

IL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA SULLE BUONE PRASSI IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI: PRIME CONSIDERAZIONI

di Luigi Giordano

Abstract. *In data 29 luglio 2016, il Consiglio Superiore della Magistratura ha adottato una deliberazione intitolata “Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni”. Di seguito si propone un primo commento, soffermandosi, in particolare, su due punti – la selezione delle captazioni allegate alla richiesta cautelare e la disciplina della cd. udienza stralcio – che più direttamente incidono sulla divulgazione del contenuto di intercettazioni irrilevanti ai fini delle indagini, determinando la lesione ingiustificata della riservatezza delle persone coinvolte.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La selezione delle conversazioni captate in occasione della richiesta cautelare. – 3. segue: la fiducia nella professionalità del pubblico ministero. – 4. L’attivazione della procedura per la selezione delle captazioni: le ragioni della prassi omissiva. – 5. segue: il ricorso “mirato” all’istituto. – 6. segue: il momento procedimentale in cui va richiesta la cd. “udienza stralcio”. – 7. segue: sulla mancanza di “ostacoli” allo svolgimento dinanzi al Gip dell’udienza stralcio. – 8. segue: l’esito dell’udienza stralcio e la distruzione delle conversazioni intercettate. – 9. In conclusione.

1. Premessa.

Lo scorso 29 luglio, il Consiglio Superiore della Magistratura ha adottato una deliberazione intitolata “Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni”¹. Già in precedenti occasioni, l’organo di autogoverno della Magistratura si era occupato del tema delle intercettazioni², divenuto uno dei momenti di maggior

¹ Si tratta della [Delibera n. 285/VV/2016 del 29 luglio 2016](#) (relatori Consiglieri F. Cananzi, A. Ardituro e P. Balducci), reperibile in rete nel sito istituzionale del Consiglio.

² Il Consiglio Superiore della Magistratura, in particolare, ha più volte espresso il proprio parere su disegni di legge in materia di intercettazioni. Si veda la Delibera del 9 febbraio 2006 [“Nota in data 17 settembre 2005 del Ministro della Giustizia, con la quale trasmette, per il parere, copia del disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri il 9 settembre 2005, concernente: Disposizioni in materia di intercettazioni telefoniche ed ambientali e di pubblicità degli atti del fascicolo del pubblico ministero e del difensore”](#), quelle del 21 dicembre 2006 e del 17 febbraio 2009 nonché, da ultimo, la Delibera del 20 maggio 2015, [“Parere, ai sensi dell’art. 10 legge n. 195/58, sulle modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena”](#), tutte reperibili in rete nel sito istituzionale del Consiglio.

frizione tra le libertà individuali e lo svolgimento obbligatorio dell'azione penale. Questa delibera si presenta particolarmente rilevante perché segue le circolari e le direttive che, per garantire la tutela della riservatezza dei dati personali, sono state assunte negli ultimi tempi da numerosi Procuratori della Repubblica³ ed anticipa l'intervento del legislatore, che sembra ormai prossimo. È infatti in discussione al Senato il disegno di legge n. 2067 intitolato *“Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena”*, con il quale s'intende attribuire al Governo una delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni al fine di assicurare una maggiore tutela dei diritti alla riservatezza dei terzi estranei, dei soggetti soltanto casualmente intercettati e delle stesse persone coinvolte nelle indagini⁴.

Traendo spunto da una ricognizione delle predette circolari o direttive di diversi Procuratori della Repubblica, la deliberazione consiliare mira ad individuare “buone prassi” da offrire a tutte le Procure, sia a quelle che hanno già assunto tali determinazioni, che a quelle che non l'hanno ancora fatto. Ferma restando l'autonomia dei singoli dirigenti degli uffici, invero, il Consiglio rimarca di avere tra i suoi compiti istituzionali anche quello di diffondere pratiche operative virtuose.

Numerosi sono i profili interessanti dell'atto del CSM, nel quale le prassi da adottare in tema di intercettazioni sono raccomandate seguendo un ideale percorso processuale che si dipana dalle indagini fino allo svolgimento del giudizio. Nello scritto che segue ci si soffermerà su due punti che sembrano particolarmente meritevoli di approfondimento perché, ad avviso di chi scrive, sono quelli che più direttamente incidono sulla divulgazione del contenuto di intercettazioni irrilevanti ai fini delle indagini che, di conseguenza, provocano una lesione ingiustificata della riservatezza delle persone coinvolte. Si tratta della **selezione delle conversazioni captate** che deve compiere il pubblico ministero nel momento in cui avanza una richiesta cautelare e della **necessità di attivare**, prima della chiusura delle indagini preliminari, **la cd. udienza stralcio per la selezione delle captazioni effettuate**.

