

QUESTIONI APERTE

Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni

La decisione

Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni - Trascrizione delle registrazioni con le forme e le garanzie della perizia nel procedimento cautelare - Esclusione - Ragioni (C.p.p. art. 268).

La trascrizione integrale delle registrazioni (e la loro traduzione) con le forme e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie è necessaria solamente per l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento e per la conseguente loro utilizzazione come prove in sede di giudizio e non anche per la valutazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ai fini dell'applicazione delle misure cautelari ai sensi dell'art. 273 c.p.p. anche in relazione al diritto del difensore di chiedere ed ottenere dal pubblico ministero copia dei supporti magnetici o informatici delle registrazioni utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, poiché la prova dei fatti dalle stesse rappresentati non deriva dal riassunto o dalla interpretazione che di esse si faccia negli atti di polizia giudiziaria, ma dal contenuto stesso delle registrazioni documentate nei relativi supporti.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE III, 28 maggio 2018 (c.c. 25 gennaio 2018), - SAVANI, *Presidente* - SOCCI, *Relatore* - DI LEO, *P.G.*, (concl. conf.) - Bellusci, *ricorrente*.

Prova per intercettazioni e diritto di difesa nell'incidente cautelare

L'autore, nella prospettiva dell'esercizio del diritto di difesa, trae spunto dalla sentenza per esaminare le regole vigenti e gli arresti giurisprudenziali e delineare le possibili evoluzioni interpretative alla luce della nuova disciplina contenuta nel d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216.

By the defense's right standpoint, the Author draws inspiration from the decision in order to examine rules and precedents and outline possible interpretative evolutions in the light of the new discipline brought by d. Lgs. december, 29th, 2017, n. 216.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Misure cautelari, diritto di difesa e intercettazioni nella disciplina vigente. - 3. La trascrizione delle intercettazioni. - 4. La disciplina introdotta dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216. - 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

La decisione della Suprema Corte evidenzia come i problemi che riguardano l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato in sede cautelare siano sempre di difficile soluzione, soprattutto nelle ipotesi, statisticamente preponderanti, nelle quali il procedimento *de libertate* si attiva nel corso delle indagini preliminari. In questo frangente, le complicazioni sorgono - e possono anche rive-

larsi insormontabili - specialmente quando il ‘fascicolo cautelare’ assume dimensioni notevoli, sia per la quantità di atti investigativi, sia per la natura degli strumenti utilizzati dagli inquirenti¹. Questa situazione, il più delle volte, è conseguenza dell’assetto sul quale si è conformato il procedimento penale: se, nelle intenzioni originarie del legislatore, la fase delle indagini preliminari era concepita come un segmento di durata brevissima, utile soltanto a raccogliere gli elementi necessari a dirimere il dubbio sull’esercizio dell’azione penale, la pratica ha manifestato sempre più chiaramente l’inarrestabile tendenza a dilatare la durata delle investigazioni², con la conseguente lievitazione del compendio istruttorio e l’ulteriore travaso di quest’ultimo nel fascicolo per il dibattimento³. In simili casi, l’esecuzione di un provvedimento cautelare e l’improvvisa restrizione della libertà personale che ne consegue travolgono l’indagato in un vorticoso susseguirsi di eventi difficili da dominare⁴. Pertanto, se il baricentro del processo penale sembra spostarsi irrimediabilmente verso

¹ Rimanendo nel tema della prova per intercettazioni, per evidenziare quanto sia complicata la gestione del materiale di indagine, anche a causa dell’incessante sviluppo di nuove tecnologie, è sufficiente richiamare la recente diatriba sul captatore informatico (è praticamente impossibile dar conto dei numerosi contributi in materia: per tutti, GAITO, FURFARO, *Le intercettazioni “ambulanti”: tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in questa rivista, 2016, 309 e ss., e, anche per ulteriori richiami di dottrina, BRONZO, *L’impiego del trojan horse informatico nelle indagini penali*, in *Riv. ital. sc. giur.*, 2018, 8, 329 ss.).

² Ciò avviene anche attraverso stratagemmi di dubbia legittimità, come testimonia la prassi elusiva della prescrizione contenuta nell’art. 335, co. 1, c.p.p., sull’iscrizione del nominativo della persona sottoposta alle indagini. Qui, a fronte del netto rifiuto della giurisprudenza di elaborare correttivi in via interpretativa, attribuendo al giudice il potere di sindacare la tempestività dell’iscrizione e rideterminare i limiti cronologici dell’investigazione (Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259; Id., Sez. un., 23 aprile 2009, Fruci, *ivi*, 2009, 4145; Id., Sez. un., 24 settembre 2009, Lattanzi, *ivi*, 2010, 503), il legislatore è intervenuto recentemente, con l’art. 1, co. 75 e 76, introducendo, tuttavia, un controllo da parte del procuratore della Repubblica e del procuratore generale presso la corte d’appello che si esplica soltanto sul versante disciplinare e non su quello processuale (ALESCI, *La modifica della disposizioni di attuazione in tema di iscrizione della notizia nel registro, di informazione sull’azione penale e la riorganizzazione dell’ufficio del p.m. (commi 73-76 L. N. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di BENE, MARANDOLA, Milano, 2017, 137 e ss.; CASSIBBA, *Troppi ma ineffettivi controlli sulla durata delle indagini preliminari nel codice riformato*, in questa *Rivista* online, 2018, 3 e ss.; nonché, volendo, COLAIACOVO, *Il controllo del procuratore della Repubblica e del procuratore generale presso la corte d’appello sull’iscrizione della notizia di reato*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di Baccari, Bonzano, La Regina, Mancuso, Padova, 2017, 503).

