la scoperta di un'importante prova a scarico sepolta nel *mare magnum* delle acquisizioni investigative.

Questo e non altro è il diritto di difesa: uno «studio matto e disperatissimo», il quale -non più solo di leopardiana memoria- pretende che il difensore possa immergersi negli atti processuali e scavarvi dentro; tutte cose rispetto alle quali il permesso d'accesso agli atti nelle ore di cancelleria, congetturato dalla Cassazione, rappresenta davvero nulla più che un «contenuto minimo del diritto di difesa», anzi meno del minimo, a fronte di un'evoluzione tecnologica che produce fascicoli composti da migliaia di dati.

Ma si ragioni anche su questo ulteriore aspetto, per comprendere la vastità dell'autentico disprezzo in cui appare oggi sprofondato il diritto di difesa.

¹¹ Questa realtà delle investigazioni odierne, che chiaramente si riverbera anche sull'esercizio del diritto di difesa nel momento in cui deve confrontarsi con esse, è stata ben descritta già quasi dieci anni fa da DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 283 e ss. Il quadro è completo, poi, nelle riflessioni su molteplici fronti contenute nel volume di AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, Torino, 2019, *passim*. All'interno, e nella prospettiva del presente lavoro, particolarmente proficua la lettura di MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, *ibidem*, 497 e ss.

Come si osservava poc'anzi, era l'anno 1997 quando la Consulta scriveva che il diritto stagiato nell'art. 24 Cost. esige, per essere effettivo, che il difensore disponga materialmente degli atti, precisando poi -si noti- come fosse «evidente che né il difensore potrà pretendere, né l'autorità giudiziaria potrà concedere dilazioni di termini ove risulti materialmente impossibile procedere alla copia di tutti gli atti richiesti entro le rigide scadenze previste per l'interrogatorio e per l'udienza di riesame».

Si trattava di una precisazione assolutamente comprensibile sullo scorcio del millennio, in un momento in cui i Tribunali (come pure i difensori), ignoravano la scannerizzazione dei fascicoli, le copie su *pendrive*, le «magnifiche sorti e progressive» del TIAP.

Leggere, invece, ai tempi odierni che «il diritto a ricevere copia degli atti visionati è subordinato all'indicazione, da parte del difensore, degli atti cui è interessato, ai tempi tecnici di estrazione delle copie e al pagamento dei diritti di cancelleria» sembra a dir poco uno sberleffo al diritto di difesa, posto che copiare un dato digitale è opera che potrà portare via all'addetto un tempo che varierà da 5 minuti ad un'ora nei casi più ponderosi, mentre la subordinazione del diritto di difesa al pagamento anticipato dei diritti di cancelleria suona come un arrogante dilleggio che segue allo sberleffo; dilleggio preceduto dal ringhio ammonitore con cui ci viene ancora spiegato che il diritto di visionare gli atti di indagine è assolutamente garantito ma «ovviamente negli orari di cancelleria», così che già immaginiamo il difensore curvo a studiare affannosamente su un angolo di tavolo rubato, nelle scarse ore che vengono concesse (sì, è la parola giusta) all'accesso del pubblico¹².

E precisiamo tutto questo senza neppure spiegare perché e percome la più generale subordinazione del diritto di difesa al *timing* e ai costanti disservizi organizzativi dei palazzi di giustizia, come pure al pagamento anticipato degli oneri fiscali, siano cose che avrebbero fatto rabbrivire i padri della Costituzione.

3. Diritto di difesa e altri diritti: bilanciamento vs. cancellazione. Ora, se l'impostazione giurisprudenziale da ultimo descritta, con riferimento alle copie di

¹² Sulla medesima lunghezza d'onda, scriveva SANTORIELLO, *Il diritto alla traccia fonica: a) la prospettiva dell'accusa*, in *Riservatezza ed intercettazioni*, cit., 225 e ss.: «Non è la prima volta che si cerca di ribaltare il *sollen* di un principio normativo alla luce delle difficoltà operative che conseguirebbero ad una sua completa e coerente adozione... così che non sono più i diritti del singolo a determinare le regole di svolgimento del processo penale, ma le risorse di cui l'amministrazione della giustizia dispone ad individuare quali sono le facoltà difensive dell'indagato».

atti in genere, è priva di qualunque addentellato logico-giuridico, la negazione del diritto di copia di quegli specifici atti che sono i *file* audio o video delle intercettazioni viene appoggiata su di una base provvista di una certa, apparente, legittimità.

Ritorniamo alla decisione¹³ con cui, in tempi recentissimi, la Suprema Corte spiega per quali ragioni la disciplina dettata dall'art. 268 c.p.p. realizzerebbe una disconnessione tra il diritto di ascolto delle tracce foniche custodite nei *file* e quello di rilascio della copia delle medesime, disposta dal legislatore a tutela del diritto alla *privacy* dei terzi coinvolti ma anche degli stessi indagati; disconnessione, poi, che possiederebbe, secondo la Corte, «una forza espansiva, in ragione dei sottostanti interessi tutelati... di rilievo tale da costituire la fonte di regolamentazione di tutte le ipotesi nelle quali oggetto di deposito, ovvero di *discovery*, siano intercettazioni, telefoniche ed ambientali».

Insomma, nell'esegesi di questa Cassazione, la fattispecie esige un bilanciamento tra diritto di difesa e diritto alla *privacy* (si noti: dell'indagato come dei terzi estranei) in cui prevale quest'ultimo, con tale forza da ridurre il diritto alla conoscenza degli atti al suo "contenuto minimo", ossia il mero diritto di accesso e ascolto presso i locali del palazzo di giustizia.

Trattasi di un'impostazione ben nota a molte circolari con cui le Procure hanno tentato di disciplinare, nel corso degli anni, la fattispecie, esattamente al fine di rimediare agli evidenti profili di *deficit* di tutela della *privacy* che secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo caratterizzano il sistema/giustizia italiano.

Anche qui occorre procedere con ordine.

Sappiamo bene come il tema della pubblicazione di conversazioni captate in fase investigativa fosse esploso con un certo impatto a cagione di una serie di processi che non merita qui rievocare, il cui nucleo problematico appare ben riassunto in una nota decisione della Corte EDU, resa in caso Craxi.

Si tratta di una decisione¹⁴ che ruotava attorno ai c.d. interessi extraprocessuali, ossia alla protezione del diritto alla riservatezza rispetto alla divulgazione di dati emersi nel contesto di un procedimento penale: a detta della Corte, nel caso specifico lo Stato italiano era incorso in una violazione dell'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata) per non aver «assicurato la custodia dei verbali delle conversazioni telefoniche né condotto in seguito una indagine effettiva sulla maniera in cui queste comunicazioni private sono state rese

¹³ Cass., Sez. IV, 28 marzo 2019, n. 16583, cit.

¹⁴ Corte Eur., 17 luglio 2003, n. 25337/94, in *hudoc.echr.coe.int*

pubbliche sulla stampa», come pure in una ulteriore violazione del medesimo diritto, a cagione del fatto che le autorità giudiziarie italiane non sembravano aver rispettato «le procedure legali prima della lettura dei verbali delle conversazioni telefoniche intercettate», essendo mancata una apposita udienza «nel corso della quale le parti ed il giudice avrebbero potuto escludere i brani delle conversazioni intercettate sprovviste di attinenza con il procedimento giudiziario e così fornire una garanzia importante quanto al diritto enunciato nell'articolo 8 CEDU».