2. La selezione delle conversazioni captate in occasione della richiesta cautelare.

³ Nella stessa delibera in esame è precisato che direttive o circolari sul tema delle intercettazioni sono state assunte dalle Procure di Roma, Napoli, Torino nonché da quelle di Firenze, Bari, Macerata, Foggia, Nuoro, Caltanissetta, Campobasso, Siracusa, Catanzaro, Cosenza, Lamezia Terme, Arezzo, Grosseto, Livorno, Sulmona e Lecce. In molte altre Procure, la materia delle intercettazioni è affrontata nei provvedimenti organizzativi generali ovvero in ordini di servizio o singole disposizioni, anche in merito alle spese conseguenti all'attività di tale attività d'indagine ovvero alle misure di custodia del materiale captato. Alcune di queste circolari sono reperibili in calce a G. Cascini, *Intercettazioni e privacy: dalle circolari delle Procure di Roma, Torino e Napoli soluzioni utili per il legislatore*, in *Questione Giustizia*, 19 aprile 2016.

⁴ Il disegno di legge è stato approvato alla Camera dei deputati in data 23 settembre 2015. Transitato al Senato, all'esito dei lavori della commissione consultiva, in data 3 agosto 2016, è stato adottato un testo unificato con altri disegni di legge presentati nella medesima materia. All'art. 35 sono previsti articolati principi e criteri che il Governo dovrà seguire attuando la predetta delega.

Ai sensi dell'art. 291 cod. proc. pen., proponendo una domanda cautelare, il pubblico ministero presenta al giudice delle indagini preliminari il materiale probatorio, curando che siano inseriti gli elementi su cui si fonda la richiesta e quelli a favore dell'indagato.

È questo uno snodo procedimentale molto significativo per varie ragioni tra cui le immediate implicazioni sul tema del diritto alla riservatezza. L'art. 293, comma 3, cod. proc. pen., infatti, prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione, l'ordinanza cautelare debba essere depositata nella cancelleria del giudice insieme alla richiesta del pubblico ministero e agli atti presentati con la stessa. Da questi atti possono essere estratte copie, le quali sono evidentemente necessarie per l'esercizio del diritto di difesa. Gli atti depositati, essendo ormai noti alle parti (o potendo essere noti alle stesse), secondo la previsione dell'art. 329, comma 1, cod. proc. pen., non sono più coperti da segreto. Ne deriva che il contenuto di questi atti tende a diffondersi. Sovente, dopo l'adozione di una misura cautelare, gli atti delle indagini, in particolare le intercettazioni, vengono pubblicati, anche perché la violazione dell'art. 114, comma 2, cod. proc. pen. non comporta la configurabilità di un delitto⁵.

Per scongiurare ingiustificate lesioni del diritto alla riservatezza che si potrebbero verificare in questa fase procedimentale a seguito della pubblicazione di captazioni irrilevanti per le indagini, magari anche contenenti "dati personali sensibili"⁶, la deliberazione consiliare richiama la **centralità del ruolo del pubblico ministero** chiamato a svolgere «*un'opera di selezione*» degli atti trasmessi a sostegno della richiesta cautelare per «*operare una attenta verifica delle informazioni utili e rilevanti per le indagini, attraverso un giudizio relazionale con i fatti per i quali si procede e con la personalità dei soggetti indagati*».

Il pubblico ministero, alla stregua della norma dapprima citata, è **tenuto a selezionare nell'ambito del materiale raccolto** nel corso delle indagini, **quello che ha una valenza indiziaria o che suffraga le esigenze di cautela**; deve depositare in particolare gli elementi che hanno un rilievo nell'ottica difensiva; **deve** altresì, secondo una prassi operativa virtuosa suggerita dall'organo di autogoverno della Magistratura, **escludere le registrazioni che contengono comunicazioni o conversazioni vietate dalla**

⁵ L'art. 114, comma 2, cod. proc. pen., come è noto, pone il divieto di pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti da segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari. La violazione di questo divieto, però, integra al più l'illecito contravvenzionale di cui all'art. 684 cod. pen. (cfr., di recente, Cass. pen., sez. 1, 4 giugno 2014, n. 32846 (dep. 23 luglio 2014), in *CED Cassazione* n. 261195; in precedenza, Cass. pen., sez. 5, 3 ottobre 2002, n. 3896 (dep. 27 gennaio 2003), in *CED Cassazione* n. 224273. Sulla pubblicazione della trascrizione delle intercettazioni si veda N. Triggiani, *Segreto processuale e divieto di pubblicazione* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir. Annali* II-1, 2008, 1092; A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, Padova, 2011, 151 e ss.

⁶ Secondo la definizione di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 196 del 2003, costituiscono «dati 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*»

legge, quelle che reputa manifestamente irrilevanti e, soprattutto, quelle che, oltre ad essere manifestamente irrilevanti, contengano anche “dati sensibili”⁷.