³ Sul punto, per tutti, SPANGHER, *Ragionamenti sul processo penale*, Milano, 2018, 73 e ss., che parla esplicitamente di “crisi del dibattimento”, indicando, tra le cause, proprio il sempre più accentuato recupero del materiale investigativo, nonché CAMON, *La fase che “non conta e non pesa”: indagini governate dalla legge?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 425 e ss.

⁴ Infatti, tanto nella prospettiva della difesa tecnica, che in quella dell’autodifesa, la difficoltà di metabolizzare rapidamente tutto il materiale investigativo può ostacolare, con effetti esiziali, l’allestimento di una reazione *causa cognita* in vista dell’interrogatorio di garanzia o dell’impugnazione del provvedimento restrittivo.

il segmento investigativo, in assenza di incisive contromisure del legislatore che recuperino l'impostazione originaria, è sempre più stringente la necessità di assicurare, attraverso opportuni accorgimenti esecutivi, l'esercizio del diritto di difesa.

Come accennato, questi profili problematici si colgono chiaramente nella sentenza in rassegna, che induce a soffermarsi su due punti cruciali: da un lato, l'esercizio del diritto di difesa attraverso l'ascolto delle captazioni e la copia delle registrazioni, dall'altro lato, la trascrizione e la traduzione delle conversazioni intercettate. Poiché l'entrata in vigore della controversa riforma della disciplina della prova per intercettazioni⁵ appare prossima⁶, sembra opportuno anche verificare se e con quali effetti i principi enunciati dalla sentenza in commento possano risultare in armonia con il nuovo dato normativo.

2. Misure cautelari, diritto di difesa e intercettazioni nella disciplina vigente.

In materia cautelare, il diritto di difesa si esercita, anzitutto, attraverso la conoscenza degli atti che giustificano la coercizione e, più in particolare, con riguardo al caso trattato dalla Suprema Corte, delle conversazioni intercettate⁷. Su quest'ultimo versante, l'attuale conformazione del diritto del difensore ad avere completa cognizione delle captazioni utilizzate a fini cautelari è il punto di arrivo di un percorso avviato dalla Corte costituzionale⁸ e completato

⁵ In dottrina è pressochè unanime la critica rivolta al d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216. In tema, ancora senza pretesa di esaustività per la mole dei contributi, *La Riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di Spangher, Pisa, 2018; *Le nuove intercettazioni*, a cura di Mazza, Torino, 2018; *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di Bene, Bari, 2018; *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di Giostra, Orlandi, Torino, 2018; FURFARO, *Intercettazioni (profili di riforma)*, in *Dig. Pen.*, Aggiornamento, 2018, 395.

⁶ Benchè il termine previsto per l'entrata in vigore della nuova disciplina, inizialmente fissato al 26 luglio 2018 (ovvero al 180° giorno successivo all'entrata in vigore del d. lgs. 216/17), sia stato prorogato dall'art. 2, comma 1, del d.l. 25 luglio 2018, n. 91, a "dopo il 31 marzo 2019". Sui profili di diritto intertemporale legati all'entrata in vigore della nuova normativa, per tutti, GAMBARDELLA, *Entrata in vigore e profili di diritto transitorio*, in *Nuove norme*, cit., 159 e ss.

⁷ In questo senso GAITO, *La prova per intercettazioni*, in *La prova per intercettazioni tra incertezze operative e incognite future*, in *Giur. it.*, 2011, 713, secondo il quale, appunto, la conoscenza degli atti di investigazione si pone come presupposto indefetibile dell'esercizio del diritto in parola. In tema anche ADORNO, *Diritto al difensore dell'imputato in vinculis e procedimento cautelare*, in *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, a cura di Negri, Renon, Torino, 2017, 146, secondo il quale la conoscenza dell'oggetto del contendere e degli atti rilevanti per la decisione si attegga a precondizione per l'esercizio della difesa tecnica.

⁸ Corte cost., n. 336 del 2008, in *Cass. pen.*, 2008, 861, con nota di CORBO, *Il diritto di conoscere il contenuto integrale delle intercettazioni impiegate per un provvedimento cautelare personale*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione di una dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o

dalla giurisprudenza della Corte di cassazione che, anche a Sezioni unite⁹, ha affermato in termini netti tale diritto¹⁰. In effetti, nelle decisioni della Suprema Corte - sulla scia delle quali si inserisce senza particolari profili di novità la sentenza in rassegna - si scorge una particolare sensibilità al tema, che si traduce, pur con i limiti e le incertezze di una disciplina pretoria, in una adeguata tutela delle prerogative difensive: stando alle 'linee guida' delle Sezioni unite, sul difensore dovrebbe gravare soltanto l'obbligo di presentare tempestivamente¹¹ l'istanza¹² al p.m. per essere autorizzato ad accedere al materiale intercettato, senza ulteriori oneri¹³. A fronte di una simile richiesta grava sul

comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate. In tema, BARGI - FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, in GATTO, *La prova penale*, Padova, 2008, vol. II, 153 e ss., nonché ADORNO, *Diritto al difensore*, cit., 152 e ss.

⁹ Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Cass. pen.*, 2011, 461, con nota di MILANI, *Sul diritto del difensore alla piena conoscenza delle risultanze delle intercettazioni utilizzate nel procedimento cautelare: le Sezioni unite non sciolgono tutti i dubbi*. Secondo tale decisione, l'illegittima compressione del diritto di difesa, derivante dal rifiuto o dall'ingiustificato ritardo del p.m. nel consentire al difensore l'accesso alle registrazioni di conversazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei "brogliacci d'ascolto", utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, dà luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p., in quanto determina un vizio nel procedimento di acquisizione della prova che non inficia l'attività di ricerca della stessa e il risultato probatorio in sé considerati, ma che impedisce di utilizzare tali trascrizioni come prova nel giudizio *de libertate*, qualora il vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame e il Tribunale non abbia potuto acquisire il supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309, co. 9, c.p.p.

