

TEMI D'ATTUALITÀ

ALBERTO CAMON

Intercettazioni e fughe di notizie: dal sistema delle circolari alla riforma Orlando

L'articolo esamina i provvedimenti emanati da vari procuratori della Repubblica allo scopo di evitare la divulgazione dei contenuti delle intercettazioni, nonché l'influsso che essi hanno avuto sulla stesura della riforma Orlando.

This paper offers an analysis of the measures that several prosecutors' offices adopted in order to prevent the leaks of intercepted communications. It will also show how they affected the drafting of a recent amendment, the so-called 'riforma Orlando' after the current Italian Minister.

SOMMARIO: 1. Punti deboli. - 2. Il brogliaccio. - 3. Le intercettazioni negli atti delle indagini. - 4. L'udienza stralcio. - 5. Leggi e circolari. - 6. Prime impressioni sulla riforma Orlando.

1. Punti deboli

Negli ultimi tempi, il dibattito sulla divulgazione, ad opera dei media, dei contenuti delle intercettazioni effettuate dalla magistratura e sulla conseguente lesione del diritto alla riservatezza, ha preso di mira soprattutto tre profili: il numero delle intercettazioni; le carenze nelle misure di sicurezza; l'eccessiva circolazione delle informazioni all'interno del procedimento, talvolta accompagnata da prematuri diritti di copia riconosciuti ai difensori.

Poche parole sui primi due aspetti. Ogni anno vengono emessi circa 55.000 decreti d'autorizzazione¹. Un decreto autorizzativo non significa un target, perché un unico provvedimento può disporre il controllo di più persone o di più strumenti di comunicazione; secondo il ministero della giustizia, il numero dei bersagli è superiore al doppio del numero dei decreti². A loro volta, i target non corrispondono ai soggetti effettivamente ascoltati, perché nell'intercettazione incappano anche gli interlocutori della persona sotto controllo; moltiplicando il numero di bersagli per quello (stimato) delle persone che entrano in contatto con loro, si ottiene una cifra molto alta: secondo uno studio pubblicato qualche tempo fa dall'Eurispes, in un arco di dieci anni sarebbero caduti almeno una volta nelle maglie delle intercettazioni circa trenta milioni di italiani: uno su due³.

¹ Secondo i dati forniti dal ministero della giustizia, direzione generale di statistica e analisi organizzativa: 54.858 nel 2012; 56.059 nel 2013; 55.679 nel 2014; 54.637 nel 2015; 57.537 nel 2016.

² 140.577 bersagli nel 2012; 141.774 nel 2013; 137.613 nel 2014; 132.749 nel 2015; 131.022 nel 2016 (fonte indicata nella nota precedente).

³ *Nessun segreto* (ricerca condotta nel 2005), in www.eurispes.eu. Il calcolo è stato effettuato ipotizzan-

Pur ricordando i polli di Trilussa, sono numeri imponenti, che invitano ad una riflessione: è chiaro infatti che ogni intervento effettuato “a monte”, diminuendo la mole complessiva delle intercettazioni, avrebbe ricadute “a valle”, cioè ridurrebbe proporzionalmente il rischio d’una divulgazione “all’esterno” d’informazioni riservate⁴.

Malgrado ciò, su questo fronte le cose non si muovono. Dall’entrata in vigore del codice ad oggi si registra anzi una linea di riforma dritta, che ha progressivamente allargato il novero dei reati per i quali si può far ricorso al nostro mezzo di ricerca della prova⁵. Anche adesso, il clima non è favorevole ad una stretta; il Consiglio superiore della magistratura è fieramente contrario e bolla come «semplicitica» l’idea d’un legame fra numero delle intercettazioni e offese alla privacy⁶; e ognuno comprende come non sia politicamente saggio intervenire su questi terreni contrapponendosi alla magistratura.

La seconda questione richiede che sia adottata una serie di misure di sicurezza, fisiche e informatiche, per proteggere server, postazioni d’ascolto, locali dove viene effettuata la registrazione o dove vengono custoditi i supporti, scambi d’informazioni con i gestori dei servizi di comunicazione, e così via. Si tratta di accorgimenti tecnici soggetti ad una rapida obsolescenza e che perciò non si prestano ad essere regolati da fonti generali e tendenzialmente stabili. Non a caso, se ne sta occupando il Garante per la protezione dei dati personali, ossia un organo in grado d’intervenire con una certa agilità; l’attuazione dei suoi provvedimenti, peraltro, si sta rivelando malagevole, anche dal punto di vista economico⁷.

do che ogni intercettazione abbia coinvolto almeno 100 soggetti (familiari stretti, parenti, amici, colleghi di lavoro, fornitori di servizi, eccetera).

⁴ M.L. DI BITONTO, *Lungo la strada per la riforma delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 14 s.; P. FERRUA, *Due temi da distinguere nel dibattito sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 486.

⁵ L. 23 dicembre 1993, n. 547; l. 7 marzo 1996, n. 108; l. 3 agosto 1998, n. 269; l. 18 aprile 2005, n. 62; l. 6 febbraio 2006, n. 38; l. 14 gennaio 2013, n. 9; d. l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119; d. legisl. 4 marzo 2014, n. 39.

⁶ «Non è infatti la raccolta del dato – si dice – a rappresentare un vulnus al diritto alla riservatezza dei dati personali, ma l’eventuale profilo patologico della violazione delle corrette regole di gestione, nella sua duplice direzione della divulgazione non autorizzata, o comunque non giustificata da esigenze investigative o processuali, e della distruzione, perdita o modifica del dato»: C.S.M., *Delibera n. 285/VV/2016. Riconoscimento di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni*, in *www.federalismi.it*. L’affermazione, a dire il vero, convince poco; si veda tuttavia, nella stessa direzione, A. CABIALE, *Il superamento dell’udienza di stralcio: prassi “deviante” o opportunità teorica?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 117.

⁷ Il 18 luglio 2013 (*www.garanteprivacy.it*, documento web n. 2551507), il Garante ha imposto alle procure e agli uffici di polizia giudiziaria una lunga serie di misure di sicurezza, da adottare entro diciotto mesi; il 26 giugno 2014 (*ivi*, documento web. n. 3235971) il termine è stato differito; il 25 giugno 2015 (*ivi*, documento web n. 4120817), è stato sospeso per alcune misure, ulteriormente differito per altre; un nuovo differimento è stato concesso il 28 luglio 2016 (*ivi*, documento web n. 5385167); una nuova

Sul terzo profilo, lo scenario sta cambiando molto rapidamente; nell'ultimo anno e mezzo sono infatti intervenuti vari procuratori della Repubblica, emanando una serie di circolari (abbastanza simili l'una all'altra, almeno nelle linee di fondo), monitorate e incentivate dall'organo d'autogoverno della magistratura⁸, con lo scopo di scongiurare le fughe di notizie. Vale la pena darci un'occhiata: sono una fucina d'idee, molte delle quali filtrate nella recentissima riforma Orlando⁹.

2. Il brogliaccio

Una diagnosi largamente condivisa vede un potente fattore di rischio nella trascrizione (formale o informale) dei dialoghi intercettati¹⁰: quanto più le trascrizioni crescono (in numero e in accuratezza) e circolano, tanto più aumentano i *leaks*. Per questo motivo molte procure sono intervenute anzitutto sulle modalità di redazione del brogliaccio d'ascolto.