La necessità di un’accurata selezione, in modo specifico, riguarda le conversazioni che sono inserite nelle richieste e nelle ordinanze cautelari, provvedimenti che hanno una *«naturale idoneità ... ad essere oggetto di attenzione mediatica in quanto collegati alla privazione della libertà personale e perché ... cronologicamente più vicini al fatto di quanto non lo sia il momento del deposito degli atti al termine delle indagini preliminari»*. Se l’organo pubblico si limitasse alla cernita delle captazioni che inserisce nella richiesta cautelare, peraltro, per le ragioni dapprima illustrate, non eviterebbe il rischio di pubblicazione di intercettazioni irrilevanti che contengono “dati sensibili”, ove fossero comprese tra gli atti presentati al Gip. Per tale motivo, si raccomanda l’attenta selezione delle conversazioni contenute negli atti allegati a sostegno della richiesta cautelare. In particolare, si suggerisce di predisporre *«un apposito supporto magnetico che contenga esclusivamente tali conversazioni selezionate, al fine di evitare la propalazione di registrazioni non trasmesse al GIP con gli atti a sostegno della richiesta cautelare»*.

3. segue: la fiducia nella professionalità del pubblico ministero.

Dalla delibera traspare chiaramente la **fiducia** che il Consiglio Superiore della Magistratura ripone **nella professionalità del pubblico ministero**. A quest’organo riconosce la capacità di svolgere, espungendo dal materiale allegato alla richiesta cautelare le captazioni irrilevanti rispetto ai fatti da provare, quelle vietate e quelle contenenti “dati sensibili”, un compito fondamentale in vista del corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, *«che impone di sacrificare il bene della riservatezza solo in presenza di un’informazione che sia effettivamente rilevante per il processo»*.

Il rispetto di tale professionalità è tale che si attribuisce al pubblico ministero, in modo specifico, il dovere di verificare l’effettiva rilevanza rispetto alla contestazione provvisoria contenuta nella richiesta di misura cautelare delle intercettazioni che sono impiegate per la dimostrazione di un “contesto ambientale” in cui maturano i fatti o di una “rete di relazioni” che agevole il compimento del reato ipotizzato. In questi casi, la selezione deve essere più puntuale perché vengono in rilievo *«concetti e nozioni di difficile predeterminazione ... delle quali è evidente per un verso la potenziale utilità e rilevanza e, per altro, la specifica capacità lesiva della riservatezza in particolar modo di soggetti non indagati»*.

Si deve rilevare che la buona prassi suggerita, incentrata sulla valorizzazione della selezione del materiale raccolto nel corso delle indagini, contiene **un evidente rischio**: il pubblico ministero, in un momento in cui non è previsto lo svolgimento di un contraddittorio, potrebbe escludere, inavvertitamente anche per la fase processuale in

⁷ Nella delibera si legge testualmente: *«Ai sensi dell’art. 291 cod. proc. pen., infatti, il P.m. presenta al giudice il materiale probatorio, curando che siano inseriti gli elementi su cui si fonda la richiesta e quelli a favore dell’indagato. Egli, nel compiere detta attività, deve escludere le registrazioni che contengono comunicazioni o conversazioni vietate dalla legge, quelle che reputa manifestamente irrilevanti e, soprattutto, quelle che, oltre ad essere manifestamente irrilevanti, contengano anche «dati sensibili»*.

cui avviene la valutazione, una captazione che presenta un rilievo per la difesa. Questa è la ragione per la quale attualmente, nella maggior parte dei casi, in una prospettiva di maggiore garanzia per gli indagati, l'organo della pubblica accusa tende a depositare con la richiesta di misura cautelare i brogliacci di tutte le intercettazioni svolte nelle indagini, ancorché nella stessa richiesta solo talune siano state valorizzate ai fini della dimostrazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza o delle esigenze di cautela.

Tale pericolo, però, nella prospettiva accolta dalla delibera, è superato dal fatto che, pur effettuando una selezione delle registrazioni, **il pubblico ministero conserva le tracce audio registrate ed i relativi brogliacci. Queste registrazioni, infatti, saranno disponibili per la difesa nel momento dell'attivazione dell'udienza c.d. stralcio** prevista dall'art. 268, comma 6, cod. proc. pen.

Anzi, **laddove una simile selezione sia stata compiuta** dal pubblico ministero – quando, dunque, conversazioni la cui registrazione è vietata o che contengano dati sensibili oltre ad essere irrilevanti per il giudizio siano state espunte dagli atti allegati a sostegno di una richiesta cautelare – **il ricorso a detta udienza, secondo la delibera consiliare, è assolutamente necessario per consentire il necessario contraddittorio** su questi profili.

Si tratta, in ogni caso, di un rischio che, in una logica di bilanciamento tra gli interessi costituzionali in gioco, deve essere necessariamente corso se davvero s'intende evitare la divulgazione di registrazioni lesive della riservatezza, le quali, peraltro, non supererebbero il vaglio di cui all'art. 268, comma 6, cod. proc. pen.

4. L'attivazione della procedura per la selezione delle captazioni: le ragioni della prassi omissiva.

L'altro profilo direttamente legato alla tutela della riservatezza e della segretezza delle comunicazioni affrontato dalla delibera del Consiglio Superiore della Magistratura attiene all'attivazione della cd. "udienza stralcio". Si tratta della procedura prevista dall'art. 268, comma 6 e ss., cod. proc. pen. per l'acquisizione delle conversazioni o delle comunicazioni «che non appaiono manifestamente irrilevanti» e lo stralcio di quelle «di cui è vietata l'utilizzazione». Delle prime è disposta la trascrizione, che è prodromica all'inserimento nel fascicolo per il dibattimento⁸.