¹⁰ Si suole ripetere, infatti, che questo diritto è incondizionato e non può essere disconosciuto né per il mero dato formalistico della mancata esplicitazione che l'istanza è effettuata ai fini della proposizione della richiesta di riesame, posto che tale indicazione rileva esclusivamente ai fini della verifica della congruità del tempo impiegato per l'adempimento, né invocando la necessità di preservare la segretezza delle indagini, ormai cessata a causa della intervenuta conoscibilità degli atti da parte dell'indagato (Cass., Sez. I, 6 giugno 2014, Risi, in *Mass. Uff.*, n. 261240).

¹¹ Per verificare il rispetto di tale requisito, è necessario aver riguardo al momento nel quale la parte interessata ha avuto cognizione dell'ordinanza cautelare, evento che coincide, il più delle volte, con la notifica o l'esecuzione del provvedimento (Cass., Sez. IV, 5 giugno 2014, Caushaj, in *Mass. Uff.*, n. 261060).

¹² L'istanza del difensore è presupposto imprescindibile per l'attivazione del meccanismo in esame (Cass., Sez. III, 2 febbraio 2016, El Alami, in *Mass. Uff.*, n. 266573) e, come ha precisato ancora la Suprema Corte, non deve contenere la specifica indicazione delle conversazioni ritenute rilevanti (Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, in *Giur. it.*, 2013, 1397, con nota di GIUNCHEDI, *Il diritto di difendersi "ascoltando" nel procedimento de libertate*).

¹³ Sul punto, tuttavia, le interpretazioni non appaiono univoche. In una prospettiva più sensibile al diritto di difesa, si può leggere la decisione di Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2011, Cosentino, *Mass. Uff.*, n. 251273, secondo la quale, per invocare la nullità dell'ordinanza per violazione del diritto di difesa, è sufficiente che il difensore assolva l'onere di dimostrare che l'istanza per il rilascio di copia dei supporti magnetici o informatici è stata effettivamente e tempestivamente presentata al p.m. e non è necessario, perciò, documentare il fatto negativo rappresentato dal mancato riscontro alla richiesta da parte della Procura (conforme, Cass., Sez. VI, 19 ottobre 2011, Pizzata, in *Mass. Uff.*, n. 251276). Su una differente linea interpretativa, invece, si collocano altre decisioni che pretendono ulteriori adempimenti:

p.m., specularmente, l'obbligo di consentire l'accesso al fascicolo e fornire copia del materiale captato. Conseguentemente, ove tale richiesta non sia stata soddisfatta e il p.m. non sia in grado di fornirne congrue giustificazioni¹⁴, opera il divieto di utilizzazione delle intercettazioni nel segmento cautelare¹⁵. Tuttavia, proprio perché la sanzione colpisce il materiale probatorio - sterilizzandolo momentaneamente - e non il titolo coercitivo, l'accoglimento della eccezione difensiva non comporta la liberazione dell'indagato, ove il tribunale del riesame, effettuata una "prova di resistenza" sulla scorta del materiale residuo, ritenga ancora sussistenti i gravi indizi di colpevolezza¹⁶. La declinazione concreta di tali principi rischia tuttavia di rivelarsi meno perentoria delle affermazioni astratte, sia per il rischio di abusi¹⁷, sia per le tensioni generate dal conflitto tra le rapide cadenze del procedimento cautelare e le esigenze della difesa di procedere a uno scrupoloso ascolto delle intercettazioni, al fine di denunciare eventuali incongruenze rispetto ai brogliacci, attività che difficilmente può essere contenuta entro i termini brevissimi della procedura *de libertate*¹⁸. Tale conflitto spiega la tendenza a limitare il catalogo

ad esempio, secondo Cass., Sez. VI, 24 aprile 2012, Namia, in *Mass. Uff.*, n. 253215, il difensore che deduca la nullità dell'ordinanza cautelare per non aver ottenuto l'accesso alle registrazioni ha l'onere di provare l'omesso o ritardato rilascio della documentazione, mentre, ad avviso di Cass., Sez. VI, 7 ottobre 2011, Romeo, in *Mass. Uff.*, n. 250848, sul p.m. non grava l'obbligo di comunicare il provvedimento con il quale ha deciso sull'istanza al difensore dell'indagato e, pertanto, quest'ultimo è tenuto a informarsi sull'esito della richiesta (conforme, Cass., Sez. II, 3 ottobre 2013, Bathiri, in *Mass. Uff.*, n. 257304).

¹⁴ Sul punto, si discute molto sulle difficoltà che incontrerebbe l'ufficio di Procura a soddisfare le istanze del difensore. Nel senso che, tuttavia, tali problemi sono soltanto apparenti, SANTORIELLO, *Diritto alla copia della traccia fonica: tanto rumore per nulla*, in *La prova per intercettazioni*, cit., 715. Sulla medesima linea interpretativa, AMATO, *In sede cautelare spetta all'accusa la scelta dei "brani"*, in *Guida dir.*, 2018, 7, 53, secondo il quale le ipotesi di inadempimento giustificate rappresentano l'eccezione. In ogni caso, a prescindere dalla giustificazione del p.m., qualora i supporti contenenti le registrazioni non siano trasmessi tempestivamente per il giudizio di riesame, la Suprema Corte ha escluso che sul difensore gravi l'onere di chiedere un rinvio dell'udienza (Cass., Sez. VI, 26 settembre 2017, Delli Castelli, in *Mass. Uff.*, n. 271510).

¹⁵ Cass., Sez. II, 7 luglio 2010, Russo, in *Giur. it.*, 2011, 180, con nota di LA ROCCA, *Prova per intercettazione e tutela sostanziale del diritto di difesa*; Id., Sez. V, 24 febbraio 2012, n. 8921, in *Mass. Uff.*, n. 251733 (che ha precisato che tali effetti si producono anche qualora la richiesta della difesa, pure accolta dal p.m., non sia stata soddisfatta a causa di ritardi imputabili alla segreteria di quest'ultimo).