La formulazione testuale dell'art. 268, co. 2, c.p.p. («nel verbale è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate») non è cristallina, ma sembra imporre che vengano riassunti *tutti* i dialoghi registrati; le circolari restringono l'obbligo. In primo luogo, stabiliscono che la polizia non deve far menzione delle conversazioni irrilevanti (in alcune stesure, *manifestamente* irrilevanti)¹¹. Spesso specificano inoltre che la valutazione sulla rilevanza dev'essere più rigorosa per determinate comunicazioni, particolarmente delicate (per lo più, quelle che toccano dati sensibili¹²; a volte vengono

sospensione, il 26 gennaio 2017 (*ivi*, documento web n. 6003325).

Non mancano peraltro uffici che si sono adeguati. Si vedano, a esempio, proc. Rep. Siracusa, 20 maggio 2014 e 17 giugno 2014; proc. Rep. Frosinone, 28 ottobre 2016; proc. Rep. Mantova, 14 dicembre 2016.

Ove non sia segnalato diversamente, i provvedimenti citati in questa e nelle successive note sono inediti.

⁸ C.S.M., *Delibera n. 285/VV/2016*, cit.

⁹ S'allude al disegno di legge presentato alla Camera dei deputati dai ministri Orlando, Alfano e Padoan il 23 dicembre 2014, approvato definitivamente dalla Camera il 14 giugno 2017 (atto Camera 4368) e attualmente in attesa di promulgazione.

¹⁰ Per tutti, proc. Rep. Napoli, 15 aprile 2016 (il provvedimento è stato esaminato dal Parlamento in occasione dei lavori sulla riforma Orlando ed è reperibile nel sito del Senato: www.senato.it).

¹¹ Proc. Rep. Roma, 26 novembre 2015 (in www.questionegiustizia.it); proc. Rep. Macerata, 24 febbraio 2016; proc. Rep. Santa Maria Capua Vetere, 11 marzo 2016 e 24 maggio 2016; proc. Rep. Modena, 21 marzo 2016; proc. Rep. Firenze, 13 aprile 2016; proc. Rep. Napoli, 15 aprile 2016; proc. Rep. Frosinone, 6 maggio 2016; proc. Rep. Benevento, 8 maggio 2016; proc. Rep. Prato, 20 giugno 2016; proc. Rep. Forlì, 11 agosto 2016; proc. Rep. Bologna, 23 agosto 2016 (in www.procura.bologna.giustizia.it); proc. Rep. Catania, 29 agosto 2016; proc. Rep. Velletri, 6 settembre 2016; proc. Rep. Napoli nord, 19 settembre 2016; proc. Rep. Caltagirone, 22 settembre 2016; proc. Rep. Lucca, 17 ottobre 2016; proc. Rep. Trani, 7 novembre 2016; proc. Rep. Aosta, 2 gennaio 2017.

¹² Proc. Rep. Macerata, 24 febbraio 2016; proc. Rep. Prato, 20 giugno 2016; proc. Rep. Forlì, 11 agosto 2016; proc. Rep. Bologna, 23 agosto 2016; proc. Rep. Catania, 29 agosto 2016; proc. Rep. Napoli nord,

richiamate anche quelle che coinvolgono terzi¹³). Quest'invito allo scrupolo di per se stesso è piuttosto generico; certe circolari sono tuttavia più precise e chiariscono che, nei casi appena ricordati, cambia il parametro di selezione dei colloqui: la polizia deve riportare solo le comunicazioni la cui rilevanza sia evidente¹⁴.

In secondo luogo ci si occupa delle comunicazioni inutilizzabili, vietando, anche per loro, che siano riportate nel brogliaccio¹⁵.

Nel complesso, è innegabile che il livello di protezione della riservatezza salga. S'intravedono però anche rischi: le valutazioni sulla pertinenza, rilevanza, perfino utilizzabilità delle prove, in qualche misura si spostano verso la polizia. Sul piano teorico, non c'è dubbio che si tratti di valutazioni meramente incidentali, svolte ai soli fini della stesura del brogliaccio, senza ulteriori ripercussioni sul procedimento; ma nella pratica il giudizio della polizia potrebbe condizionare il pubblico ministero, se non altro per ragioni di tempo: si fa fatica a pensare che l'organo dell'accusa controlli sistematicamente tutte le comunicazioni che la polizia ha scartato¹⁶.

19 settembre 2016; proc. Rep. Trani, 7 novembre 2016.

Diverso il modello tratteggiato da proc. Rep. Torino, 15 febbraio 2016 (in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 557 s.), nel quale un colloquio deve star fuori dal brogliaccio soltanto quando abbia entrambi i requisiti: sia irrilevante; contenga dati sensibili.

In base all'art. 4, co. 1, lettera *d*) d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, sono «sensibili» «i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

¹³ Proc. Rep. Roma, 26 novembre 2015; proc. Rep. Modena, 21 marzo 2016; proc. Rep. Firenze, 13 aprile 2016; proc. Rep. Frosinone, 6 maggio 2016; proc. Rep. Caltagirone, 22 settembre 2016.

In alcune circolari la formula è più dettagliata: comunicazioni che riguardano o provengono da terzi estranei all'indagine e non direttamente sottoposti all'intercettazione (proc. Rep. Reggio Calabria, 4 maggio 2016; proc. Rep. Lucca, 17 ottobre 2016).

¹⁴ Proc. Rep. Benevento, 8 maggio 2016; proc. Rep. Lucca, 17 ottobre 2016.

¹⁵ Proc. Rep. Torino, 15 febbraio 2016; proc. Rep. Santa Maria Capua Vetere, 11 marzo 2016; proc. Rep. Napoli, 15 aprile 2016; proc. Rep. Reggio Calabria, 4 maggio 2016; proc. Rep. Frosinone, 6 maggio 2016; proc. Rep. Benevento, 8 maggio 2016; proc. Rep. Velletri, 6 settembre 2016; proc. Rep. Lucca, 17 ottobre 2016.

V. anche oltre, nota 18.

¹⁶ «In relazione al profilo dell'inutilizzabilità, va immediatamente rilevato che la complessità interpretativa dell'istituto impone una valutazione tipicamente giurisdizionale, che non può essere esclusivamente delegata alla polizia giudiziaria; pertanto, appare opportuno che i dirigenti degli uffici requirenti valutino se rappresentare alla polizia giudiziaria che al momento dell'ascolto essa non debba assumere, d'iniziativa o in virtù di una direttiva eccessivamente generica, la determinazione di omettere l'annotazione sul brogliaccio di conversazioni che, a proprio esclusivo giudizio appaiano inutilizzabili, così di fatto sottraendola in radice alla valutazione del magistrato.

Analoghe considerazioni potrebbero compiersi per la nozione di rilevanza, che necessita della complessiva conoscenza di tutti gli elementi raccolti nel corso dell'indagine, per cui, un'eventuale valutazione demandata alla p.g. nell'immediatezza dell'ascolto, senza un adeguato coordinamento, risulterebbe una

Per arginare il pericolo, vengono apprestate compensazioni. Così, si prevede che, nei casi dubbi, la polizia interPELLI il pubblico ministero, al quale spetterà l'ultima parola: se ritenesse che il colloquio fosse rilevante e utilizzabile, ordinerebbe di menzionarlo nel brogliaccio¹⁷. Inoltre, alcune circolari distinguono fra le varie cause di inutilizzabilità e affidano alla polizia il compito di diagnosticare autonomamente (e, di conseguenza, di non trascrivere nel brogliaccio) soltanto quelle più semplici; in questa categoria vengono generalmente ricondotti i divieti ancorati ad una particolare qualifica del soggetto intercettato (difensori, titolari del segreto professionale, parlamentari, agenti dei servizi segreti, capo dello Stato)¹⁸.