⁸ Sull'istituto si veda A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 271 e ss.; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 143 e ss.; L. FILIPPI, *Intercettazioni, tabulati ed altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Vol. I Soggetti. Atti. Prove (a cura di Spangher), 973, Torino, 2015, 1062. La dottrina ha spesso sottolineato la necessità di recuperare l'udienza stralcio. Si veda, di recente G. SPANGHER, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.* 2016, 923, secondo cui «un profilo di assoluta criticità è costituito dall'attuale precarietà ... della cd. udienza stralcio, che andrebbe invece riformata, rivitalizzata, normativizzata, raccogliendo anche le indicazioni di alcuni uffici di procura ...».

Il dato di partenza esplicitato dalla delibera è la **consapevolezza dell'esistenza di una prassi largamente diffusa che evita il ricorso a questa procedura**⁹. La selezione delle registrazioni rilevanti e la loro trascrizione è compiuta nelle udienze dibattimentali, in genere nella fase dedicata all'ammissione delle prove ex artt. 493 – 495 cod. proc. pen. Più di rado, quest'attività viene compiuta dinanzi al Gup¹⁰.

Tale omissione si fonda su molteplici esigenze processuali.

La più evidente deriva dall'**ampia diffusione di riti alternativi** che consentono l'utilizzo come prova dei cd. "brogliacci d'ascolto", rendendo inutile la trascrizione delle registrazioni.

La **necessità di ricorrere alla perizia** per la trascrizione costituisce un'altra ragione che suggerisce di rinviare al dibattimento la selezione delle conversazioni o delle comunicazioni rilevanti. L'art. 268, comma 7, cod. proc. pen., infatti, prevede che, nel disporre la trascrizione, il giudice debba osservare «*le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie*»¹¹. La procedura, quindi, presuppone la nomina di un perito trascrittore, il conferimento del relativo incarico, la concessione di termini (eventualmente prorogabili) per lo svolgimento dello stesso. Come per ogni attività peritale, possono insorgere questioni in merito all'espletamento dell'incarico, la cui risoluzione è rimessa al giudice. Sebbene la prevalente giurisprudenza escluda che il perito debba essere sottoposto a esame¹², è possibile che tale soggetto debba essere sentito a chiarimenti circa le modalità impiegate ed i criteri seguiti nell'ambito della sua opera. Lo svolgimento di queste attività comporta il decorso di un consistente lasso temporale, generando delicati problemi, soprattutto nei procedimenti in cui sono state adottate misure cautelari. Ai sensi dell'art. 304, comma 2, cod. proc. pen., invece, i termini di fase possono essere sospesi nel caso di dibattimento «di particolare complessità», tale potendo definirsi, secondo un orientamento giurisprudenziale, anche quello in cui è necessario l'espletamento di una perizia per la trascrizione delle intercettazioni avente il carattere della necessità ed inevitabilità¹³.

⁹ Sul tema, tra gli altri, si veda A. CABIALE, *Il superamento dell'udienza di stralcio: prassi "deviante" o opportunità teorica?*, in *Dir. pen. proc.* 2014, 1, 109.

¹⁰ Già in precedenza il Consiglio Superiore della Magistratura si era espresso in modo critico circa detta omissione. Il mancato ricorso alla procedura di cui all'art. 268 cod. proc. pen., nella deliberazione del CSM del 17 febbraio 2015, avente ad oggetto "*Richiesta della Sesta Commissione di un parere sulle modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*", pag. 42, è stato definito «... un fenomeno che ha destato, nel pubblico dibattito, allarme e perplessità rispetto alla tutela della riservatezza di terzi estranei al processo o delle stesse parti su circostanze irrilevanti per il processo ma di interesse per la cronaca».

¹¹ Secondo la giurisprudenza, l'attività di trascrizione delle intercettazioni ha natura di perizia, cfr. Cass. pen., S.U., 24 febbraio 2011 n. 18268 (dep. 10 maggio 2011), in *CED Cassazione* n. 249483.

¹² Cfr. Cass. pen., sez. 5, del 24 gennaio 2002 n. 9633 (dep. 11 marzo 2002) in *CED Cassazione* n. 221214; Cass. pen., sez. 6, 6 novembre 2008 n. 2732 (dep. 21 gennaio 2009) in *CED Cassazione* n. 242583.

¹³ Cfr. Cass. pen., sez. 2, 12 dicembre 2008 n. 47614 (dep. 22 dicembre 2008), in *CED Cassazione* n. 242303, secondo cui è legittima la sospensione dei termini per tutti gli imputati anche se la perizia riguarda la posizione di uno solo di essi, perché si tratta di un elemento di natura oggettiva relativo al dibattimento senza distinzione tra le posizioni dei singoli imputati e che rientra nel potere discrezionale del giudice

L'esecuzione nel dibattimento di una **perizia di lunga durata** o della trascrizione di numerose intercettazioni, d'altra parte, non implica necessariamente un prolungamento della fase del giudizio, perché è ben possibile che l'attività del perito si svolga contemporaneamente all'assunzione delle prove.