¹⁶ Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2011, Ceravolo, in *Mass. Uff.*, n. 251182.

¹⁷ Secondo Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, cit., la materia si presta al rischio di condotte strumentali delle parti, volte rispettivamente a vanificare (anche solo di fatto) il tempestivo esercizio di un peculiare diritto di difesa ovvero alla artificiosa e strumentale creazione di una causa di nullità.

¹⁸ Sul punto, la Suprema Corte ha stabilito che la valutazione della congruità del lasso temporale concesso alla difesa è rimessa al giudice del merito, che deve tenere conto del numero e della durata delle captazioni (Cass., Sez. III, 11 dicembre 2014, Wang, in *Mass. Uff.*, n. 261795; in tema, anche Cass., Sez. IV, 20 giugno 2017, Petillo, *ivi*, n. 270945, che ha ratificato la decisione con la quale il

delle operazioni esperibili e, come nella sentenza in rassegna, a negare la possibilità di procedere alla trascrizione delle intercettazioni con le forme più garantite della perizia, rinviata alla fase dibattimentale. Si tratta, senza dubbio, di una lettura che riduce sensibilmente i margini di manovra della difesa e che trova una giustificazione soltanto parziale nelle serrate scadenze cautelari¹⁹.

3. La trascrizione delle intercettazioni.

Il materiale intercettato - che, secondo l'orientamento al quale aderisce la pronuncia in rassegna, costituisce il sostrato materiale della prova²⁰ - entra a far parte del compendio utilizzabile ai fini della decisione attraverso una speciale ipotesi di incidente probatorio²¹: l'art. 268, co. 7, c.p.p. prevede che il giudice disponga la trascrizione integrale o la stampa in forma intellegibile delle captazioni osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie.

La scelta di questo strumento si spiega con l'esigenza di garantire la genuinità dei risultati delle intercettazioni, attraverso un accertamento, da compiere in contraddittorio, sull'integrità delle registrazioni e sulla assenza di cancellature o fonomontaggi²².

Senonché, nella giurisprudenza è diffusa una tendenza che ne sminuisce la portata, soprattutto laddove afferma che l'attività di trascrizione si esaurisce in una serie di operazioni materiali, che non implica l'acquisizione di alcun con-

giudice aveva ritenuto sufficienti due giorni). Peraltro, il termine deve essere utile per il solo ascolto delle registrazioni e non per altre attività, come, ad esempio, la trascrizione ad opera di un consulente della difesa (Cass., Sez. VI, 23 novembre 2012, Gjoka, in *Mass. Uff.*, n. 254221).

¹⁹ In effetti, come nota CENCI, *La prova per intercettazione tra resistenze della prassi e diritto assoluto della difesa alla conoscenza degli atti*, in *La prova per intercettazioni*, cit., al fine di rendere meno caotica la fase che segue l'esecuzione della misura, potrebbe ipotizzarsi a carico del p.m. un obbligo di predisporre già al momento della presentazione della richiesta cautelare la copia delle registrazioni con una consulenza contenente le trascrizioni. Nello stesso senso, SANTORIELLO, *Diritto alla copia*, cit., 717.

²⁰ Da ultimo, Cass., Sez. VI, 3 luglio 2017, S., in *Mass. Uff.*, n. 271371.

²¹ BARGIS, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 320. Questa lettura, senz'altro coerente con il dato codicistico vigente, che colloca l'adempimento nella fase delle indagini preliminari, è disattesa dalla prassi, che tende a posticipare l'operazione in parola, all'udienza preliminare o al giudizio, e diverrà incompatibile con la nuova disciplina contenuta nell'art. 493-bis, co. 2, c.p.p., che differisce la domanda di trascrizione nel dibattimento (sul punto, CAMON, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in *Nuove norme*, cit., 89).

²² CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 299; FILIPPI, *L'intercettazioni di comunicazioni*, Milano, 1997, 581; BARGI, FURFARO, *Le intercettazioni*, cit., 154.

tributo tecnico-scientifico²³ e consente di surrogare la stessa perizia con la prova testimoniale sul contenuto delle captazioni²⁴.

Un approccio senz'altro opinabile, perché non attribuisce il giusto rilievo alla complicatezza delle operazioni: una parola captata può apparire ambigua - e imporre una valutazione più approfondita - tanto quando essa sia proferita in una lingua straniera o in dialetto, tanto quando l'ascolto sia disturbato da altri fattori, e ad ostacolare la trascrizione siano inconvenienti di carattere tecnico²⁵. Del resto, l'indirizzo giurisprudenziale richiamato sembra scontrarsi con un altro consolidato insegnamento della Suprema Corte²⁶ che, per affermare la nullità della perizia nel caso in cui il perito nominato dal giudice abbia a sua volta incaricato un ausiliario per la traduzione delle conversazioni, esclude che le operazioni in questione si riducano ad una attività meramente meccanica, poiché richiede di scegliere, tra più significati equipollenti di una parola, quello nella sostanza più fedele al contenuto del dialogo²⁷. Queste considerazioni valgono anche nel procedimento *de libertate*, nel quale il materiale è selezionato dall'accusa ed è somministrato al giudice nella forma del brogliaccio, ossia in una veste confezionata dalla polizia giudiziaria e che meglio si attaglia, per forza di cose, alla versione accusatoria. Anche qui, pertanto, la trascrizione e la traduzione delle registrazioni si presentano come un utile correttivo per eventuali errori di impostazioni compiuti dalla pubblica accusa. Un ostacolo, tuttavia, è rappresentato dalle difficoltà che sorgerebbero qualora si dovesse procedere alla perizia soltanto dopo l'esecuzione della misura, quando tutti i protagonisti della vicenda devono curare anche altri adempimenti. Si potrebbero ipotizzare, pertanto, due soluzioni: per un verso, si potrebbe imporre al p.m., nel momento in cui presenta la richiesta, di depositare anche la trascrizione delle captazioni operata dal suo consulente tecnico; per altro verso, si potrebbe immaginare un onere dell'indagato di chiedere un differimento dell'udienza per il riesame ai sensi dell'art. 309, co. 9-*bis*, c.p.p.