Non sfugge come il riferimento ad un'udienza di selezione delle captazioni correva a quella che l'ordinamento italiano organizza con la fattispecie processuale di cui all'art. 268 c.p.p., ovvero l'udienza-stralcio di cui, secondo unanime riconoscimento, le Procure italiane non hanno fatto uso alcuno sin dall'entrata in vigore dell'istituto¹⁵.

Poco dopo l'emissione della sentenza in parola veniva avviata un'indagine conoscitiva svolta dalla Commissione Giustizia, presieduta dal prof. Cesare Salvi e licenziata in data 29 novembre 2006, la cui necessità emergeva conclamata anche da una serie di pronunciamenti dell'Autorità Garante della *privacy*, ma non solo; come attestato proprio dalla Commissione, l'indagine conoscitiva aveva trovato origine ben identificata in particolare nel «presunto comportamento illecito dell'autorità giudiziaria operante... soprattutto a causa della ripetitività degli episodi»¹⁶.

Questo coinvolgimento dell'autorità giudiziaria nella diffusione del captato (coinvolgimento mai dimostrato e dunque presunto, ma guarda caso, appunto ripetitivo) era ed è, in verità -va detto- un dato di fatto, cristallizzato dai dati statistici di un'altra indagine, dai risultati gravi e importanti, e mai smentita: i *media* si alimentano in vasta parte di materiali estratti dall'unica fonte in possesso di "segreti" sulle indagini, ovvero gli uffici inquirenti, con la logica conseguenza per cui è l'inquirente e nessun altro a suscitare il preponderante interesse

¹⁵ Per tutti v. GIOSTRA, *Il segreto investigativo tra inosservanze e strumentalizzazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 873: «il decisivo lasciapassare alla notizia processuale l'ha sempre concesso l'autorità giudiziaria. Preventivamente, mediante la rivelazione del fatto (rivelazione costituente già di per sé un tacito avallo alla sua diffusione), oppure successivamente, non perseguendo i responsabili dell'illegittima rivelazione o divulgazione...».

¹⁶ Documento approvato dalla 2a Commissione permanente (Giustizia) a conclusione dell'indagine conoscitiva sul fenomeno delle intercettazioni telefoniche, in *www.senato.it*, p. 20. Ma si vedano, del resto, anche le recentissime polemiche sul nesso inestricabile tra le principali testate giornalistiche del Paese e le Procure della Repubblica, su cui vale la pena di leggere, in particolare, molteplici articoli apparsi negli ultimi mesi sul quotidiano *Il Riformista*.

dei media¹⁷. In effetti, come si spiega, allegando numeri inequivocabili, «la fonte del giornalista è raramente la difesa (7% dei casi), molto più spesso il pubblico ministero (33%) o la polizia giudiziaria (28%)». Tanto che autorevoli voci dottrinali da tempo parlavano di un vero e proprio «reticolo “carsico” fra uffici giudiziari, polizia e operatori dell’informazione»¹⁸.

A tacer d’altro, non si tratta di un fenomeno esclusivamente italiano e in questo senso tornano appropriate le parole di Adam Dershowitz –spese, come intuibile, da accademico, ma anche da grande avvocato penalista- laddove rilevava, con riferimento ad un ordinamento giuridico pure assai diverso dal nostro, che «quando si parla di mezzi d’informazione, gli avvocati difensori sono come dei dilettanti rispetto ai *prosecutors*, per una ragione molto ovvia: i *prosecutors* hanno accesso costante ad un flusso di informazioni segrete di cui la stampa vuole impadronirsi e che loro vogliono vedere pubblicate. Inoltre, qualsiasi avvocato difensore tratta casi che suscitano l’interesse della stampa solo di tanto in tanto, mentre l’ufficio del procuratore... è una fonte costante di informazioni da prima pagina. La stampa, perciò, non ha bisogno di preoccuparsi degli avvocati difensori, mentre invece deve “tenersi buoni” i *prosecutors*»¹⁹; parole brusche che disvelano in pochi tratti un dato sociologico ineludibile.

A ciò si aggiunga il puro dato legislativo dell’ordinamento interno: è stato proprio il legislatore del codice, con l’art. 114 c.p.p., a consegnare la *potestas* di divulgazione in mano al pubblico ministero²⁰, agganciando i divieti di

¹⁷ Si veda, sul punto, la disamina dei dati dell’analisi condotta su iniziativa dell’Unione Camere Penali Italiane, operata da SAPIGNOLI, *Gli articoli di cronaca giudiziaria*, in *L’informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, Pisa, 2016, 37 e ss.

¹⁸ V. GIOSTRA, *L’informazione giudiziaria non soltanto distorce la realtà rappresentata, ma la cambia*, in *L’informazione giudiziaria in Italia*, cit., 75 e ss. Ma si veda anche quanto rileva M. MAZZA, *Il linguaggio della cronaca giudiziaria*, in *Il linguaggio del processo. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di Triggiani, Taranto, 2017, 75 e ss. «Si pensi alla pratica delle forze di polizia di fare conferenze-stampa, presentando ipotesi investigative come se fossero sentenze definitive, fornendo particolari e foto degli arrestati, senza alcun contraddittorio con le difese, che nella migliore delle ipotesi vengono interpellate nei giorni successivi, dovendo affrontare una opinione pubblica prevenuta, e senza aver nemmeno visto tutti gli atti. Dette notizie sono purtroppo troppo spesso recepite acriticamente da parte degli operatori dell’informazione, ridotti a megafoni della ipotesi investigativa, senza che i giornalisti esercitino alcun controllo critico delle affermazioni e seguano l’evolversi del procedimento, che ottiene prime pagine e servizi televisivi in occasione di arresti o altre attività di polizia giudiziaria e poco altro a seguire, anche per l’eccessiva durata dei processi».

¹⁹ Così A. M. DERSHOWITZ, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*, Milano, 2007, 143.

²⁰ La dottrina è chiarissima sul punto: v. GIUNCHEDI, *Informazione e processo*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 647 e ss.; e TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale, mass media*

pubblicazione al segreto investigativo di cui all'art. 329 c.p.p., «con significato politico-legislativo trasparente»²¹.

Anche l'audizione, presso la Commissione Giustizia, del prof. Pizzetti -all'epoca Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali- confermava questo dato che vorremmo definire "di partenza", posto che, in sede di audizione dinanzi alla Commissione, egli individuava nel sistema interno tre diversi ordini di problemi: le falle di sicurezza verificate nell'attività dei gestori di telecomunicazioni o comunicazioni elettroniche; il rispetto delle misure di sicurezza che l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto assicurare per la protezione dei dati in suo possesso e, infine, il rapporto, non proprio equilibrato, tra le intercettazioni e la loro pubblicazione a mezzo stampa.