Sono rimedi interessanti ma non perfetti. Il controllo del pubblico ministero viene infatti agganciato ad una iniziativa della polizia, che decide di segnalare un colloquio sulla cui importanza o utilizzabilità nutre dubbi; se la polizia non si muove in tal senso, è probabile che quel colloquio rimanga sepolto. Dal canto suo, la ripartizione dei vizi in "facili" e "difficili" non è netta: l'idea che sia agevole diagnosticare le inutilizzabilità che scendono dallo *status* dell'interlocutore non lascia convinti; basterebbe pensare all'intervento delle Sezioni unite sull'art. 103 c.p.p.¹⁹; o alle sottili distinzioni, tracciate dalla Con-

valutazione parcellizzata, limitata, e potenzialmente fallace. (...) Per altro il p.m., soprattutto in indagini delicate e ad ampio spettro, è il collettore di plurimi accertamenti, a volte provenienti da diversificati settori della p.g., talora svolti direttamente dallo stesso ufficio inquirente, i quali trovano proprio nella saldatura operata dal magistrato dell'accusa il loro momento di sintesi e di complessiva valutazione, a tacere del fatto che il p.m. possa essere chiamato a valutarne la rilevanza anche rispetto ad altri procedimenti in corso» (C.S.M., *Delibera n. 285/VV/2016*, cit.).

¹⁷ Proc. Rep. Torino, 15 febbraio 2016; proc. Rep. Macerata, 24 febbraio 2016; proc. Rep. Santa Maria Capua Vetere, 11 marzo 2016; proc. Rep. Modena, 21 marzo 2016; proc. Rep. Napoli, 15 aprile 2016; proc. Rep. Frosinone, 6 maggio 2016; proc. Rep. Benevento, 8 maggio 2016; proc. Rep. Forlì, 11 agosto 2016; proc. Rep. Bologna, 23 agosto 2016; proc. Rep. Caltagirone, 22 settembre 2016; proc. Rep. Lucca, 17 ottobre 2016; proc. Rep. Catania, 29 agosto 2016; proc. Rep. Napoli Nord, 19 settembre 2016; proc. Rep. Trani, 7 novembre 2016; proc. Rep. Aosta, 2 gennaio 2017.

¹⁸ Proc. Rep. Macerata, 24 febbraio e 3 maggio 2016; proc. Rep. Forlì, 11 agosto 2016; proc. Rep. Bologna, 23 agosto 2016; proc. Rep. Catania, 29 agosto 2016; proc. Rep. Napoli nord, 19 settembre 2016; proc. Rep. Caltagirone, 22 settembre 2016; proc. Rep. Trani, 7 novembre 2016; proc. Rep. Aosta, 2 gennaio 2017.

Proc. Rep. Bologna, 23 agosto 2016, è esplicita nel senso che la distinzione fra le inutilizzabilità suscettibili di essere accertate dalla polizia e quelle lasciate al pubblico ministero derivi dalla maggiore o minore facilità della diagnosi. La stessa idea, del resto, fa capolino anche in alcune delle circolari che pur estromettono dal brogliaccio *tutte* le comunicazioni inutilizzabili; succede infatti che venga diversificata la procedura: nella generalità dei casi, la polizia deve preavvertire il pubblico ministero; per le inutilizzabilità che derivano dalla qualifica d'uno degli interlocutori, la polizia, se non ha dubbi, può procedere in autonomia e lasciarle direttamente fuori dal brogliaccio; è il sistema disegnato da proc. Rep. Lucca, 17 ottobre 2016.

¹⁹ Cass., Sez. un., 12 novembre 1993, Grollino, in *Cass. pen.*, 1994, 910, con nota di A. NAPPI, *Sulle garanzie di libertà del difensore*.

sulta²⁰ e sviluppate dalla Corte di cassazione²¹, fra le varie forme d'intercettazione a carico dei membri del parlamento ("dirette", "indirette", "fortuite").

V'è poi un altro rischio. Sono rilevanti (e dovrebbero quindi finire nel brogliaccio) sia i colloqui a carico sia quelli a discarico; ma di certo la polizia giudiziaria non è il soggetto più adatto a individuare le conversazioni favorevoli alla persona sottoposta alle indagini; è quindi probabile che nel brogliaccio non ne resti traccia e che la difesa sia costretta a setacciare le registrazioni trascurate dalla polizia. Molti procuratori hanno intuito la difficoltà ed hanno imposto di riportare nel brogliaccio alcuni dati che possano in qualche misura agevolare il lavoro della difesa: il tema generale del colloquio non trascritto; la data e l'orario in cui è avvenuto; i nomi, se conosciuti, degli interlocutori; la causa della mancata trascrizione²².

In certi casi, queste informazioni potrebbero svelare, direttamente o indirettamente, notizie che sarebbe meglio tenere nascoste. Per esempio, anche la mera indicazione dell'interlocutore può essere dannosa: si faccia il caso d'un personaggio in vista che abbia pubblicamente dichiarato di non conoscere un secondo soggetto, con il quale invece, stando ai brogliacci, risulta in contatto. Altrettanto vale per le cause della mancata trascrizione: si pensi all'ipotesi in cui sia sotto controllo il telefono d'uno psichiatra; le sue conversazioni sarebbero protette dal segreto professionale soltanto se inerenti alla funzione; ora, se l'interlocutore non fosse a sua volta un professionista, indicarlo nel brogliaccio come protagonista d'una conversazione protetta dal segreto equivarrebbe a rivelare che ha bisogno d'uno psichiatra: esigenza in sé non disdicevole, ma sulla quale molti preferirebbero mantenere il riserbo.

Quanto all'argomento generale del colloquio, se venisse maneggiato con sapienza sarebbe un dato assai utile: permetterebbe al difensore di muoversi con rapidità nell'ipotesi in cui stesse cercando un dialogo preciso, di cui avesse avuto conoscenza dall'assistito; al tempo stesso, non farebbe trapelare informazioni sul tenore testuale del colloquio. Per gestire bene la cosa, però,

²⁰ Corte cost., n. 390 del 2007; Id., n. 113 del 2010; Id., n. 114 del 2010.

²¹ Cass., Sez. fer., 9 settembre 2010, Lombardi ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 248216; Id., Sez. II, 16 novembre 2012, La Monica, *ivi*, n. 254548.

²² Proc. Rep. Torino, 15 febbraio 2016; proc. Rep. Firenze, 13 aprile 2016; proc. Rep. Napoli, 15 aprile 2016; proc. Rep. Frosinone, 6 maggio 2016; proc. Rep. Prato, 20 giugno 2016; proc. Rep. Forlì, 11 agosto 2016; proc. Rep. Bologna, 23 agosto 2016; proc. Rep. Catania, 29 agosto 2016; proc. Rep. Velletri, 6 settembre 2016; proc. Rep. Napoli nord, 19 settembre 2016; proc. Rep. Caltagirone, 22 settembre 2016; proc. Rep. Lucca, 17 ottobre 2016; proc. Rep. Aosta, 2 gennaio 2017.