²³ Cass., Sez. I, 6 febbraio 2007, Mangone, in *Mass. Uff.*, n. 236361.

²⁴ In questo senso, nonostante alcune pronunce difformi, sembra consolidarsi la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. II, 26 febbraio 2013, Lagano, in *Mass. Uff.*, n. 254910, e Id., Sez. VI, 20 febbraio 2014, Caia, *ivi*, n. 259675; *contra*, Id., Sez. V, 10 gennaio 2013, n. 20824, Omoruyi, in *Cass. pen.*, 2014, 2595).

²⁵ Dunque, se la *ratio* della previsione è anche quella di individuare cancellature o fonomontaggi, appare irrinunciabile una specifica preparazione del trascrittore e una specifica indagine tecnica volta a dissimulare le contraffazioni.

²⁶ Coerente con altra decisione delle Sezioni unite: Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, E., in *Cass. pen.*, 2011, 4176, con nota di SAU, *Il traduttore designato ex art. 268 c.p.p. per la trascrizione di comunicazioni in lingua straniera non può svolgere, per incompatibilità, le funzioni di interprete nello stesso procedimento*.

²⁷ Così, da ultimo, Cass., Sez. II, 17 novembre 2015, Di Silvio, in *Mass. Uff.*, n. 266131.

per predisporre la perizia. Tra le due alternative la prima sembra quella che bilancia in modo ottimale gli interessi in gioco: il p.m., infatti, è colui che intende avvalersi delle registrazioni a fini di prova nell'incidente cautelare e dispone di maggior tempo per incaricare un consulente che le trascriva; inoltre, la collocazione dell'adempimento nel momento iniziale della procedura consente anche al giudice della cautela e non soltanto al tribunale del riesame di utilizzare materiale probatorio più affidabile.

Concludendo sul punto, la fragilità della prova per intercettazione suggerisce di riservare, anche nel corso dell'incidente cautelare, un diverso trattamento giuridico alla 'raffinazione' del materiale captato, evitando scorciatoie procedurali.

L'attribuzione del giusto rilievo all'attività peritale, tuttavia, nulla toglie alla persuasività della conclusione alla quale perviene la Suprema Corte quando ravvisa delle patologie: gli errori commessi dal perito nell'esecuzione del compito affidatogli dal giudice, infatti, non possono determinare l'inutilizzabilità delle intercettazioni, ma, piuttosto, una scarsa attendibilità del lavoro peritale, che, nelle ipotesi più gravi, deve essere rinnovato²⁸.

4. La disciplina introdotta dal d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216.

Uno dei tratti peculiari del d.lgs. n. 216 del 2017 è la radicale riforma delle modalità di gestione delle captazioni: il legislatore ha profondamente modificato sia le regole che governano la documentazione delle operazioni di intercettazione, sia quelle che riguardano la selezione, l'utilizzo e la conservazione dei prodotti di tale attività²⁹. Nel nuovo contesto normativo, sono contemplati numerosi accorgimenti tesi a scongiurare il pericolo che la divulgazione delle notizie acquisite con le intercettazioni possa ledere il diritto alla riservatezza delle persone coinvolte nell'attività di ricerca della prova³⁰. Sintetizzando estremamente, sono previsti filtri per evitare la circolazione di registrazioni irrilevanti (art. 268, co. 2-bis e 2-ter c.p.p.); è istituito un inedito sistema di

²⁸ Cass., Sez. VI, 15 marzo 2016, Giorgini, in *Mass. Uff.*, n. 266775.

²⁹ Si tratta di uno dei punti della riforma sui quali si sono addensate le critiche più pungenti della dottrina che ha censurato i difetti lessicali, le carenze dal punto di vista sistematico, la scarsa cura dei dettagli e il velleitarismo delle soluzioni (GIULIANI, *Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento de libertate*, in *Nuove norme*, cit., 61).

³⁰ È utile ricordare come la tutela della riservatezza e il bilanciamento con il diritto all'informazione siano lo scopo perseguito dal legislatore, anche a detrimento delle altre esigenze sottese alla disciplina della prova per intercettazioni. Sul punto, DINACCI, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 27 e ss.; GIOSTRA, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in *Nuove norme*, cit., 115 e ss.; MAZZA, *Introduzione*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., XI e ss.

conservazione delle intercettazioni, incentrato sulla creazione di un archivio riservato presso la Procura della Repubblica; è contemplata una nuova procedura ai fini della selezione delle captazioni da utilizzare per la decisione³¹, che si articola in due moduli: il primo, ordinario, trova applicazione in vista del giudizio di merito³²; l'altro, derogatorio, regola l'uso delle intercettazioni per fini cautelari nel corso delle indagini preliminari³³.

Si deve focalizzare l'attenzione su quest'ultimo, delicatissimo snodo³⁴. Questo meccanismo, tra l'altro, regola le modalità di cernita e acquisizione delle captazioni³⁵. Più precisamente, l'art. 268-ter c.p.p. affida la scelta delle intercettazioni, in prima battuta, al p.m., che, ai sensi del nuovo primo comma dell'art. 291 c.p.p. deve trasmettere, insieme alla richiesta cautelare e agli atti che la corredano, anche i "famigerati" brogliacci delle captazioni rilevanti³⁶. Successivamente, un ulteriore controllo verrà svolto dal g.i.p. che, nel valutare la richiesta del p.m., potrà compiere ancora una scrematura del materiale, espungendo le captazioni irrilevanti, che saranno restituite al p.m., ai sensi dell'art. 92 disp. att. c.p.p., insieme all'ordinanza da eseguire. A questo punto, il materiale utilizzato per la cautela, ai sensi dell'art. 268-ter, primo co., c.p.p. sarà riversato nel fascicolo del p.m. e potrà essere finalmente conosciuto dal difensore. A tal fine, è stato interpolato l'art. 293 c.p.p., che, in un nuovo periodo del terzo comma - in sintonia con le decisioni della Corte costituzionale

³¹ Sul punto, CAMON, *Forme*, cit., 63.