Pure l'audizione di un capo dipartimento del Ministero della Giustizia confermava le segnalazioni del Garante, posto che il dirigente «in risposta ad una specifica richiesta del presidente della Commissione in ordine ai problemi di riservatezza paventati dal Garante professor Pizzetti, riferiva che il problema della sicurezza non veniva gestito a livello centrale, ma a livello locale, procura della Repubblica per procura della Repubblica. Segnalava inoltre l'esistenza di studi e progetti in corso» nella sostanza finalizzati a garantire «una maggiore sicurezza e trasparenza (anche attraverso una più semplice identificazione delle persone aventi accesso alle intercettazioni)»²².

Dopo il deposito dell'indagine conoscitiva, diremmo sinteticamente che la situazione cambiava ben poco, tanto che nel 2013 il Garante Privacy emanava un nuovo documento prescrittivo²³, in cui venivano dettagliatamente individuate una vasta serie di misure di sicurezza fisica e di sicurezza informatica, disponendo che essere venissero realizzate dalle Procure della Repubblica nel termine di diciotto mesi, un termine esplicitamente imposto in virtù della «delicatezza delle informazioni e dei dati connessi trattati attraverso le attività di intercettazione, avuto riguardo alla riservatezza delle persone e all'efficacia delle indagini». Si noti come, tra le molteplici misure delineate, erano previste forme di tracciamento dei dati piuttosto precise, ma in nessuna guisa si stabiliva un divieto

e opinione pubblica, in *Verità e processo penale*, a cura di Garofoli e Incampo, Milano, 2012, 171 e ss.

²¹ Così ancora GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, cit., 300.

²² Così ancora nel Documento approvato dalla 2^a commissione permanente (giustizia) nella seduta del 29 novembre 2006 a conclusione dell'indagine conoscitiva sul fenomeno delle intercettazioni telefoniche, cit., 7.

²³ Provvedimento in materia di misure di sicurezza nelle attività di intercettazione da parte delle Procure della Repubblica, 18 luglio 2013, doc. web n. 2551507, in www.garanteprivacy.it.

di copia dei *file* contenenti le tracce audio, anzi si prescriveva che l'effettuazione delle operazioni di duplicazione dei contenuti delle intercettazioni venisse effettuata «solo quando strettamente indispensabile, da parte di personale specificamente abilitato», con successiva annotazione in registri informatici inalterabili dell' «indicazione dei riferimenti temporali relativi alle attività svolte e al personale operante, dell'esecuzione delle operazioni (quali l'ascolto, la consultazione, registrazione, masterizzazione, archiviazione e duplicazione delle informazioni, la trascrizione delle intercettazioni, la manutenzione e la gestione dei sistemi, la distruzione dei supporti, dei verbali, delle registrazioni e di ogni altra documentazione attinente alle intercettazioni) svolte nell'ambito delle attività di intercettazione sia presso i C.I.T., sia presso gli Uffici di polizia giudiziaria delegati».

L'ottemperanza alle succitate prescrizioni veniva rinviata di anno in anno, alla luce della vasta e riscontrata inottemperanza degli uffici giudiziari²⁴.

Questo *excursus* forse tedioso ha un senso importante, nella misura in cui attesta come il problema del bilanciamento tra diritto alla riservatezza ed esigenze investigative fosse alla ribalta da un varco del tempo che si colloca esattamente sul crinale della sentenza CEDU in caso Craxi, e ne costituiscono plastica attestazione tanto l'ampia indagine conoscitiva della Commissione Giustizia dell'anno 2006, quanto i vari provvedimenti emessi nel corso degli anni successivi dal Garante Privacy; ma soprattutto attesta come il dato di fatto certo sia che, in quel contesto, il bilanciamento in discussione era quello tra necessità investigative, *privacy* e diritto di cronaca.

Ebbene, proprio questo è il punto: giusto al contrario, nella giurisprudenza di Cassazione, al pari che nella prassi attestata dalle Linee Guida delle Procure, il problema si rovescia, prende tutt'altro aspetto e prospettiva, diventando un problema di bilanciamento tra diritto alla *privacy* e diritto di difesa, come se la Commissione di cui sopra avesse identificato, quali criticati autori di compiacenti divulgazioni alla stampa, i soggetti privati giunti in possesso delle captazioni in virtù della posizione processuale di difensori dell'indagato o della persona offesa, o come se il Garante avesse imposto stringenti prescrizioni (mai rispettate) proprio a costoro e non piuttosto alle Procure della Repubblica.

E non basta: se un simile rovesciamento di prospettiva è certamente privo di addentellati logici in qualunque dato fattuale -visto che le molteplici violazioni

²⁴ I provvedimenti di rinvio del termine sono pubblicati tutti sul sito www.garanteprivacy.it.

da cui era scaturita la problematica erano ricondotte a fughe di notizie provenienti da ambito giudiziario- esso risulta, prima ancora, privo di connessioni logiche con quella bazzecola che ormai sono diventate le disposizioni di legge, anche di portata costituzionale.

Quando ci si muova in questa prospettiva, è impossibile nascondere che negare il diritto di copia delle intercettazioni al momento della selezione *ex art.* 268 c.p.p. o anche al momento della *discovery* che segna la fine delle indagini preliminari, significa compiere un «gravissimo errore di sintassi costituzionale», costituito dal bilanciamento tra tutela della riservatezza e diritto di difesa dell'imputato²⁵, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, rammentando poi che, nell'esegesi delle norme processuali penali, il giudice non è certo libero di scegliere in base a quale metodo procedere e men che meno può arrogarsi il potere di procedere in assenza di alcun metodo, dovendo in ogni caso «seguire il principio secondo cui fra le diverse alternative di significato che la norma processuale pone all'interprete va prescelta quella che meglio tutela la posizione dell'accusato»²⁶.

La prassi delle Procure della Repubblica, la giurisprudenza di Cassazione e infine, come noto, anche il legislatore, hanno scelto questa strana via: per tutelare il diritto alla riservatezza, pregiudicato dalle fughe di notizie di origine investigativa, si è deciso di negare il diritto alla copia dei soggetti privati, così riducendo al famoso “contenuto minimo”, anzi meno che minimo, il diritto di difesa.

4. Diritto alla privacy e procedimento penale. Vale la pena di riflettere su di un aspetto e considerare, con spirito di autocritica, l'ipotesi che lo sguardo dello studioso di procedura penale sia accecato dalla tracotanza del diritto di difesa. Mettiamoci in discussione.

Il dubbio sorge anche per una situazione che è passata quasi inosservata al vaglio degli studiosi: con un brusco *revirement* rispetto a posizioni precedenti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha iniziato anch'essa a pretendere che i difensori si trasferiscano armi e bagagli negli uffici di Procura per poter ottemperare al dovere conoscitivo inesorabilmente incluso nell'onere della difesa.

²⁵ L'espressione è di O. MAZZA, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 683 e ss.; così anche SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in questa *Rivista*, 2020, 1 e ss.

²⁶ Così a sintesi della ricca riflessione di SANTORIELLO, *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*, in questa *Rivista*, 2020, 1 e ss.

Nel passato, in dottrina si era notato come la Corte fosse usa decidere ogni caso «sul presupposto che ogni decisione sulla fondatezza dell'accusa deve garantire all'accusato l'accesso a tutti gli atti a suo carico»²⁷.