Preseindiamo da ragguagli più specifici (non tutti i provvedimenti ora citati pretendono *tutte* le indicazioni a cui s'accenna nel testo).

servirebbero abilità linguistiche fuori dal comune; è probabile che nella prassi ci si riduca a scegliere fra due o tre espressioni prestabilite; le circolari ne riportano già qualcuna: «conversazione su argomenti familiari»; «conversazioni su temi strettamente personali»...²³; dietro l'angolo si scorge già il profilo piatto d'una burocratica routine.

Malgrado questi inconvenienti, si tratta d'una buona soluzione di compromesso, che tiene conto delle nuove difficoltà frapposte ai difensori ed offre loro almeno una traccia utile a orientarsi nel mare delle registrazioni.

Allo stesso scopo risponde un altro congegno, stavolta del tutto privo di controindicazioni: la polizia deve redigere un indice contenente il numero progressivo delle conversazioni accantonate, in modo da consentire alla difesa di individuarle più rapidamente²⁴.

Una parola in più merita la direttiva del procuratore capo di Frosinone, perché affronta un tema sul quale tutte le altre tacciono: la valutazione di rilevanza si fa per *conversazioni* o per *parti* di conversazione? Evidenti pregi e difetti delle due alternative: la prima porta il rischio di riprodurre nel brogliaccio scampoli di colloqui inutili ai fini del procedimento, danneggiando così il diritto alla riservatezza; la seconda è sotto questo profilo più efficace, ma potrebbe condurre a fraintendimenti sul significato originario d'un dialogo, suscettibile d'essere interpretato diversamente sulla base di qualcosa che è stato detto prima o che verrà detto dopo²⁵. Nel complesso, la prima soluzione pare più tranquillizzante²⁶: estrapolare singole battute da un dialogo più ampio è operazione che si presta troppo a manipolazioni (non necessariamente intenzionali)²⁷.

²³ Tali formule compaiono in proc. Rep. Napoli, 15 aprile 2016; proc. Rep. Forlì, 11 agosto 2016; proc. Rep. Bologna, 23 agosto 2016 (qui senza l'avverbio «strettamente»); proc. Rep. Catania, 29 agosto 2016; proc. Rep. Lucca, 17 ottobre 2016; proc. Rep. Napoli nord, 19 settembre 2016; proc. Rep. Forlì, 11 agosto 2016.

²⁴ Proc. Rep. Forlì, 11 agosto 2016; proc. Rep. Bologna, 23 agosto 2016; proc. Rep. Catania, 29 agosto 2016; proc. Rep. Velletri, 6 settembre 2016; proc. Rep. Trani, 7 novembre 2016; proc. Rep. Lucca, 17 ottobre 2016; proc. Rep. Aosta, 2 gennaio 2017.

²⁵ Il problema, naturalmente, si pone anche per la trascrizione peritale, ma qui può essere governato dalla sorveglianza di giudice, difensori e consulenti tecnici.

²⁶ Proc. Rep. Frosinone, 6 maggio 2016, opta invece per la seconda.

²⁷ Occorre peraltro riconoscere che "l'unità di misura minima", quella cioè che non può essere spezzata dal brogliaccio, è chiara quando si tratta di intercettazioni telefoniche (la singola chiamata); diventa sfuggente quando si tratta di intercettazioni ambientali, perché qui gli interlocutori possono interrompersi, allontanarsi, tornare, riprendere la conversazione lasciata a metà...

3. Le intercettazioni negli atti delle indagini

La stesura del brogliaccio è la prima fra le tante occasioni in cui, nel corso del procedimento, le comunicazioni captate vengono riversate su carta; ed ognuna ripropone il rischio d'una divulgazione indebita.

Uno snodo di particolare delicatezza è il procedimento cautelare, per due ragioni: l'impatto con la libertà personale calamita l'attenzione dei media²⁸; inoltre, se l'ordinanza viene emessa, cade il segreto: gli atti presentati a supporto dell'istanza vengono depositati (art. 293, co. 3, c.p.p.), la difesa ha diritto ad estrarne copia²⁹, la stampa può divulgarne il contenuto (artt. 329 co. 1 e 114, co. 7, c.p.p.). Il meccanismo del "copia e incolla"³⁰ - dai brogliacci alle informative della polizia, dalle informative alla domanda cautelare, dalla domanda all'ordinanza, dall'ordinanza al Fatto quotidiano - innesca un ordigno. Si spiega, così, l'invito alla «sobrietà contenutistica»³¹ nella redazione delle domande cautelari.

Su tali profili si dilunga soprattutto la circolare torinese (che non a caso ha avuto un peso determinante sulla riforma Orlando, dalla quale è stata recepita quasi integralmente). Si prevede che il pubblico ministero non possa allegare alla domanda cautelare il materiale (*files* e brogliacci) relativo alle conversazioni su cui debba mantenere il riserbo per una delle seguenti quattro ragioni: «necessità di prosecuzione delle indagini»; «inutilizzabilità a qualunque titolo»; materiale che si mostra «non pertinente all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede e contemporaneamente rientrante nella tipologia dei "dati sensibili"»; infine, assoluto difetto di «pertinenza rispetto ai reati per cui viene richiesta la misura cautelare, specie se si tratti di materiali riguardanti terze persone non indagate o non direttamente intercettate».

Come accade ogni volta che si procede ad una elencazione, si corre il rischio che qualcosa sfugga. Forse sarebbe stato più prudente capovolgere la prospettiva: non ci dovrebbero essere ragioni specifiche per mantenere riservati determinati colloqui, ma ragioni specifiche per esibirli.

Ad ogni modo, l'incidente cautelare è solo la punta dell'iceberg; le comunicazioni intercettate possono filtrare in mille altri atti: note della polizia, provvedimenti del pubblico ministero, richieste indirizzate al giudice per le indagini preliminari, decisioni del giudice; al più tardi quando le indagini preliminari vengono chiuse (talvolta prima), questi atti diventano conoscibili e pubblicabili, almeno nel contenuto. Molte circolari affrontano la questione, con diffe-

²⁸ C.S.M., *Delibera n. 285/VV/2016*, cit.

²⁹ Corte cost., n. 192 del 1997.

³⁰ Proc. Rep. Velletri, 6 settembre 2016.

³¹ Così proc. Rep. Bologna, 23 agosto 2016.

renze di dettaglio delle quali non val la pena in questa sede dare conto. I sistemi più coerenti istituiscono un parallelismo con la disciplina dettata per il brogliaccio: ciò che non può essere menzionato lì, non può esserlo nemmeno negli altri atti del procedimento³².

4. L'udienza stralcio

Nelle intenzioni del legislatore del 1988, la protezione della riservatezza era in gran parte affidata al procedimento incidentale (art. 268, co. 4-8 c.p.p.) deputato a scremare la massa indistinta dei colloqui: scartando quelli manifestamente irrilevanti, trascrivendo gli altri, concedendo alla difesa il diritto ad estrarre copia solamente per questi ultimi.