³² Per una esaustiva descrizione di tale procedura, GABRIELLI, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni rilevanti*, in *Nuove norme*, cit., 3, e ss.

³³ L'introduzione di un percorso differenziato per le misure cautelari è giustificata dalla circostanza che, trattandosi di atti a sorpresa, non è possibile attivare la procedura ordinaria, che contempla un intervento in contraddittorio delle parti (DINACCI, *Intercettazioni*, cit., 44).

³⁴ Come nota CONTI, *Le nuove norme sulla riservatezza delle intercettazioni: anatomia di una riforma discussa*, in *Riforma Orlando: riprese fraudolente, intercettazioni, archiviazione e impugnazioni*, in *Giur. it.*, 2018, cit., 1768, in questo momento sono massime le esigenze investigative, massime le esigenze difensive, massimo l'interesse mediatico, il tutto in possibile contrasto con la riservatezza.

³⁵ Altre previsioni, invece, dettano degli adempimenti finalizzati a limitare la riproduzione di brani di colloqui intercettati nella richiesta e nel provvedimento applicativo di una misura cautelare. L'art. 291, co. 1-ter, c.p.p. permette al p.m. di inserire nella sua richiesta soltanto i brani essenziali e, specularmente, l'art. 292, co. 2-quater, c.p.p., impone identiche limitazioni al giudice che, nel redigere l'ordinanza, può far uso soltanto dei brani necessari per l'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi. Si tratta di previsioni volte ad evitare che questi atti, che possono essere pubblicati dopo l'esecuzione della misura cautelare, contengano parti di conversazioni e comunicazioni inutili ai fini della cautela e lesivi della riservatezza dei soggetti coinvolti (AMATO, *In sede cautelare*, cit., 53; DINACCI, *Intercettazioni*, cit., 46; GIULIANI, *Intercettazioni*, cit., 53).

³⁶ Come nota GIORDANO, *Meccanismi complessi non senza pericoli per il diritto di difesa*, in *Riforma Orlando*, cit., 1750, l'attribuzione al p.m. della prerogativa di cernita del materiale raccolto con le intercettazioni è coerente con il sistema ancora vigente, nel quale l'accusa può operare una selezione nell'ambito degli elementi raccolti nelle indagini, scegliendo quelli da inviare al giudice.

e delle Sezioni unite³⁷ - consente al difensore di esaminare e ottenere copia dei verbali relativi alle captazioni e, in ogni caso, di ottenere la trasposizione delle registrazioni su supporto idoneo alla riproduzione dei dati³⁸. Un limite alla esplorazione difensiva, tuttavia, è fissato dalla preclusione all'accesso all'intero compendio intercettato e, quindi, dalla impossibilità di verificare la correttezza dell'operato del p.m. e di individuare eventuali intercettazioni utili all'indagato³⁹.

Meno articolato, ma non per questo privo di implicazioni dal punto di vista difensivo, è l'intervento legislativo sull'attività di trascrizione: l'inserimento dell'art. 493-*bis* c.p.p. consacra definitivamente la perizia quale attività tipica del dibattimento⁴⁰.

5. Riflessioni conclusive.

Riassunti i connotati peculiari del “diritto vivente” e della disciplina che è destinata ad entrare in vigore il prossimo anno (a meno di ripensamenti legislativi), rimangono da sciogliere i quesiti circa la sorte degli insegnamenti della Suprema corte e la futura conformazione del diritto di difesa sul fronte cautelare.

Su tali aspetti, il dato normativo non fornisce indicazioni risolutive: l'unico intervento che ha diretta attinenza con la difesa si limita a tradurre in legge l'approdo raggiunto con le sentenze della Corte costituzionale e delle Sezioni unite sul diritto di ottenere copia delle registrazioni⁴¹.

Per individuare le soluzioni, pertanto, è verso i silenzi del legislatore che si deve rivolgere l'attenzione.

Il legame tra l'attuale formulazione del terzo comma dell'art. 293 c.p.p. e le regole dettate in precedenza dalla giurisprudenza, almeno *prima facie*, induce

³⁷ Pongono in evidenza lo stretto collegamento con tali arresti ALONZI, *Contenuti e limiti del diritto di difesa*, in *Nuove norme*, cit., 113; AMATO, *In sede cautelare*, cit., 51; DINACCI, *Intercettazioni*, cit., 44; GIUNCHEDI, *Appunti su alcune criticità della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *questa rivista*, 2018, 6.

³⁸ Il difensore ha diritto ad ottenere le registrazioni nella loro interezza e non soltanto nelle porzioni riportate nella richiesta e nell'ordinanza, come, invece, sembra sostenere RIVELLO, *Il procedimento acquisitivo delle intercettazioni e l'archivio riservato presso il pubblico ministero*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 94.

³⁹ Sul punto, GIORDANO, *Meccanismi complessi*, cit., 1750, il quale sottolinea che la nuova disciplina impone una estensione del contraddittorio e delle prerogative della difesa e individua una soluzione nella attivazione, immediatamente dopo l'esecuzione della misura, della procedura ordinaria di selezione delle captazioni rilevanti.

⁴⁰ Sul punto, RIVELLO, *Il procedimento*, 97 e ss., e CAMON, *Forme*, cit., 88.