Ma ecco cosa portano i tempi più recenti; nel caso *Rook c. Germania*, la Corte ha concordato con i Tribunali nazionali sul fatto che al difensore del ricorrente fosse stata concessa la possibilità di accedere all'immane mole di dati digitali (intercettazioni, messaggistica, *e-mail*) «in tempi rapidi e senza chiedere particolari motivi a giustificare la sua istanza». Che poi, però, per ampia parte degli atti fosse stato negato il diritto di copia e la conoscenza fosse stata consentita solo presso gli uffici giudiziari e in presenza di un agente di polizia, rappresenta un dato irrilevante secondo la Corte, posto che la situazione era legittimata dalle esigenze di tutela di contrapposti diritti, a protezione della *privacy* degli interessati come pure di persone estranee.

Analoga sorte, con qualche tratto differente, otteneva anche il caso *Sigurður Einarsson e altri c. Islanda*²⁸.

Qui, durante le indagini preliminari, nei confronti dei ricorrenti veniva disposto il sequestro di un'amplissima quantità di *mail* e documenti digitali; successivamente le autorità inquirenti effettuavano un vaglio di rilevanza dei dati per le finalità d'indagine mediante parole-chiave, con successivo inserimento nel fascicolo di una parte limitata dei dati stessi; donde la doglianza dei ricorrenti, intesa come diniego d'accesso alla complessiva quantità di materiale digitale oggetto di acquisizione investigativa.

Il motivo cardine addotto dalla Corte a respingere il ricorso pare esser quello per cui la selezione dei *file* rilevanti mediante programmi informatici e *keyword*, farebbe sì che i dati non corrispondenti ad alcun criterio di ricerca avessero costituito di fatto elementi di prova tanto ignoti all'inquirente, quanto alla difesa. Con ragione si è affermato che la Corte enuncia nel caso *Sigurður* un principio potenzialmente rilevante anche per gli sviluppi futuri della materia²⁹, secondo cui «*an important safeguard in such a process would be to ensure that the defence is provided with an opportunity to be involved in the definition of the*

²⁷ Così GAITO-FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 369 e ss.

²⁸ Corte Eur., Sez. II, sent. 4 giugno 2019, *Sigurður Einarsson e altri c. Islanda*. Il caso è commentato da PISATI, *Full collection of data e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2239 e ss.

²⁹ È la considerazione di PISATI, *Full collection of data*, cit., 2239, che riporta anche l'opinione dissenziente sul punto del Giudice D. Pavli, *Partly dissenting opinion*, § 8, per cui quest'onere di specificazione rispetto a dati sconosciuti obbligherebbe il difensore a cercare un "ago nel pagliaio" (n. 9).

criteria for determining what may be relevant » (§ 90); una volta posto detto principio, poiché nel caso di specie il diritto della difesa di interloquire sulla definizione dei criteri da applicare alla ricerca informatica non era stato garantito, ma i ricorrenti non avevano specificato quali criteri ulteriori avrebbero permesso di estrarre *file* utili a discarico, non vi sarebbe stata alcuna violazione dell'equo processo.

Insomma, tanto in caso Rook, quanto in caso Sigurdur, secondo la Corte EDU non vi sarebbe stata alcuna violazione del principio della parità delle armi tra accusa e difesa e neppure, più in generale, del *fair trial*, nonostante il fatto che, in entrambe le ipotesi, il fascicolo delle indagini contenesse un'enorme mole di prove digitali rimaste sostanzialmente ignote alla difesa a cagione del divieto di estrazione di copia, in un caso, e del diniego totale di accesso alla procedura selettiva nel secondo.

E' evidente come i due casi in questione abbiano significativi punti d'aggancio con la problematica interna del diritto di accesso e copia da parte della difesa a quei peculiari dati digitali configurati dalle tracce audio e/o video delle intercettazioni e questo esattamente sulla stessa base logico-giuridica, rappresentata dal bilanciamento tra diritto di difesa e *privacy* (in particolare per quanto concerne il caso Rook).

Considerando la peculiare specializzazione di chi scrive, sembra doveroso, come si accennava sopra, approfondire la materia con l'ausilio delle altrettanto peculiari cognizioni dello studioso di diritto alla *privacy*³⁰.

Anzitutto è a dirsi che la nozione di *privacy* è passata dall'idea del rispetto dell'intimità della vita privata (o diritto di riservatezza) ad una nozione ben più ampia, la cui disciplina è «improntata all'esigenza della circolazione dei dati personali, in relazione alla quale sono dettate regole precise dirette a tutelare l'interesse della persona rispetto al fenomeno inarrestabile e incontenibile della circolazione di dati». Seguendo questo filo di pensiero, è illuminante che si affermi come la diversa formula del «diritto al controllo sul flusso di informazioni riguardanti la persona» conferma la sua efficacia perché esprime con felice sintesi una realtà, quella del flusso dei dati personali in circolazione, ed insieme coglie la *ratio* complessiva di una disciplina finalizzata non già al divieto della circolazione, bensì al controllo sulla circolazione dei dati», perché si coglie una

³⁰ Precisiamo come, per una visuale amplissima del diritto, colto nei suoi peculiari riverberi sul processo penale e nei pronunciamenti delle Corti europee, è indispensabile la lettura di CISTERNA, *Cedu e diritto alla privacy*, in *Principi europei*, cit., 197 e ss.

necessità essenziale all'essenza del diritto: «che l'individuo abbia piena consapevolezza in ordine alle modalità con le quali sono trattate tutte quelle informazioni generate e circolanti»³¹.

La precisazione è tutt'altro che ultronea e di seguito se ne darà ragione, lasciando che il tema rimanga per il momento in sospenso quale mero momento di distinguo nella materia che si va esaminando.

In questo contesto, non può trascurarsi il considerando 4 del Regolamento UE 2016/679 (29) in materia di dati personali, secondo cui: «il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ottemperanza al principio di proporzionalità».

È chiaro, in questo frangente, l'accento sull'equilibrio degli opposti interessi e sulla considerazione del diritto alla protezione dei dati personali come un *quid* necessariamente oggetto di bilanciamento³², tanto che si precisa pure: «il diritto alla protezione dei dati personali è assoluto, nella misura in cui è riconosciuto a chiunque, garantito solo nell'interesse della persona cui si riferisce e vantabile nei confronti di tutti; è relativo, nella misura in cui possono presentarsi vincoli esterni, tali da restringere o limitare l'esercizio delle pretese... Il contenuto del diritto è relativo in quanto i poteri del titolare possono subire delle limitazioni, conseguenti alla necessaria operazione di bilanciamento tra interessi individuali e valori collettivi»³³.

Ecco perché si parla – e con ragione – di una «morfologia intensamente dispositiva del diritto», nei cui confronti la tutela giurisdizionale si presenta «con

³¹ Parole di CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Diritto e impresa*, 2018, 1098 e ss.; ma v. anche RICCI, *Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali*, *ivi*, 2017, 586, che sintetizza il concetto con grande efficacia esplicativa: «Se il diritto alla riservatezza consiste nel diritto a non subire intrusioni nella dimensione privata e, conseguentemente, a pretendere che informazioni riservate, o comunque tali da non rivestire per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, non siano divulgate e rese conoscibili al pubblico riservato dell'informazione, il diritto alla protezione dei dati personali prescinde dal carattere riservato dell'informazione, atteso che il suo oggetto è l'informazione, di per sé considerata, riferita alla persona fisica e di questa componente essenziale».

³² FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 1 e ss.

³³ Cfr. RICCI, *Sulla «funzione sociale» del diritto*, cit., 600, e anche PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 369 e ss.

connotati di elasticità che possono, talvolta, apparire eccessivi, ossia tali da compromettere la stessa tenuta della libertà di cui si discute»³⁴.

La digressione sulla natura del diritto alla *privacy* -diritto fondamentale sì, ma senza alcun dubbio bilanciabile con una variegata costellazione di altri diritti, libertà e possibili intromissioni statuali, condotte in nome di giustizia e sicurezza- ha un interesse preciso, nella misura in cui proprio il considerando 4 esprime un principio evidentemente sotteso anche alla Direttiva 2016/680/UE, dedicata alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati, attuata con decreto legislativo n. 51 del 18 maggio 2018³⁵.

Tanto la Direttiva, quanto il Decreto Legislativo con cui si è data attuazione alla medesima su territorio italiano, presentano aspetti di notevole interesse per la materia che si va esaminando.

Si consideri anzitutto l'intento esplicito della Direttiva, che esordisce specificando come «sarebbe auspicabile un livello di tutela equivalente in tutti gli Stati membri dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o di esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica. Un'efficace protezione dei dati personali in tutta l'Unione presuppone il rafforzamento dei diritti degli interessati e degli obblighi di tutti coloro che trattano dati personali, nonché poteri equivalenti per controllare e garantire il rispetto delle norme di protezione dei dati personali negli Stati membri»³⁶; il tutto ovviamente alla luce dell'articolo 8, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'articolo 16, par. 1, del Trattato sul

³⁴ Sono parole di CISTERNA, *Cedu e diritto alla privacy*, cit., 201.

³⁵ Scrive, infatti, GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, in questa *Rivista*, 1 e ss.: «non sorprende che, nell'atto dell'Unione precipuamente dedicato agli impieghi delle informazioni di natura personale a fini di giustizia penale, la necessità di contemperamento tra interessi diversamente rilevanti possa emergere semmai più evidente di quanto pure non avvenga in seno al regolamento europeo, in apertura del quale, ad ogni buon conto, il legislatore dell'Unione si preoccupa di evidenziare che "il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta", bensì "va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità» (Considerando n. 4).

³⁶ (Considerando n. 7).

funzionamento dell'Unione europea, i quali statuiscono che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano.

Ad un anelito così ambizioso -predisporre forme adeguate e moderne di tutela dei dati personali anche nei confronti delle autorità statuali provviste di funzioni di prevenzione e repressione dei reati- fa seguito una regolamentazione che lascia ben sperare.

Sullo sfondo delle presenti riflessioni, appaiono particolarmente significativi l'art. 14, par. 1 -con la statuizione di una regola generale secondo cui «gli Stati membri dispongono che l'interessato abbia il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e, in tal caso, di ottenere l'accesso ai dati personali»- come pure l'art. 15, il quale, a sua volta, nel prevedere che gli Stati membri possano adottare misure legislative volte a limitare, in tutto o in parte, il diritto di accesso dell'interessato «nella misura e per il tempo in cui tale limitazione totale o parziale costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica, tenuto debito conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi della persona fisica interessata» (ad es. per non compromettere indagini in corso), stabilisce altresì che l'eventuale diniego d'accesso debba essere fornito senza ritardo, per iscritto e soprattutto con obbligo di motivazione, a meno che -ovviamente- la motivazione non tradisse le finalità stesse per cui è stato opposto il rifiuto (art. 15, par. 3).

Ancora senza pretesa di vaglio dell'intero apparato normativo, ma solo con riferimento a quanto direttamente conferente al tema in esame, sembra decisamente interessante la strutturazione di una Autorità di Controllo (art. 41) intesa come autorità pubblica indipendente avente il preciso incarico «di sorvegliare l'applicazione della presente direttiva al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento» (oltreché di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione).

Il rilievo di detta Autorità, poi, è tale che viene precisato come gli Stati membri debbano predisporre le condizioni affinché essa possa agire in piena indipendenza nell'adempimento dei propri compiti e nell'esercizio dei propri poteri, in tal guisa da non essere assoggettata a «pressioni esterne, né dirette, né indirette» (art. 42).

Purtroppo, come spesso accade con le disposizioni europee, l'intento compromissorio prevale su quello esplicitamente dichiarato; e così troviamo, all'interno della Direttiva, un comodo art. 18, secondo cui i diritti dell'interessato «nel corso

di indagini e procedimenti penali» sono flessibili a tal punto che gli Stati membri possono stabilire un esercizio dei medesimi conforme «al diritto dello Stato membro qualora i dati personali figurino in una decisione giudiziaria, in un casellario o in un fascicolo giudiziario oggetto di trattamento nel corso di un'indagine e di un procedimento penale»; dizione equivoca che –come si vedrà a breve- ha consentito allo Stato italiano di adottare un provvedimento recettivo tale da annichilire nella loro sostanza i diritti di accesso e controllo sulla gestione dei dati trattati per finalità di polizia e di giustizia.

Identico *bug* autodistruttivo è contenuto, poi, nell'altra significativa innovazione della Direttiva, ovvero l'istituzione della c.d. Autorità di Controllo, nonostante il fatto che questa figura sia prevista come chiave di volta di una tutela effettiva dall'art. 8, comma 3, della Carta.

E, in effetti, mentre l'art. 45, par. 2 della Direttiva, stabilisce che la (sola) funzione giurisdizionale non sia assoggettata al controllo della citata Autorità, il Considerando n. 80 con suprema ambiguità reca il seguente testo, che merita riportare per intero: «sebbene la presente direttiva si applichi anche alle attività delle autorità giurisdizionali nazionali e di altre autorità giudiziarie, non è opportuno che rientri nella competenza delle autorità di controllo il trattamento di dati personali effettuato dalle autorità giurisdizionali nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, al fine di salvaguardare l'indipendenza dei giudici nell'adempimento dei loro compiti giurisdizionali. Tale esenzione dovrebbe essere limitata all'attività giurisdizionale e non applicarsi ad altre attività a cui i giudici potrebbero partecipare in forza del diritto dello Stato membro. Gli Stati membri dovrebbero inoltre poter disporre che nella competenza delle autorità di controllo non rientri il trattamento di dati personali effettuato da altre autorità giudiziarie indipendenti nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, ad esempio le procure. In ogni caso, il rispetto delle norme della presente direttiva da parte di autorità giurisdizionali e altre autorità giudiziarie indipendenti è sempre soggetto a un controllo indipendente conformemente all'articolo 8, paragrafo 3, della Carta».