Sappiamo come sono andate le cose. Il deposito del materiale, invece di essere effettuato «entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni» (art. 268, co. 4, c.p.p.), è stato sistematicamente differito alla fine dell'indagine (art. 268, co. 5, c.p.p.)³³; a sua volta, la cernita dei colloqui è stata rimandata: qualche volta all'udienza preliminare; più spesso al dibattimento, quando il giudice decide sull'ammissione delle prove richieste dalle parti³⁴.

Il fenomeno ha avuto molte cause. Per esempio, quando la trascrizione s'annuncia laboriosa, rinviarla permette di tenersi in serbo una carta: all'occorrenza si potrà domandare la sospensione dei termini di fase delle misure cautelari, adducendo la particolare complessità del dibattimento (art. 304, co. 2, c.p.p.)³⁵. Ma, probabilmente, s'è fatto sentire soprattutto il timore che il meccanismo girasse a vuoto: se la trascrizione venisse fatta durante le indagini e poi il processo fosse chiuso con un patteggiamento o con un giudizio abbreviato (riti che possono essere validamente celebrati sulla base di *files* e brogliacci, senza bisogno delle trascrizioni peritali³⁶), giudice per le indagini

³² Cfr. C.S.M., *Delibera n. 285/VV/2016*, cit.

³³ Fra i molti, G. FRIGO, in *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, Milano, 2009, 111; L. KALB, *ivi*, 315.

³⁴ A. CABIALE, *Il superamento dell'udienza di stralcio*, cit., 114. V. anche oltre, nota 42.

³⁵ Lo sottolineano L. GIORDANO, *Il consiglio superiore della magistratura sulle buone prassi in materia di intercettazioni: prime considerazioni*, in www.penalecompotemporaneo.it, 6; G. SPANGHER, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 923.

Sulla possibilità di sospendere i termini di custodia cautelare quando il dibattimento si mostri particolarmente complesso proprio a causa della perizia di trascrizione delle intercettazioni, Cass., Sez. II, 12 dicembre 2008, Comisso e altri, in *Mass. Uff.*, n. 242303; Id., Sez. I, 22 aprile 2004, Calaiò, *ivi*, n. 228213.

³⁶ Cfr. Cass., Sez. II, 16 aprile 1993, Croci, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 777; Id., Sez. IV, 28 settembre 2004, Mauro ed altri, *Giust. pen.* 2006, III, c. 122; Id., Sez. V, 26 marzo 2013, Nocella ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 255655; Id., Sez. IV, 14 maggio 2015, Chafi ed altro, *ivi*, n. 264406; Id., Sez. VI, 3 novembre 2015, Sedira ed altri, *ivi*, n. 265730.

preliminari, parti, periti e consulenti tecnici avrebbero lavorato per nulla, gettando al vento tempo e risorse.

Ma tutto ciò crea un problema: secondo alcune procure, quando il deposito viene effettuato alla fine delle indagini, esso non è più disciplinato dall'art. 268 c.p.p. ma dall'art. 415-*bis* c.p.p., il quale, al co. 2, consente ai difensori di estrarre copia degli atti lasciati in segreteria, registrazioni comprese. Ecco così che vanno in giro, legittimamente, duplicazioni dei colloqui captati: tutti i colloqui, anche quelli irrilevanti³⁷.

Torneremo fra poco su questa lettura; intanto vediamo quale rimedio viene proposto. L'idea non è priva d'ingegno: rendere obbligatoria la fissazione dell'udienza di cui all'art. 268 c.p.p., cambiandone però gli scopi: non tanto prendere il materiale che serve quanto gettare quello che non serve³⁸. L'udienza viene tenuta per individuare subito le conversazioni inutili, in modo che non vengano copiate ed anzi se ne possa disporre la distruzione³⁹; la perizia trascrittiva, dal canto suo, potrà anche attendere.

I presupposti in presenza dei quali la celebrazione dell'udienza è obbligatoria variano da circolare a circolare, ma possono essere raggruppati in due classi; nell'una troviamo previsioni generiche, che impongono l'udienza ogniqualvolta vi siano rilevanti rischi d'una lesione alla privacy⁴⁰; nell'altra, precetti più stringenti, che si sforzano di "chiudere" la regola; nella versione che ha avuto più successo, l'obbligo scatta quando vi siano comunicazioni inutilizzabili oppure irrilevanti e, inoltre, che contengano dati sensibili⁴¹.

³⁷ Proc. Rep. Torino, 15 febbraio 2016; proc. Rep. Santa Maria Capua Vetere, 11 marzo 2016; proc. Rep. Napoli, 15 aprile 2016; proc. Rep. Frosinone, 6 maggio 2016; proc. Rep. Benevento, 8 maggio 2016; proc. Rep. Catania, 29 agosto 2016; proc. Rep. Trani, 7 novembre 2016.

³⁸ In termini più rigorosi, «non si chiede al giudice di acquisire le conversazioni che appaiano non manifestamente irrilevanti ma di estromettere quelle manifestamente irrilevanti»; così F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 556.

³⁹ Secondo Cass., Sez. VI, 30 aprile 1997, Tosti (in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 296), «in materia di distruzione delle registrazioni delle conversazioni telefoniche intercettate e ritenute irrilevanti ai fini del procedimento, richiesta dall'interessato a tutela della propria riservatezza, è necessario, prima di decidere sull'istanza, che sia esaurita la procedura prevista dall'art. 268. Il solo deposito degli atti e la conseguente possibilità da parte degli indagati di prenderne visione e di ascoltare il testo delle telefonate non è sufficiente per poter procedere immediatamente all'esame della richiesta». Il codice, a dire il vero, non fissa esplicitamente questo sbarramento; ma, considerata l'irreversibilità della decisione di distruggere, l'indirizzo giurisprudenziale non è immotivato.

⁴⁰ Proc. Rep. Napoli, 15 aprile 2016; proc. Rep. Benevento, 8 maggio 2016.

⁴¹ Proc. Rep. Torino, 15 febbraio 2016; proc. Rep. Santa Maria Capua Vetere, 11 marzo 2016; proc. Rep. Trani, 7 novembre 2016; proc. Rep. Aosta, 2 gennaio 2017.

Il C.S.M. ha invitato i procuratori a valutare l'opportunità di prevedere un'ulteriore ipotesi in cui rendere obbligatoria l'udienza, ossia quando le intercettazioni siano state adoperate per disporre una misura cautelare; secondo l'organo di autogoverno, in questi frangenti sarebbe opportuno dar modo alla difesa

I due sistemi hanno pregi e difetti opposti; il primo diluisce l'obbligo, ancorandolo a valutazioni molto discrezionali; il secondo finisce facilmente per dimenticare qualcosa. Per limitarsi ad un unico esempio, immaginiamo una telefonata su una trattativa commerciale, delicatissima ma lecita; renderla pubblica potrebbe danneggiare uno dei protagonisti, attirare concorrenti, far lievitare il prezzo; ma, non essendo un dato sensibile, l'instaurazione dell'udienza di stralcio non sarebbe doverosa.