⁴¹ Senonchè, sotto il profilo interpretativo, questa opzione, anzichè semplificare i termini della questione, è foriera di ulteriori complicazioni, come nota GIULIANI, *Intercettazioni*, cit., 53.

a ritenere che, per quanto riguarda l'esame e la copia delle captazioni, non dovrebbero registrarsi significative mutazioni. Il difensore e l'indagato, quindi, potranno accedere al fascicolo cautelare e ottenere copia di quanto riterranno utile per la preparazione della strategia difensiva⁴². In termini pratici, poiché la previsione non si sofferma sui dettagli, gli interessati dovranno ancora far riferimento alle coordinate tracciate dalle Sezioni unite⁴³. Pertanto, l'esercizio delle prerogative difensive - pure tutelato, come si è visto - potrebbe essere ostacolato dal riproporsi delle incertezze che attualmente caratterizzano l'interpretazione di alcuni aspetti della disciplina, sui quali il legislatore non ha preso posizione⁴⁴.

Il controllo difensivo si esplicherà ancora in una attività di verifica circa la conformità delle trascrizioni rispetto alle tracce foniche. Il difensore avrà diritto ad esaminare le sole captazioni utilizzate per la misura cautelare⁴⁵ e non potrà richiedere l'ampliamento della piattaforma probatoria attraverso l'acquisizione di altre intercettazioni utili a corroborare la tesi difensiva⁴⁶. In questa fase, infatti, la selezione è operata dal p.m.⁴⁷ e l'unico limite posto alla sua discrezionalità è l'obbligo di presentare al giudice le intercettazioni a favore dell'indagato⁴⁸. Anche da questo punto di vista, dunque, gli scenari non appaiono destinati a mutare.

Un cambiamento di orizzonte potrebbe immaginarsi, invece, sul versante delle conseguenze che scaturiscono dalla violazione del diritto di difesa. Si è osservato, infatti, che ora la previsione contempla un obbligo di deposito degli atti, svincolato dalla richiesta del difensore, e che, pertanto, le registrazioni

⁴² In realtà, il tenore testuale della previsione sembra accordare tale diritto soltanto al difensore e non anche all'indagato (così, AMATO, *In sede cautelare*, cit., 51). Il dato letterale, soprattutto alla luce delle numerose imprecisioni che caratterizzano il testo legislativo, non può essere, tuttavia, il solo elemento sul quale orientare la risposta al quesito. Così, se è vero che l'indagato è colui che al meglio può contestualizzare le captazioni e individuarne il significato, è preferibile ritenere che, coerentemente con le altre previsioni del codice, anche tale soggetto possa esercitare i medesimi diritti attribuiti al difensore.

⁴³ AMATO, *In sede cautelare*, cit., 52.

⁴⁴ È il caso, ad esempio, delle questioni che attengono all'individuazione degli oneri che gravano sul difensore che intende ottenere copia delle intercettazioni o delle ragioni che possono giustificare l'inottemperanza del p.m. (*supra*, par. 2).

⁴⁵ RIVELLO, *Il procedimento*, cit., 72.

⁴⁶ RIVELLO, *Il procedimento*, cit., 7272. Secondo CAPRIOLI, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, in *L'intercettazione*, cit., 167, sembrerebbe da escludere anche un intervento in senso contrario, teso a chiedere l'espunzione di intercettazioni.

⁴⁷ Il giudice, infatti, potrà soltanto escludere captazioni non rilevanti e non richiedere eventuali integrazioni al p.m.

⁴⁸ Il codice tace sul punto, ma, come afferma DINACCI, *Intercettazioni*, cit., 47, questa conclusione deriva da una lettura sistematica delle previsioni sul procedimento cautelare.

sarebbero attratte nel novero degli atti che la difesa ha diritto a conoscere, indipendentemente dall'attivazione del giudizio di riesame. Così, dall'eventuale omissione non deriverebbe più l'inutilizzabilità delle intercettazioni nel giudizio di riesame, ma la nullità dell'interrogatorio di garanzia. Più precisamente, si ipotizza l'applicazione di un'altra regola enunciata dalle Sezioni unite, secondo la quale l'omesso deposito nella cancelleria del giudice, ai sensi dell'art. 293, co. 3, c.p.p., dell'ordinanza cautelare, della richiesta del p.m. e degli atti che la sostengono comporta la nullità dell'interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare, prescritto dall'art. 294 c.p.p.⁴⁹.

Senz'altro, tale lettura potenzierebbe la tutela della persona *in vinculis*, che sarebbe rimessa immediatamente in libertà, al contrario di quanto accade attualmente⁵⁰. Colpire la violazione con una sanzione tanto incisiva sarebbe coerente con il rilievo che la prova per intercettazioni assume nel giudizio *de libertate* e con le difficoltà che, dal punto di vista difensivo, si incontrano nel "fronteggiarla"⁵¹.

D'altro canto, sull'esercizio del diritto di difesa nella fase cautelare incide anche la nuova disciplina delle operazioni di trascrizione delle captazioni. Il definitivo collocamento di tale adempimento nella fase dibattimentale consacra l'orientamento condiviso anche nella sentenza in rassegna ed esclude definitivamente la possibilità che la perizia sia disposta nel corso delle indagini preliminari o nel corso dell'incidente cautelare. L'intento che anima tale innovazione è quello di evitare una attività particolarmente dispendiosa in un momento nel quale, poichè non è sicuro il passaggio alla fase dibattimentale, non è ancora attuale l'esigenza probatoria da soddisfare⁵².

⁴⁹ Così, GIULIANI, *Intercettazioni*, cit., 60, che richiama Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 26798, Vitale, in *Cass. pen.*, 2005, 3265, con nota di GIULIANI, *Nullità dell'interrogatorio "di garanzia" per omesso deposito degli atti ex art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*. Una interpretazione identica potrebbe essere elaborata anche sul dato normativo vigente, come sosteneva CENCI, *La prova per intercettazione*, cit., 723.