Un altro argomento che conduce all'espletamento della selezione delle registrazioni e alla successiva trascrizione in dibattimento, infine, deriva da un indirizzo giurisprudenziale secondo il quale le trascrizioni effettuate dal perito incaricato dal Gup, dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio sarebbero illegittime, anche se la riproduzione dei dialoghi in forma scritta sia stata disposta prima della definizione dell'udienza preliminare: una volta pronunciato il decreto che dispone il giudizio, il giudice perderebbe la propria **competenza funzionale** in ordine ad atti diversi da quelli urgenti attinenti alla libertà personale dell'imputato¹⁴.

decidere se effettuare o meno la perizia medesima. La Corte Costituzionale (Corte Cost. 23 maggio 2012 n. 204), sul punto, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli art. 3 e 13, comma 5, Cost., dell'art. 304, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui, secondo l'interpretazione della Corte di cassazione, «consente di definire "particolarmente complesso" il dibattimento in cui sia stata disposta una perizia di trascrizione delle intercettazioni telefoniche che avrebbe potuto o dovuto essere espletata nelle fasi anteriori al dibattimento stesso». Secondo la Corte, né nella fase delle indagini, né in quella del dibattimento occorre una richiesta di trascrizione da parte del pubblico ministero, prevedendo l'art. 268, comma 7, cod. proc. pen. che sia il giudice a disporre direttamente «la trascrizione integrale delle registrazioni», regola, questa, che dovrebbe valere anche nel dibattimento, quando nella fase delle indagini non si è svolta la selezione delle intercettazioni prevista dall'art. 268, comma 3, cod. proc. pen. Sono state perciò reputate prive di base giuridica le considerazioni del giudice rimettente sulla «solerzia (...) del Pubblico Ministero nella richiesta di perizia di trascrizione», dato che la richiesta non è prevista. Negli stessi termini, si veda anche Corte Cost. (ord) 24 ottobre 2012, n. 255, su cui si veda F. Paiola, *Selezione e trascrizione delle conversazioni intercettate a fini della loro acquisizione: due momenti per la lesione del diritto alla riservatezza delle comunicazioni*, in *Legisl. penale*, 2013, 1.

¹⁴ Ne consegue che, ove detti atti siano comunque compiuti, essi risultano affetti da nullità assoluta rilevabile anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 178, comma 1, lett. a) e 179, comma 1, cod. proc. pen. Si precisa, peraltro, che la trascrizione delle registrazioni consiste in un'operazione di carattere meramente materiale, mentre la prova è rappresentata dalle registrazioni in sé considerate; che il giudice del dibattimento può procedere all'ascolto diretto delle intercettazioni o ad una nuova trascrizione, se reputato necessario; che dalla suddetta mancanza di competenza, comunque, non discende l'inutilizzabilità delle trascrizioni, se la doglianza non è accompagnata dalla denuncia di difformità tra il contenuto delle intercettazioni e la trasposizione grafica delle stesse effettuata dall'ausiliario. Cfr. Cass. pen., sez. 5, 22 gennaio 2014 n. 12458 (dep. 17 marzo 2014) in *CED Cassazione* n. 259402, in una fattispecie nella quale il Gup, in data 8 aprile 2009, aveva disposto la trascrizione delle intercettazioni, in data 9 aprile 2009, aveva chiuso l'udienza preliminare, rinviando a giudizio gli imputati, in data 20 aprile 2009, aveva concesso incarico al perito che aveva depositato le trascrizioni il 5 ottobre 2009. Si veda anche Cass. pen., sez. 4, del 1 dicembre 2009 n. 3347 (dep. 26 gennaio 2010), in *CED Cassazione* n. 246391, in una fattispecie in cui il Gup aveva disposto il rinvio a giudizio in data 25-10-1999 e disposto la perizia trascrittiva in data 14-12-1999; Cass. pen., Sez. 4, 12 gennaio 1999 n. 7439 (dep. 10 giugno 1999), in *CED Cassazione* n. 213738, in una fattispecie in cui, dopo una prima nomina del perito trascrittore successiva al decreto di rinvio a giudizio e dopo il materiale trasferimento degli atti del processo al tribunale per il giudizio di merito, il Gup, preso atto della dichiarazione del perito-trascrittore di non essere in grado di procedere all'operazione da solo, stante la rilevante massa di registrazioni da trattare, aggiungeva, con altro provvedimento, altri due esperti costituendo così un collegio peritale. Infine, protraendosi, oltre il termine autorizzato, il deposito dell'elaborato peritale, lo stesso Tribunale, designato per il dibattimento, aveva rinviato l'udienza dibattimentale, in attesa del deposito al Gup delle trascrizioni.