5. Leggi e circolari

Un attento studioso del principio di legalità processuale ha recentemente individuato un fattore di crisi del sistema nel pullulare di atti provenienti dalla magistratura (protocolli, circolari, ordini di servizio, linee-guida...) che ambiscono a presentarsi come fonti del diritto; e ha visto proprio nelle nostre circolari una delle manifestazioni più significative del fenomeno: infatti, esse assumono un dato a premessa, cioè che le disposizioni sull'udienza stralcio sono disapplicate⁴²; questa disapplicazione viene accettata, giustificata, ordinata, "sistematizzata"⁴³. È una diagnosi spietata e tagliente, a sostegno della quale possiamo tentare d'offrire qualche considerazione ulteriore.

Riprendiamo anzitutto un discorso lasciato in sospeso poco fa. Quando il deposito delle intercettazioni è procrastinato fino alla chiusura delle indagini preliminari, esso - dicono molti procuratori - viene attratto nell'orbita dell'art. 415-*bis* c.p.p., il quale scalza l'art. 268 c.p.p. e si pone come fonte di regolamentazione esclusiva; di conseguenza, la difesa può estrarre copia del materiale (art. 415-*bis*, co. 2, c.p.p.); e siccome tutto ciò è pericolosissimo per la privacy, perché le intercettazioni non sono ancora state scremate, ecco l'urgenza d'intervenire⁴⁴.

di interloquire subito sulla selezione operata dal pubblico ministero.

A quanto risulta, il suggerimento non è stato raccolto ed in effetti avrebbe almeno un inconveniente: le ragioni che possono spingere il pubblico ministero a non presentare certi dialoghi a sostegno della domanda cautelare non sono soltanto ragioni di riservatezza; potrebbe venire in gioco l'esigenza di non bruciare piste investigative su cui si deve lavorare ancora. In questi casi, instaurare subito il contraddittorio sarebbe dannoso.

⁴² Nel senso che il ritardo del deposito - configurato dalla legge come evenienza eccezionale - sia in realtà una prassi generalizzata, Proc. Rep. Roma, 26 novembre 2015; proc. Rep. Modena, 21 marzo 2016; proc. Rep. Lucca, 17 ottobre 2016; proc. Rep. Aosta, 2 gennaio 2017. Sui consequenziali spostamenti in avanti dell'udienza di stralcio, proc. Rep. Santa Maria Capua Vetere, 11 marzo 2016; C.S.M., *Delibera n. 285/VV/2016*, cit.

⁴³ D. NEGRI, *Splendori e miserie del principio di legalità processuale* (relazione tenuta al convegno organizzato dall'Unione delle camere penali italiane e dal Centro studi giuridici e sociali Aldo Marongiu su «Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile», Bologna, 4 e 5 novembre 2016; gli atti del convegno sono in corso di pubblicazione).

⁴⁴ Sopra, nota 37.

È una lettura sostenibile⁴⁵; sotto certi profili è anche una lettura garantista: se il difensore della persona sottoposta alle indagini, alla fine della fase preliminare, non potesse ancora estrarre copia del materiale, sarebbe costretto a prendere decisioni di straordinaria importanza (quali la scelta fra procedimento ordinario e riti alternativi) sulle base delle registrazioni: più affidabili e complete del brogliaccio, certo; ma anche meno agili e maneggevoli. Il diritto di difesa, in definitiva, ne soffrirebbe⁴⁶.

Non si tratta però di un'interpretazione indiscutibile. Anzitutto, non è perfettamente allineata con le affermazioni rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Craxi; in quella vicenda, come si ricorderà, era accaduto che la documentazione di intercettazioni eseguite per la ricerca del latitante (art. 295 c.p.p.) fosse stata depositata nel corso del dibattimento e alle parti fosse stato riconosciuto il diritto d'estrarne copia; in seguito, molte conversazioni furono pubblicate sulla stampa; la Corte di Strasburgo affermò che «*once the transcripts were deposited under the responsibility of the registry, the authorities failed in their obligation to provide safe custody in order to secure the applicant's right to respect for his private life*»⁴⁷.

Sul piano esecutivo, del resto, si può anche sostenere che, quando viene fatto alla fine della fase preliminare, il deposito degli atti d'indagine cade sotto due qualifiche giuridiche distinte: per le intercettazioni, è disciplinato dall'art. 268 c.p.p.; per gli altri atti, dall'art. 415-*bis* c.p.p.; con le relative conseguenze sul diritto all'estrazione di copia: vietata per le une, consentita per gli altri.

Punto ancora più importante: la lettura che stiamo discutendo non è invalsa nella prassi. Al contrario: secondo la Corte di cassazione, la «disciplina del subprocedimento ex art. 268 c.p.p. è finalizzata alla realizzazione del necessario equilibrio tra esigenze conoscitive della difesa [...] ed esigenze delle persone estranee alle indagini, che - coinvolte in conversazioni irrilevanti ai fini del decidere - sono tutelate nel loro diritto alla riservatezza». Questa disciplina ha «carattere speciale e quindi prevalente su quella generale ex art. 415-*bis*»; «appare pertanto del tutto razionale affermare che questo temperamento tra diritti fondamentali del nostro ordinamento, realizzato con la procedura prevista, non possa essere vanificato e svuotato di concreto significato grazie al riconoscimento di una indiscriminata facoltà - concessa ai difensori, dopo gli

⁴⁵ Viene abbracciata anche da L. GIORDANO, *Il consiglio superiore della magistratura*, cit., 10 s. Vedi inoltre la nota successiva.

⁴⁶ In tal senso, F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio*, cit., 566 s.

⁴⁷ Corte EDU, 17 luglio 2003, Craxi v. Italia, § 75.

adempimenti *ex art. 415-bis c.p.p.* - di ottenere copia integrale di tutte le registrazioni»⁴⁸.

È un aspetto di qualche interesse, vale la pena ricapitolare. Dunque: molte procure sposano una certa soluzione interpretativa: legittima ma non inconfutabile; senza precedenti nella giurisprudenza interna, anzi respinta dalla Corte di cassazione; sotto qualche profilo in attrito con la giurisprudenza di Strasburgo. Quindi notano come la tesi così abbracciata sia pericolosa per la riservatezza. Infine introducono una serie di correttivi, che nel complesso cuciono attorno al pubblico ministero un inedito ruolo di paladino della privacy. Vista nell'insieme, l'operazione conduce ad un'ulteriore crescita del ruolo del pubblico ministero.

Anche sul piano delle soluzioni concretamente adottate resta qualcosa da notare. Alcune si muovono senz'altro all'interno dello spazio riservato all'interpretazione e applicazione dei precetti: pensiamo all'invito rivolto alla polizia affinché numeri progressivamente le comunicazioni intercettate e ne faccia un elenco; lo stesso si può dire (forse con qualche margine d'incertezza in più) per l'idea di non riportare nel brogliaccio le comunicazioni irrilevanti.

Altri accorgimenti sembrano invece scavalcare quello spazio. Abbiamo già portato l'esempio della procedura di selezione dei colloqui intercettati; a tale riguardo un autore ha scritto che «le direttive di alcuni Procuratori si spingono fino a prevedere un uso generalizzato di detta procedura, quasi obliterando le ragioni per le quali finora il ricorso alla c.d. udienza stralcio sia stato molto marginale»⁴⁹. Posizione curiosa; è accaduto esattamente il contrario: le circolari hanno consacrato la marginalizzazione dell'istituto, quasi obliterando le ragioni che avevano spinto il legislatore a forgiarlo.