⁵⁰ Adesso, come accennato, dalla declaratoria di inutilizzabilità delle intercettazioni in sede di riesame non discendono automaticamente l'annullamento della misura e la rimessione in libertà dell'indagato (Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2011, n. 45880, cit.).

⁵¹ Anche se, come ritiene, GIULIANI, *Intercettazioni*, cit., 60, probabilmente prevarranno interpretazioni restrittive volte a riprodurre i precedenti equilibri in virtù dei quali il mancato deposito dei supporti sonori determinerà soltanto l'esclusione della prova per intercettazione qualora sia attivato il giudizio di riesame. Nello stesso senso, CAPRIOLI, *La nuova procedura*, cit., 168.

⁵² Secondo la *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo* è del tutto antieconomico provvedere alla trascrizione pur quando il procedimento si arresti ad una fase antecedente all'instaurazione del giudizio. La scelta appare condivisa dalla dottrina: tra gli altri CAMON, *Forme*, cit., 89.

Tale opzione, tuttavia, potrebbe vulnerare, anche gravemente, le facoltà difensive della persona sottoposta a una misura cautelare sulla base di intercettazioni.

Queste ultime, per essere processualmente fruibili, potrebbero anche richiedere un intervento di carattere tecnico, in ragione della scarsa qualità delle registrazioni, ovvero una traduzione, poiché gli interlocutori parlano una lingua diversa dall'italiano. Anche sul punto, tuttavia, proprio perchè il precetto legislativo ha origine in un monolitico indirizzo giurisprudenziale, non sembrano ravvisarsi significativi profili di novità.

Diversamente, il trasferimento della perizia nella fase dibattimentale, sempre nella prospettiva del pieno esercizio del diritto di difesa, potrebbe sollevare questioni nuove in materia di procedimenti speciali. Il problema riguarda soprattutto il giudizio abbreviato e, in particolare, l'innesto di questo modulo a seguito di giudizio immediato custodiale.

In generale, la scelta di accedere a tale rito sembrerebbe escludere la possibilità di richiedere la trascrizione mediante perizia delle registrazioni, se non attraverso una richiesta di accesso al rito condizionata a tale operazione⁵³. Senonché, non soltanto dovrebbe rimeditarsi l'indirizzo che nega tale possibilità⁵⁴, ma dovrebbe anche superarsi il vaglio del giudice, che per ragioni di economia processuale potrebbe rigettare la richiesta⁵⁵.

Con particolare riguardo, invece, al giudizio immediato custodiale, l'imputato rischia di rimanere stritolato tra gli ingranaggi dei due congegni procedimentali⁵⁶.

La misura cautelare, infatti, poggia sulle intercettazioni selezionate unilateralmente dal p.m. e, in tale momento, le previsioni non consentono alla difesa di accedere all'archivio riservato per individuare altre captazioni utili per architettare la propria strategia⁵⁷. Successivamente, l'instaurazione del giudizio immediato custodiale pone l'imputato dinanzi all'alternativa di procedere con le forme ordinarie, ed esercitare appieno i diritti riconosciuti dal codice, ovvero di chiedere l'ammissione al giudizio abbreviato.

⁵³ In questo senso, CAMON, *Forme*, cit., 89, che richiama la *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*.

⁵⁴ Cass., Sez. I, 6 maggio 2008, Sapone, in *Mass. Uff.*, n. 241232.

⁵⁵ Così, come conclude CAMON, *Forme*, cit., 89, poiché la perizia non appare indispensabile, è ragionevole pensare che simili domande saranno per lo più rigettate.

⁵⁶ Evidenzia le problematiche che scaturiscono proprio dai ritmi accelerati del giudizio immediato custodiale in relazione alla materia delle intercettazioni, GAITO, *La prova per intercettazioni*, cit., 715.

⁵⁷ Tale intervento, come accennato, è rinviato al momento successivo del deposito dei verbali e delle registrazioni, ai sensi dell'art. 268-bis c.p.p., e alla attivazione della procedura ordinaria.

In tale ultimo caso, tuttavia, il brevissimo termine contemplato dall'art. 458, comma 1, c.p.p., costringerebbe lo stesso imputato a rinunciare sia alla possibilità di selezionare le intercettazioni rilevanti, sia alla trascrizione. In questo frangente, infatti, non sembra prevista - e, comunque, sarebbe oltremodo difficoltosa - l'instaurazione della procedura di cui agli artt. 268-*bis* e ss. c.p.p.⁵⁸. Una limitazione del diritto di difesa che appare eccessiva, soprattutto se si considera che discende dall'attivazione di un rito avverso la quale l'imputato non possiede alcun rimedio preventivo o restitutorio⁵⁹. Tale situazione, per le ragioni già evidenziate, non sembra destinata a riequilibrarsi neppure attraverso la richiesta di giudizio abbreviato condizionato alla selezione e alla trascrizione delle intercettazioni⁶⁰.

GUIDO COLAIACOVO

⁵⁸ Si tratta, probabilmente, di uno dei punti che contribuiscono a rendere poco limpido il quadro dei rapporti tra la procedura di selezione ordinaria e quella cautelare (in generale, questo difetto è stato rilevato da CAPRIOLI, *La nuova procedura*, cit., 165).

⁵⁹ In materia di giudizio immediato custodiale, la limitazione non soltanto dei diritti difensivi, ma anche del sindacato del giudice è stata definitivamente avallata dalle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Squicciarino, in *Cass. pen.*, 2015, 989).

⁶⁰ Né, tantomeno, l'imputato potrebbe conferire incarico a un proprio consulente, seguendo l'indicazione di Cass., Sez. I, 6 maggio 2008, n. 32852, cit.