Un'ultima ragione dell'omissione dell'adempimento previsto dall'art. 268, comma 6, cod. proc. pen. è ravvisata nella delibera del Consiglio nella *«difficoltà di porre in essere una pluralità di udienze stralcio, specie nelle sedi distrettuali, per innumerevoli e complessi procedimenti fondati sulle intercettazioni, con il conseguente aggravio per il lavoro dei giudici per le indagini preliminari, già onerati da molteplici competenze»*.

5. segue: il ricorso “mirato” all’istituto.

Pur nella consapevolezza che la prassi di rinviare la selezione delle registrazioni e la loro trascrizione alla fase dibattimentale riflette consistenti esigenze processuali, la delibera consiliare rimarca il significativo rilievo della procedura di cernita del materiale raccolto, che porta allo “stralcio” di quello *«manifestamente»* non attinente all'imputazione provvisoria.

In questo momento procedimentale *«si assicura il bilanciamento tra le prerogative individuali (la libertà di comunicare, l'inviolabilità del domicilio e la tutela alla vita privata e familiare di cui all'art. 2 Cost. e all'art. 8 CEDU) e quelle della collettività (il perseguimento dei reati ed il diritto di cronaca)»*¹⁵. La procedura è diretta a preservare l'indagato, le persone offese e i terzi interlocutori, estranei al processo, dalla diffusione e dalla pubblicazione di fatti personali e riservati manifestamente irrilevanti rispetto ai temi probatori. La selezione del materiale registrato, poi, avviene nel **contraddittorio**. I difensori hanno facoltà di esaminare gli atti e di ascoltare le registrazioni, ma non possono trarre copia, né dei file audio, né dei verbali in cui, nel corso delle indagini, è trascritto sommariamente il contenuto delle comunicazioni o delle conversazioni.

L'intervento del giudice, più in particolare, è finalizzato all'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche indicate dalle parti, da cui sono stralciate due categorie di registrazioni: quelle *«di cui è vietata l'utilizzazione»*; quelle *«manifestamente irrilevanti»*.

Nel primo caso, la disposizione fa riferimento alle intercettazioni inutilizzabili a norma di legge, in particolare in base all'art. 271 cod. proc. pen. In questa prospettiva, la procedura mira a tutelare la **legalità della prova**, evitando che tra il materiale probatorio possano trovare spazio registrazioni vietate dalla legge. Nella seconda ipotesi, il giudice compie un giudizio di irrilevanza probatoria che deve essere “manifesta”, conducendo, pertanto, all'esclusione soltanto dei dialoghi **palesamente estranei** all'accertamento

¹⁵ L'utilità della procedura in esame per la tutela della vita privata è stata riconosciuta da tempo anche dalla Corte EDU. Nella sentenza 17 luglio 2003, adottata sul ricorso n. 25337/94, Craxi c. Italia, in *Cass. pen.* 2004, 686, con nota A. Tamietti, *Intercettazioni telefoniche e garanzie a tutela del diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza dell'imputato*, la Corte europea ha rilevato che, essendo stata data lettura di conversazioni intercettate nel corso dell'udienza dibattimentale del 29 settembre 1995, non vi era stata un'udienza preliminare nel corso della quale le parti ed il giudice, in modo riservato, avrebbero potuto escludere i brani delle conversazioni intercettate sprovviste di attinenza con il procedimento giudiziario, fornendo una garanzia importante al diritto enunciato nell'art. 8 CEDU.

della responsabilità per i reati per i quali si procede. In verità, non potrebbe essere altrimenti, perché la valutazione è compiuta in un momento procedimentale in cui non potrebbe svolgersi un controllo puntuale di rilevanza rispetto ai parametri desumibili dall'art. 187 cod. proc. pen. La procedura, infatti, è strutturalmente prevista nella fase delle indagini, quando l'imputazione è solo provvisoria. In questo caso, comunque, la norma persegue una finalità interna al processo – contenere la conoscenza del giudice nei limiti del materiale che ha attinenza con il *thema probandum* – e, nello stesso tempo, uno scopo esterno, rappresentato dalla garanzia della riservatezza.

Orbene, considerata la rilevante funzione svolta dall'udienza camerale, **l'intuizione sviluppata nella delibera consiste nel riconoscimento dell'opportunità della sua attivazione nel corso delle indagini preliminari, «in modo mirato e non massivo»**, per garantire l'equo contemperamento degli interessi in gioco e il bilanciamento dei diritti di pari valore costituzionali, che entrano in contrapposizione.

Laddove le circolari e le direttive di taluni Procuratori si spingono fino a prevedere un uso generalizzato di detta procedura, quasi obliterando le ragioni per le quali finora il ricorso alla cd. udienza stralcio sia stato molto marginale, la delibera suggerisce un impiego dell'istituto ispirato al buon senso, raccomandando il suo uso nei soli casi in cui effettivamente ricorrono esigenze di bilanciamento dei valori costituzionali confliggenti.