Come si diceva, il testo in parola pare un capolavoro di ambiguità; è comprensibile –ed anzi in certa misura dovuto- che, al dichiarato fine di salvaguardare l'indipendenza dei giudici nell'adempimento dei loro compiti afferenti allo *ius dicere*, il trattamento di dati personali effettuato dall'a.g. nell'esercizio di quelle funzioni sia esente da controlli esterni; ben diverso appare il discorso, però, laddove si aggiunge che «gli Stati membri dovrebbero inoltre poter disporre che

nella competenza delle autorità di controllo non rientri il trattamento di dati personali effettuato da altre autorità giudiziarie indipendenti nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, ad esempio le procure», ovvero entità che nulla hanno a che fare con la *iurisdictio*, ovvero con quel compito di applicare la legge alla fattispecie concreta che è uno dei tre poteri dello Stato da assoggettare a *check and balance*.

Ed è appena il caso di aggiungere come, a fronte di siffatti limiti, davvero non si comprende in base a quale ottica illusionistica il testo concluda precisando che «in ogni caso, il rispetto delle norme della presente direttiva da parte di autorità giurisdizionali e altre autorità giudiziarie indipendenti è sempre soggetto a un controllo indipendente conformemente all'articolo 8, paragrafo 3, della Carta». Di fatto, ecco cosa è accaduto in Italia.

Quanto ai diritti dell'interessato, l'art. 14, comma 1, del D.lgs. 51/2018 chiarisce come gli ampi diritti di conoscenza, controllo e accesso ai dati trattati, possono essere esercitati solo conformemente a quanto previsto dalle esistenti disposizioni di legge o di regolamento che disciplinano il procedimento penale e le altre forme di accertamento, tutte le volte in cui si tratti di «dati personali contenuti in una decisione giudiziaria, in atti o documenti oggetto di trattamento nel corso di accertamenti o indagini, nel casellario giudiziale o in un fascicolo oggetto di trattamento nel corso di un procedimento penale o in fase di esecuzione penale»; a coronamento di siffatta (non) disciplina, i successivi commi del medesimo articolo 14 sono privi di qualunque traccia del dovere di risposta “per iscritto, senza ritardo e con apposita motivazione”, previsto dalla disposizione europea per i casi di diniego del diritto di accesso.

Quanto all'Autorità di Controllo –prescelta nella figura già esistente del Garante Privacy- l'art. 37, comma 6, specifica che il Garante non è competente in ordine al controllo del rispetto delle norme del presente decreto quanto ai trattamenti effettuati dall'autorità giudiziaria nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, ma anche di quelle “giudiziarie” del pubblico ministero, capolavoro espressivo che sottrae logicamente il p.m. all'esercizio di funzioni giurisdizionali -di fatto inesistenti nel nostro ordinamento- ma al contempo lo colora di una qualifica assimilatoria, all'evidente fine di sottrarre il suo *opus* ad ogni verifica.

A completamento dell'assoluta nullificazione degli effetti del decreto legislativo, l'art. 50 contiene la consueta clausola d'invarianza finanziaria, sintomo assoluto di inutilità di un provvedimento legislativo, attestato senz'ombra di dubbio dal sigillo del Ragioniere Generale dello Stato, il quale, in allegato alla Relazione

al disegno di legge conferma «che le attività conseguenti all'applicazione del decreto in esame, già espletate dalle amministrazioni a legislazione vigente, non appaiono suscettibili di determinare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»³⁷, mentre i commenti accessori dei magistrati dell'Ufficio Legislativo del Ministero, completano il desolante senso di vuoto dell'articolato, specificando –non per caso– che «non sono previste azioni specifiche per la pubblicità e per l'informazione dell'intervento perché diretto a soggetti specializzati»; frase dietro cui si cela un mondo, quando si rifletta che, in teoria, trattavasi di provvedimento legislativo funzionale alla tutela di un diritto fondamentale di tutti i soggetti che la ventura ha collocato sul territorio dell'Unione Europea. Qui giace la fata dai capelli turchini, leggeremmo in “Pinocchio”; perché come la creatura di Collodi, il “diritto al controllo sul flusso di informazioni riguardanti la persona” appare e scompare, inafferrabile per gli stessi individui alla cui tutela è destinato.

5. Al tirar delle fila... Orbene, stando così le cose, alcuni dati di fatto sembrano comunque chiari: il primo è che anche le regole europee cedono al vezzo di abbandonare la precisazione delle fattispecie al diritto pretorio e prima ancora ad un sostanziale arbitrio degli Stati membri, rinunciando a costruire esse stesse categorie affidabili di bilanciamento tra diritti di *privacy* e altri diritti³⁸, tanto da provocare formule legislative altrettanto vacue e sostanzialmente inidonee a provocare mutamenti effettivi quanto quelle incluse nel mirabile D.Lgs. n. 51 del 2018, solo apparentemente destinato a rivoluzionare i diritti del cittadino rispetto all'uso dei dati personali nel contesto dell'attività di prevenzione e accertamento dei reati.

Il tutto, ovviamente –vale la pena rammentarlo– con buona pace delle parole autorevolmente spese a notare che «stiamo assistendo ad una progressiva estensione delle forme di controllo sociale... La sorveglianza si trasferisce

³⁷ Relazione Illustrativa trasmessa in data 21 febbraio 2018 alla Presidenza del Senato dalla Ministra per i Rapporti con il Parlamento, Anna Finocchiaro, unitamente allo Schema di decreto legislativo, in www.senato.it Sul punto coglieva nel segno l'ironico rilievo speso proprio da un magistrato, il quale scriveva: «Se si trascura l'aspetto pratico, in un certo senso “economico”, della legalità e quindi l'esigenza di amministrarla alla stessa stregua di ogni altra risorsa non illimitata, si rinuncia preventivamente alla possibilità di affermarla in concreto: essa mancherà del fondamentale carattere dell'effettività»; così SARACINO, *Giustizia: alla riforma serve una copertura finanziaria*, in toghe.blogspot.com

³⁸ Su questo e altri aspetti, interessantissima la lettura di POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 569 e ss.

dall'eccezionale al quotidiano, dalle classi "pericolose" alla generalità delle persone. La folla non è più "solitaria" e anonima: è "nuda"»³⁹.

Il secondo dato certo è che –pur a fronte di disposizioni fumose come quelle sopra descritte e diritti così sfuggenti– tanto i pronunciamenti della nostra Cassazione, quanto quelli della CEDU, di recente resi nei casi Rook e Sigurdur, costituiscono un'errata configurazione della fattispecie e delle sottostanti posizioni giuridiche soggettive da porre in bilanciamento.

Come si è visto, è riduttivo parlare solo di diritto alla *privacy sub specie* di diritto alla riservatezza, come fa la Cassazione, quando vieta il diritto di copia delle intercettazioni (e anche la Corte europea in caso Rook), perché quel che viene in gioco nelle fattispecie di raccolta investigativa di dati (intercettazioni, sì, ma anche *sms*, contenuti dei *social*, *email*, etc.) è esattamente quel che viene giustamente definito come “diritto al controllo sul flusso di informazioni riguardanti la persona”.

In questa più ampia e complessa accezione, s'inquadra perfettamente il diritto dell'interessato –previsto dalla Direttiva 2016/680/UE anche in caso di acquisizione dati operata in contesti di prevenzione e accertamento del reato– ad avere piena cognizione dei trattamenti cui i dati vengono sottoposti e, prima ancora, della sostanza dei dati medesimi.