Vediamo un altro esempio. Come s'è detto, spesso si prevede che, quando abbia dubbi sulla rilevanza o utilizzabilità d'una comunicazione, la polizia non possa decidere autonomamente di inserirla o lasciarla fuori dal brogliaccio ma debba interpellare il pubblico ministero⁵⁰. Ma - è chiaro - sarebbe paradossale che gli inviasse un riassunto (destinato, come tutti gli atti del procedimento, ad essere inserito nel fascicolo che alla fine delle indagini sarà depositato); quel che s'è voluto scacciare dalla porta rientrerebbe dalla finestra. Che fare allora?

⁴⁸ Le citazioni sono da Cass., Sez. V, 1 ottobre 2009, Mancuso, in *Mass. Uff.*, n. 246061. Affermazioni quasi identiche in Cass., Sez. VI, 3 maggio 2011, Andò ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 250103. Salvo sviste, non si rinvencono precedenti in senso contrario.

⁴⁹ L. GIORDANO, *Il consiglio superiore della magistratura*, cit., 9.

⁵⁰ Sopra, § 2.

Qui le circolari tengono un atteggiamento evasivo, giocando su una terminologia inconsueta e sfuggente: «nota autonoma»⁵¹, «nota separata»⁵², «apposito sottofascicolo»⁵³, «protocollo riservato»⁵⁴... In rari casi il discorso si fa più esplicito e si finisce per parlare senza mezzi termini di verbali riscritti daccapo⁵⁵ o di «estrazione» d'un atto dal fascicolo⁵⁶.

Il problema non è semplice e, nel merito, la soluzione potrebbe anche piacere. Ma può essere introdotta da procuratori della Repubblica? È compatibile con un ordinamento nel quale, come disse categoricamente la Corte costituzionale, «nessun atto inerente alle indagini espletate» può «essere sottratto alla piena conoscenza delle parti»⁵⁷?

Nel complesso è difficile reprimere la sensazione d'uno straripamento; d'una disciplina che - per parafrasare classificazioni normalmente adoperate nel descrivere il rapporto fra fonti - si muove talvolta *secundum*, talvolta *praeter*, talvolta *contra legem*.

6. Prime impressioni sulla riforma Orlando

Il modello disegnato dalle circolari ha avuto ottima accoglienza da parte della stampa ed è piaciuto molto anche alla maggioranza che sostiene il Governo, la quale ne ha tratto ispirazione per varare la riforma. Per le ragioni alle quali s'è appena accennato, la decisione di spostare le regole al livello delle fonti legislative merita senza dubbio un plauso: ristabilisce un ordine fra il potere legislativo e quello giudiziario.

La legge, con una formulazione a dire il vero un poco prolissa e tecnicamente slabbrata, individua categorie di comunicazioni che reclamano speciali tutele: quelle «inutilizzabili a qualunque titolo» (viene quindi abbandonato il modello delle due inutilizzabilità, «facili» e «difficili», che era stato adottato da alcune procure⁵⁸); quelle che contengono «dati sensibili ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera *d*), del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si

⁵¹ Proc. Rep. Reggio Calabria, 4 maggio 2016.

⁵² Proc. Rep. Catania, 29 agosto 2016.

⁵³ Proc. Rep. Napoli, 15 aprile 2016.

⁵⁴ Proc. Rep. Frosinone, 6 maggio 2016.

⁵⁵ Proc. Rep. Frosinone, 6 maggio 2016.

⁵⁶ Proc. Rep. Tivoli, 16 marzo 2017.

⁵⁷ Corte cost., n. 145 del 1991.

Ineccepibile nei contenuti, ma un po' morbido nei toni, il C.S.M., *Delibera n. 285/VV/2016*, cit.: il «principio di completezza ed omnicomprensività del fascicolo delle indagini del p.m. [...] consiglia di evitare la redazione di note o appunti separati di problematica gestione e conservazione».

⁵⁸ Sopra, § 2.

procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini»; infine, quelle «irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei» (l'elenco compare nell'art. 1, co. 84, lettera *a*), n. 1 della legge, ma viene richiamato dai numeri 2) e 5) e parzialmente ripreso dal numero 4) della stessa lettera).

Trasportato in una fonte del diritto, il catalogo irrigidisce la disciplina e pone il problema delle ipotesi non nominate⁵⁹; molto dipenderà da come il Governo vorrà implementare l'incipit della direttiva fissata dal co. 84 lettera *a*) («prevedere disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni»); è una formula che in effetti potrebbe giocare un ruolo chiave nell'elaborazione dell'intero decreto delegato, perché pone una specie di “direttiva-matrice”, alla quale potranno essere allacciate disposizioni che, pur mirando a proteggere la privacy, non sviluppino direttive più specifiche.

I colloqui che abbiamo elencato godono d'una serie di guarentigie. Anzitutto, non possono essere riportati nei brogliacci, nei quali si dovrà indicare soltanto «data, ora e apparato su cui la registrazione è intervenuta» (art. 1, co. 84, lettera *a*) n. 5); sono indicazioni un po' scarse; qualche ragguaglio in più (ad esempio sui nomi degli interlocutori, se conosciuti) sarebbe utile. La polizia, comunque, non può decidere da sola ma deve avvertire il pubblico ministero; toccherà a lui verificare se per avventura quella comunicazione non meriti d'essere trascritta (art. 1, co. 84, lettera *a*) n. 5); per quest'aspetto, la riforma si stacca dalle circolari, che per lo più prevedono che il pubblico ministero venga contattato solo quando ci siano dubbi.

Come già sappiamo, attuare la direttiva porrà un problema: non avrebbe senso che la polizia informasse il pubblico ministero riassumendogli il colloquio per iscritto in un atto destinato ad entrare nel fascicolo. Di primo acchito s'intravede un'alternativa (ma può darsi che ulteriori opzioni sfuggano): il Governo potrebbe ritenere che la delega implicitamente autorizzi a non inserire nel fascicolo l'informazione redatta dalla polizia; oppure potrebbe stabilire che la polizia informi il pubblico ministero dell'esistenza del colloquio ma non del suo contenuto; in tal caso, il magistrato che volesse svolgere davvero una verifica non avrebbe altra scelta che ascoltare di persona la registrazione. Nessuna delle due strade è priva di controindicazioni: l'una introdurrebbe nel sistema una pericolosa eccezione (non l'unica, a dire il vero; esistono già gli artt. 270-*bis*, co. 1, e 130 disp. att. c.p.p.); l'altra potrebbe condurre a controlli di facciata.

⁵⁹ Sopra, § 4.

In secondo luogo, quei colloqui non possono essere allegati alla domanda cautelare (art. 1, co. 84, lettera *a*) n. 1 della legge); sarà interessante vedere se il legislatore delegato riterrà che la formula comprenda le cautele reali; finora il sistema delle circolari le aveva ignorate, ma il testo della disposizione è sufficientemente ampio per abbracciarle.

Nessun accenno viene fatto ad ulteriori atti del procedimento, diversi dalla domanda e dall'ordinanza cautelare ("rapporti" della polizia, richieste di nuove intercettazioni, di proroghe delle indagini, di incidenti probatori, provvedimenti del giudice per le indagini preliminari...); eppure anch'essi potrebbero far menzione dei dialoghi intercettati, mettendo a repentaglio il diritto alla riservatezza. Su questo profilo, tuttavia, la delega lascia qualche spazio di manovra: si consideri soprattutto l'art. 1 comma 84 lettera *a*), che fa riferimento a «previsioni che incidano *anche* sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni».