In particolare, in via esemplificatrice è ritenuta una “buona prassi” il ricorso a detta udienza camerale in due situazioni specifiche:

1) nel caso dapprima illustrato, cioè quando il pubblico ministero abbia avanzato una richiesta di misura cautelare e, nel selezionare il materiale posto a sostegno della stessa, abbia escluso le comunicazioni o le conversazioni vietate dalla legge e quelle che, oltre ad essere manifestamente irrilevanti, contengano anche dati sensibili;

2) quando il pubblico ministero, sebbene non abbia avanzato una richiesta cautelare, dirigendo le indagini ai sensi dell'art. 327 cod. proc. pen., abbia assunto cognizione della raccolta di conversazioni che presentano gli attributi indicati in precedenza.

Si suggerisce, dunque, un impiego ragionevole della procedura di selezione, che permette l'eliminazione dal materiale probatorio delle registrazioni manifestamente non rilevanti, in special modo se contenenti dati sensibili, la cui divulgazione potrebbe determinare una definitiva lesione della riservatezza. Da questa impostazione traspare l'intenzione del Consiglio Superiore della Magistratura di proporre prassi che siano effettivamente applicabili negli uffici giudiziari e non si risolvano in meri formalismi.

Nel rispetto delle sue prerogative costituzionali, del resto, il Consiglio affronta la questione anche nella prospettiva dell'utilizzo accorto in termini di **sostenibilità organizzativa** degli strumenti processuali previsti per impedire le violazioni ingiustificate della riservatezza¹⁶.

¹⁶ Nella delibera, in particolare si suggerisce di agevolare lo svolgimento dell'udienza stralcio per mezzo della predisposizione di un indice numerico delle conversazioni progressive contenenti il dato “sensibile”, soluzione idonea a garantire la sostenibilità organizzativa dei consequenziali oneri da parte degli uffici.

Nell'udienza camerale, inoltre, ove sia stata avanzata una richiesta cautelare, si verifica, nel contraddittorio delle parti e dinanzi al giudice terzo, la selezione compiuta dal pubblico ministero, assicurando alla difesa lo spazio necessario per interloquire sulla scelta effettuata dalla pubblica accusa di non inserire taluni atti tra quelli posti a sostegno della richiesta di cautela. In simili ipotesi, dunque, ricorrono in modo evidente le esigenze di tutela sottese alla previsione normativa della procedura in esame: in un momento procedimentale "riservato" e nel contraddittorio delle parti viene ad essere realizzato il bilanciamento dei diritti costituzionali in contrasto dapprima indicati.

6. segue: il momento procedimentale in cui va richiesta la cd. "udienza stralcio".

Solo in una nota della delibera, peraltro, è affrontato un aspetto che appare centrale per l'utile svolgimento dell'udienza camerale in esame, rappresentato dall'individuazione del momento procedimentale nel quale deve essere richiesta¹⁷.

La delibera definisce «preferibile» l'attivazione della procedura ex art. 268 cod. proc. pen. dinanzi al Gip e, comunque, prima dell'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-bis, cod. proc. pen. Nella prospettiva della tutela della riservatezza, in verità, **tale soluzione** più che preferibile, **appare obbligata**. L'udienza va richiesta in un momento del procedimento in cui sia utile per tutelare le prerogative individuali, e cioè prima del deposito di tutti gli atti, quando non sia ancora consentito il rilascio di copia delle registrazioni e siano ancora vigenti i divieti di cui all'art. 114, comma 1 e 2, cod. proc. pen. Con il deposito degli atti, viene il segreto processuale; le parti possono chiedere il rilascio di copia degli atti, che, evidentemente, possono circolare tra più persone.

Nel caso dei procedimenti nei quali sono stati adottati provvedimenti cautelari, inoltre, se l'udienza fosse chiesta al Gip o nel corso del dibattimentale, sarebbe del tutto vanificata l'opera di selezione delle conversazioni compiute dal pubblico ministero che pure, come si è visto, è raccomandata dall'organo di autogoverno della Magistratura. La procedura in esame, del resto, serve anche per verificare, nel contraddittorio delle parti, la correttezza dell'agire di quest'ultimo.

Dopo l'emissione di una misura cautelare, in altri termini, le ordinanze e gli atti posti a sostegno sono depositati nella cancelleria del Gip. È possibile chiedere il rilascio di copia degli atti e, nel caso di intercettazioni, anche delle tracce foniche a seguito di un intervento della Corte Costituzionale¹⁸, ma limitatamente a quelle «utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare», ancorché non depositate. In questo momento, la selezione compiuta dal pubblico ministero garantisce il segreto sul

¹⁷ Sul momento in cui può essere chiesta l'attività di acquisizione, di stralcio e di trascrizione delle intercettazioni si veda, tra gli altri, M. F. FEBBRARO, *La procedura di "stralcio" nell'ambito delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, in *La giustizia penale differenziata, Gli accertamenti complementari*, coordinato da M. Montagna, Torino, 2011.