Ed è proprio qui –in questo preciso luogo giuridico– che le decisioni della Cassazione, come della CEDU, svelano la loro prospettiva paternalistica, in nome della quale si osa dire che i limiti apposti ai diritti di accesso e copia dell'interessato sono a sua stessa tutela, perché si noti il paradosso: all'autorità giudiziaria è consentito ingerirsi nella sfera privata della persona, in modi assolutamente penetranti e perfino brutalmente invasivi della riservatezza in senso stretto, ma quando il privato chiede di conoscere con precisione i dati personali acquisiti tramite l'ingerenza, in nome del famoso diritto al controllo sul flusso di informazioni che riguardano la persona, gli viene detto che questa piena conoscenza urterebbe contro il rispetto del diritto alla *privacy* della stessa vittima dell'ingerenza (e di eventuali terzi coinvolti nelle sue comunicazioni).

Siamo in presenza, appunto, di un amaro paradosso, concepibile solo –come ammoniva Rodotà– in un tipo di Stato che occultamente abbandona la forma democratica per trasformarsi in un modello gravemente invasivo e sostanzialmente privativo dei diritti individuali.

³⁹ Sono ben note parole di RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della conferenza internazionale sulla protezione dei dati, 14-16 settembre 2004*, in www.privacy.it

Quando si torni, poi, al livello della disamina processualpenalistica, la valutazione prospettica arriva a conseguenze ancor più incivili (sì, è la parola giusta), dove il diritto di difesa –teoricamente assoluto e inviolabile in ogni stato e grado del procedimento- recede dinanzi a diritti di *privacy* che sono geneticamente bilanciabili con una quantità di ulteriori situazioni giuridiche soggettive persino meramente mercantilistiche⁴⁰, e che per di più vengono violati *in primis* dalla stessa autorità che poi nega non solo il diritto di conoscere i dati oggetto dell'ingerenza, ma anche di difendersi dall'autorità che s'ingerisce.

Nella versione italiana della Direttiva –ossia nel contesto del D.Lgs. n. 51/2018- si è notato poc'anzi come l'individuo colpito dall'ingerenza statale non possieda effettivi diritti di controllo, perché all'Autorità preposta alla vigilanza sarà impedita ogni verifica non solo sulla legittimità e la sostanza del trattamento effettuato dal giudice nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, ma anche sulla legittimità del trattamento effettuato dal pubblico ministero nel contesto di una fase investigativa che di “giurisdizionale” non ha proprio nulla; impedimento – si noti- che persiste anche nel momento in cui siano cessate le esigenze di segretezza tipiche del momento investigativo, con la conclusione delle indagini preliminari.

D'altra parte, la persona che subisce l'ingerenza non ha diritti di controllo sull'uso dei suoi stessi dati personali, che siano ulteriori e diversi rispetto a quelli già previsti dal codice: dunque, per esempio e per tornare da dove si era partiti, nessun diritto di copia delle intercettazioni e nessuna possibilità di reclamo, perché il codice non ne prevedeva prima del D.Lgs. n. 51/2018 e non ne prevede oggi, dopo la sua entrata in vigore.

La persona, i suoi dati personali, la sua difesa in giudizio ne risultano annichiliti, non c'è dubbio.

E' superfluo sottolineare, poi, come anche il diritto alla prova, nella sua forma più moderna e vivificante –dove si configura quale diritto alla ricerca della prova a discarico, non più solo come diritto di discutere la sostanza e l'interpretazione della prova a carico- esce distrutto da questa congiunzione astrale; per scendere alla concretezza dei fenomeni, appartiene al dato di realtà che –come argomenta proprio la Cassazione- la difesa avrebbe (non solo) il diritto di controllare e valutare il significato delle intercettazioni che l'accusa ha posto a fondamento dell'avviso, ma anche di farlo «alla luce del contenuto di tutte le conversazioni

⁴⁰ Cfr. ancora CANTONE, *Cedu e diritto alla privacy*, cit., *passim*.

captate nella fase delle indagini», posto che «solo in tal modo può assicurarsi l'esercizio pieno del diritto di difesa essendo ben noto che, in maniera frequente, la ricostruzione della responsabilità o estraneità dell'accusato rispetto al fatto delittuoso attribuitogli dipenderà, con riferimento alla prova per intercettazioni, dalla lettura e dall'ascolto di una pluralità di conversazioni, alcune delle quali apparentemente non riferibili al singolo imputato della cui posizione si discute».

Tutto questo risulta vieppiù inquietante allorquando si torni a riflettere sulla effettiva necessità e sull'utilità di misure così castranti ad ipotetica tutela della *privacy* dell'indagato e dei terzi eventualmente coinvolti.

Anzitutto, è ineludibile sottolineare come, nell'arco degli anni, il Garante Privacy abbia emesso una quantità di autorizzazioni generali dei liberi professionisti al trattamento dei dati, anche sensibili, ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive e della difesa di un diritto in giudizio⁴¹, sicché ci troviamo dinanzi all'assurda situazione per cui il difensore è autorizzato ad apprendere, conservare e utilizzare anche dati di terzi «idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale»⁴², ma non gli è consentito accedere alla copia delle intercettazioni che immortalano la voce del suo stesso assistito.

In più, sempre al Garante Privacy dobbiamo la consapevolezza -esplicitata nell'apposito Provvedimento già sopra citato⁴³, caduto nel dimenticatoio da parte del Ministero della Giustizia e delle Procure destinatarie- che la negazione del diritto di copia al difensore non è affatto l'unica misura adottabile al fine di

⁴¹ Si veda, ad esempio, tra le tante, l'Autorizzazione n. 4/2011 al trattamento dei dati sensibili da parte dei liberi professionisti del 24 giugno 2011, doc. web n. 1822597, in www.garanteprivacy.it, che rileva come l'autorizzazione sia fornita in considerazione del «comma 4, lett. c), del medesimo art. 26, il quale stabilisce che i dati sensibili possono essere oggetto di trattamento anche senza consenso, previa autorizzazione del Garante, quando il trattamento medesimo è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive ai sensi della legge 7 dicembre 2000, n. 397 o, comunque per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, e che, quando i dati siano idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale il diritto sia di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consista in un diritto della personalità o in altri diritti o libertà fondamentali il diritto sia di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consista in un diritto della personalità o in altri diritti o libertà fondamentali» e in più «considerato che le autorizzazioni di carattere generale sinora rilasciate sono risultate uno strumento idoneo per prescrivere misure uniformi a garanzia degli interessati, rendendo altresì superflua la richiesta di singoli provvedimenti di autorizzazione da parte di numerosi titolari del trattamento».

⁴² Così dal testo dell'Autorizzazione sopra citata, identica alle altre analoghe.

⁴³ Provvedimento in materia di misure di sicurezza nelle attività di intercettazione da parte delle Procure della Repubblica del 8 luglio 2013, doc. web n. 2551507, in www.garanteprivacy.it.

prevenire le c.d. fughe di notizie, ivi prevedendosi nero su bianco la «protezione dei documenti informatici trasferiti su supporti rimovibili con idonee tecniche crittografiche... evitando comunque la trasmissione di chiavi simmetriche di cifratura in modo informale su canali insicuri».