In terzo luogo, le comunicazioni a cui s'è fatto cenno devono essere custodite in un «archivio riservato»; la difesa potrà accedervi ma non avrà diritto di copia (art. 1, co. 84, lettera *a*) n. 2 della legge). L'archivio riservato è un vecchio pallino del legislatore, che (nonostante il mutare delle maggioranze nelle varie legislature) ha tentato invano d'introdurlo in quasi tutti i precedenti progetti di riforma delle intercettazioni⁶⁰; stavolta pare che ce l'abbia fatta. La direttiva (art. 1, co. 84, lettera *a*) n. 2) non è però impeccabile: «gli atti di cui al numero 1) [il quale enumera le categorie di comunicazioni di cui stiamo discutendo] non allegati a sostegno della richiesta di misura cautelare s[on]o custoditi in apposito archivio riservato, con facoltà di esame e di ascolto»; letteralmente, parrebbe che l'archivio riservato servisse solo quando è stata chiesta una misura cautelare; parrebbe inoltre che, non appena inscenato l'incidente cautelare, la difesa avesse subito diritto d'accedere a tutte le registrazioni. Sul primo profilo, nonostante le peculiarità del procedimento cautelare e le attenzioni mediatiche che esso richiama, è auspicabile che il Governo dia una lettura estensiva: esigenze di riservatezza ci sono anche quando nessuna misura cautelare viene domandata; sul secondo, per le ragioni già illustrate⁶¹, sarebbe invece bene rimandare la *discovery*.

⁶⁰ Per limitarsi ai testi più noti, possiamo ricordare il disegno di legge presentato dal guardasigilli Alfano il 30 giugno 2008 (atto camera n. 1415, XVI legislatura; artt. 5, 6 e 12); il disegno di legge presentato dal ministro della giustizia Mastella, di concerto con i ministri dell'interno Amato e dell'economia e delle finanze Padoa-Schioppa il 14 settembre 2006 (atto camera n. 1638, XV legislatura; artt. 3, 4, 5, 8, 9 e 10); il disegno di legge presentato dal guardasigilli Flick il 27 novembre 1996 (atto Camera n. 2773, XIII legislatura; artt. 3, 4, 5, 6, 8).

⁶¹ Sopra, nota 41.

Infine, quando incappa in quelle comunicazioni, il pubblico ministero ha, «in vista della richiesta di giudizio immediato ovvero del deposito successivo all'avviso di cui all'art. 415-*bis*» c.p.p., l'obbligo di mettere in moto «la procedura di cui ai co. 6 e 7 dell'art. 268» c.p.p. (art. 1, co. 84, lettera *a*) n. 4 della legge)⁶².

Spigolando fra le varie direttive, incontriamo poi un prolungamento del divieto di pubblicazione degli atti: secondo il codice esso viene meno al momento del deposito (artt. 329, co. 1, 268 co. 4 e 5 e 114 co. 7 c.p.p.), rendendo così legittimamente divulgabili (se non nel testo integrale, almeno nel contenuto) tutte le intercettazioni, anche quelle superflue; in base alla legge delega, il divieto di pubblicazione arriverà «fino al momento di conclusione della procedura di cui all'art. 268, co. 6 e 7 (art. 1, co. 84, lettera *a*) n. 2 della legge). È una modifica opportuna, che la dottrina caldeggiava da decenni⁶³; forse però ci si è spinti un po' in là: il riferimento al co. 7 dell'art. 268 c.p.p. sembra implicare che il divieto permanga fino a quando il perito non ha trascritto tutto; si poteva farlo durare meno, cioè fino all'esito dell'udienza di acquisizione-stralcio, senza attendere i tempi, talvolta lunghi, della perizia.

Spicca infine un insistito riferimento alle comunicazioni «rilevanti» (o, al contrario, «irrilevanti»), che, se ben s'intende, restringe il parametro di selezione che dovrà guidare il giudice nel corso dell'udienza d'acquisizione: oggi l'organo giurisdizionale deve accettare tutte le domande di trascrizione formulate dalle parti, a meno che «non appaiano manifestamente irrilevanti» (art. 268, co. 6, c.p.p.); domani dovrebbe accogliere soltanto quelle rilevanti (si veda soprattutto l'art. 1, co. 84, lettera *a*) n. 3 della nuova legge). Se i decreti

⁶² A dire il vero i colloqui la cui presenza impone di avviare la procedura di acquisizione-stralcio non sono esattamente gli stessi menzionati a proposito del brogliaccio, della domanda cautelare o dell'archivio riservato; vengono infatti nominate le comunicazioni che contengano dati sensibili e «non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede», senza però aggiungere (come invece accade nei tre casi appena ricordati) «o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini» (art. 1 comma 84 lettera *a*) n. 4). A riprova del peso determinante che ha avuto nell'elaborazione della legge-delega, la ragione può essere spiegata prendendo in prestito parole della circolare torinese (proc. Rep. Torino, 15 febbraio 2016): alla fine della fase preliminare non si pone più la necessità di tutelare la riservatezza per le indagini su altri reati, «in quanto in tal caso [il pubblico ministero] avrà certamente provveduto a separazione e nuova iscrizione».

⁶³ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 206; G. CONSO, *Intercettazioni telefoniche: troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 138; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 141 s.; G. GIOSTRA, in *Le intercettazioni di conversazioni*, cit., 403; V. GREVI, in *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., 67; G. ILLUMINATI, *Bisogna forse abolire le intercettazioni telefoniche?*, in *Italia Oggi*, 30 gennaio 1996; ID., *Come tutelare la riservatezza nelle intercettazioni telefoniche?*, in *Gazz. giur.*, 1996, n. 3; C. PARODI, *Le intercettazioni*, Torino, 2002, 149; A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, Padova, 2011, 153 e 179.

delegati disporranno davvero in tal senso, il bilanciamento fra valori contrapposti troverà un nuovo equilibrio: ne soffrirà un poco il diritto alla prova, ne guadagnerà un poco il diritto alla riservatezza.

Ci sarà tempo per ulteriori approfondimenti. All'esito di questa prima, sommaria ricognizione, sembra comunque che il principale problema che il legislatore delegato si troverà dinanzi sia il seguente. Come abbiamo notato, il bisogno d'un intervento s'è fatto sentire anche perché la magistratura ha disapplicato il sistema varato nel 1988, accantonando l'incidente di selezione e stralcio; di qui la soluzione, escogitata dalle circolari e ripresa dalla riforma Orlando, d'un ricorso "mirato" all'incidente, che d'ora innanzi sarà necessario soltanto quando il pubblico ministero s'imbatta in comunicazioni che pongano speciali esigenze di riserbo.

Ecco allora la domanda: e se anche quest'assetto venisse disapplicato? Se anche nel nuovo regime la selezione dei colloqui venisse rinviata alla fase processuale, ad opera d'un pubblico ministero disattento o in cerca di pubblicità? Si possono immaginare sanzioni? Di che tipo: penali, disciplinari, processuali? Oppure il silenzio della delega equivale ad un divieto? E se fosse così, non rischieremmo che, alla resa dei conti, dalla montagna sbucasse un topolino?