In altre parole, il Garante prevedeva, oltre all'effettuazione di copie «solo quando strettamente indispensabili» (come lo sono per necessità di tutela del diritto di difesa, *of course*), che l'operazione avvenisse mediante copie criptate, decifrabili mediante apposita *password* univoca e trasmessa in modo formale, così da rendere tracciabile ogni eventuale violazione commessa dal soggetto privato in possesso di quella singola e unica *password*, attribuita a lui e a nessun altro; questo senza neppure accennare all'evoluzione tecnologica che oggi – a distanza di anni da quel pronunciamento – permette numerosi modi finalizzati a proteggere i dati digitali da copie indebite, consentendo anche quelle famose indagini su fughe di notizie che, a detta di una Corte europea ben diversa da quella di oggi⁴⁴, le Procure italiane erano solite non praticare.

6. Dal diritto di copia negato secondo prassi e giurisprudenza, al diritto negato per legge. Questa è una storia con conclusione ben nota, scritta attraverso il tortuoso percorso della recente riforma delle intercettazioni, dal d.lgs. 29 dicembre 2017 n. 216 (frutto della delega operata con legge 23 giugno 2017, n. 103, c.d. riforma Orlando) alla recentissima legge 28 febbraio 2020 n. 7 di conversione del d.l. 30 dicembre 2019 n. 161⁴⁵.

Ben due governi sono intervenuti per ratificare⁴⁶, nella sostanza, i retri orientamenti palesati dalla prassi di numerose Procure della Repubblica⁴⁷,

⁴⁴ Il riferimento è ancora al caso Craxi c. Italia, cit.

⁴⁵ Una efficace ricostruzione è effettuata da RUGGERI, *La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 932 e ss.

⁴⁶ Sotto questo profilo, si vedano le notazioni di CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando". Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 78, da cui si è colta l'efficace espressione relativa alla tutela "paternalistica" dei diritti.

⁴⁷ E dire che la necessità di una riforma della disciplina codicistica delle intercettazioni telefoniche – in particolare con riferimento al suo impatto sulla *privacy* – era tema da tempo dibattuto; ma, non per nulla, proprio sottolineando come il dibattito fosse alquanto "di facciata", scriveva GAITO, *Sconcerti quotidiani*, in *Riservatezza e intercettazioni*, cit., 11, che «si fa tanto clamore circa l'opportunità di intervenire legislativamente sulle intercettazioni telefoniche, onde frenarne il travaso sui *media* e contenerne l'uso eccessivo; per converso, sembra che nessuno si faccia carico di affrontare e risolvere quei nodi problematici quotidiani con i quali gli addetti ai lavori sono costretti a convivere da molto tempo...».

dall'orientamento ormai maggioritario della Cassazione e, ahinoi, anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Dunque nell'immediato futuro, per legge, una volta concluse le operazioni, le registrazioni del captato saranno trasmesse al p.m. perché le custodisca nell'archivio c.d. digitale dell'art. 89 *bis* disp. att. c.p.p., dove leggiamo che potranno accedere «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».

Si tratta delle accortezze a suo tempo prescritte dal Garante Privacy nel provvedimento datato 2013, ma in tono minore -per dirla in breve- e a verificarlo è sufficiente uno sguardo al lungo elenco di prescrizioni che sono completamente assenti dal *dictum* legislativo.

Per converso, il co. 4 dello stesso articolo aggiunge quello che il Garante non ha mai prescritto, ossia che «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».

Parallelamente, anche il nuovo art. 269, co. 1, c.p.p. prescrive che «al giudice per le indagini preliminari e ai difensori delle parti, successivamente al deposito effettuato ai sensi degli articoli 268 e 415-*bis* o nel caso previsto dall'articolo 454, co. 2-*bis*, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà è consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate», con un periodo da cui scompare il divieto di copia, forse per pudore inserito solo all'interno delle disposizioni di attuazione.

Dopo la conclusione delle operazioni di intercettazione, dunque, il pubblico ministero provvederà ad avvisare i difensori delle parti del deposito e della facoltà di accesso, indi, a seguito del *tour de force* di ascolto delle intercettazioni presso l'archivio della Procura, le parti dovranno indicare al giudice le conversazioni di cui si chiede la trascrizione.

Anche quando, poi, questo *iter* selettivo avverrà al termine delle indagini preliminari, con la *discovery* di cui all'art. 415, co. 2-*bis* c.p.p., entro i soliti 20 giorni dalla notificazione dell'avviso, il difensore (dopo aver controllato l'intero compendio delle intercettazioni sempre solo tramite accesso all'archivio digitale) potrà depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni, che siano ritenute rilevanti dalla difesa medesima e chiederne copia; qui, poi, è incredibilmente previsto,

giusto per semplificare l'*iter*, che sull'istanza provveda il pubblico ministero con decreto motivato, ma in caso di rigetto o di «contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti» (che è arduo comprendere in cosa consistano e si diversifichino dal rigetto), al difensore verrà concesso niente meno che il diritto di instare presso il giudice affinché si proceda nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6, c.p.p., ovvero affinché si recuperi l'altrettanto oneroso *iter* pretermesso a suo tempo dal p.m.

Pare superfluo soffermarsi a commentare questa riforma, frutto dello stesso spirito di passiva recezione di prassi e pronunzie giurisprudenziali, ad onta della loro natura retrograda⁴⁸; in verità il commento è implicito in tutte le considerazioni sin qui spese.

D'altra parte, queste stesse considerazioni –punto per punto- fondano la radicale illegittimità costituzionale della nuova disciplina, nella parte in cui nega al difensore il diritto alla copia delle tracce foniche, per un'irrazionalità delle disposizioni legislative che è saldamente fondata sull'assenza di qualunque seria necessità di proteggere in tal guisa la *privacy*, piuttosto che con gli strumenti da anni suggeriti dal Garante; ma soprattutto illegittimità costituzionale derivante dall'abnorme compressione del diritto di difesa, come del diritto alla ricerca della prova.

Vale la pena, forse, di concludere riprendendo l'efficace pensiero di un giovane studioso, secondo cui nell'ordito costituzionale si legge con chiarezza una «trama di fondo» che coinvolge anche il diritto di difesa e che consente di elaborare una teoria della funzione difensiva sorretta da alcune idee cardine, due delle quali appaiono particolarmente pertinenti alla materia oggetto d'esame: «il coinvolgimento effettivo dell'interessato nel corso dell'intero procedimento, quale fondamentale estrinsecazione della presunzione di non colpevolezza che, *ante iudicatum*, si traduce nel diritto di difendersi provando; e la tendenziale parità tra i contendenti, quale irrinunciabile garanzia di contesto ai fini dell'imparzialità del giudice terzo»⁴⁹.

Dopo simili sogni, il mattino è spietatamente affilato⁵⁰.

⁴⁸ Nettissima, in tal senso, la valutazione di MAZZA, *Amorfismo legale*, cit., 684.

⁴⁹ Sono parole tratte dal bel volume di CIAMPI, *L'informazione dell'indagato*, cit., 45.

⁵⁰ Rielaboriamo così la frase di YOSCHIMOTO, *Sonno profondo*, Roma, 2015.