¹⁸ Corte Cost. 8-10 ottobre 2008, n. 336, in *Corr. Giur.*, 2009, 1, 130.

materiale che ha ritenuto di separare perché consistente in registrazioni compiute in violazione della legge o manifestamente irrilevanti e/o contenenti dati sensibili.

Successivamente, la procedura di cui all'art. 268, comma 6, cod. proc. pen. consente alla difesa l'accesso all'intero materiale probatorio raccolto, permettendo il solo esame degli atti e l'ascolto delle registrazioni. Non è possibile il rilascio di copie ai difensori. Questo non amplia l'ambito di coloro che hanno disponibilità delle registrazioni, che rimane circoscritto a soggetti pubblici (Forze dell'Ordine, personale di segreteria e di cancelleria, magistrati); assicura lo svolgimento del contraddittorio, sulla manifesta irrilevanza o sull'inutilizzabilità, evitando, contemporaneamente, la divulgazione delle fonti.

È dato di esperienza comune che la mera conoscenza del tenore di una intercettazione non ne determina la pubblicazione, se non si fonda sulla disponibilità dell'atto investigativo.

Laddove la procedura fosse azionata dopo la notifica dell'avviso della conclusione delle indagini, invece, ai sensi dell'art. 415-bis cod. proc. pen., la documentazione delle indagini dovrebbe essere depositata presso la segreteria del pubblico ministero. In questo caso, va riconosciuto all'indagato e al suo difensore il diritto di prenderne visione ed estrarne copia. Il pubblico ministero, del resto, salvo abbia disposto la separazione di procedimenti per ragioni investigative, non deve operare alcuna selezione. Deve depositare l'intera documentazione delle indagini¹⁹. Il materiale raccolto nel corso delle indagini, pertanto, può circolare tra un numero di persone ampio e più facilmente si può verificare la sua divulgazione. Ne consegue che è **vanificata qualsiasi tutela della riservatezza**, divenendo sostanzialmente **inutile** il procedimento in esame.

Vi è poi una ragione pratica che induce a ritenere che la procedura di cui all'art. 268, comma 6, cod. proc. pen., come in verità traspare dalla stessa collocazione sistematica della disposizione nel codice, debba essere svolta dinanzi al Gip. Questi, che ha emesso i decreti autorizzativi e che eventualmente ha adottato un provvedimento cautelare ha una recente ed immediata conoscenza degli atti, che gli consente di svolgere con efficacia e rapidità il giudizio di "manifesta irrilevanza".

¹⁹ L'art. 130 disp. att. cod. proc. pen., invero, dispone che «*se gli atti di indagine preliminare riguardano più persone o più imputazioni, il pubblico ministero forma il fascicolo previsto dall'articolo 416 comma 2 del codice, inserendovi gli atti ivi indicati per la parte che si riferisce alle persone o alle imputazioni per cui viene esercitata l'azione penale*». La giurisprudenza, però, ha chiarito che questa disposizione non attribuisce alcun potere discrezionale di selezione degli atti in questione, semplicemente tutelando le esigenze di segretezza investigativa relative a persone o a fatti diversi da quello per cui l'azione penale viene esercitata (Cass. pen., sez. 1, 12 marzo 2014, n. 27879 (dep. 26 giugno 2014), in *CED Cassazione* n. 260249. L'obbligo di deposito di tutti gli atti relativi al "fatto" oggetto di esercizio dell'azione non è minimamente intaccato, potendosi tutelare (nell'ipotesi di atto complesso ed inscindibile) l'esigenza di segretezza investigativa con lo stralcio dell'atto medesimo e con l'apposizione da parte del Pubblico Ministero dei doverosi omissis sulle parti non divulgagli (in tal senso, tra le molte, Cass. pen., sez. 1, 16 aprile 2002, n. 18362, in *CED Cassazione* n. 221444).

7. segue: sulla mancanza di “ostacoli” allo svolgimento dinanzi al Gip dell’udienza stralcio.

La delibera consiliare, invero, non affronta specificamente altri temi che pure sovente sono evocati come di impedimento al ricorso alla cd. udienza stralcio dinanzi al Gip e sui quali appare utile soffermarsi.

È prassi diffusa, se non costante, ad esempio, che il deposito delle intercettazioni venga ritardato fino alla chiusura delle indagini preliminari come consente l’art. 268, comma 5, cod. proc. pen. L’acquisizione probatoria, come è stato già indicato, si verifica in un momento successivo, in genere in quello dibattimentale. Ciò implica che il deposito delle registrazioni e degli atti venga effettuato con l’intera documentazione relativa alle indagini (art. 416, comma 2, cod. proc. pen.), dalla quale le parti sono autorizzate ad estrarre copie; mentre le conversazioni manifestamente irrilevanti, anche se contengono dati sensibili, che avrebbero dovuto essere fatte oggetto di preventivo stralcio, rimangono nel fascicolo fino all’udienza preliminare e anche oltre.

I difensori possono chiedere copia dei verbali delle intercettazioni, allo stesso modo di qualsiasi altro atto del procedimento; le copie possono avere ad oggetto anche registrazioni destinate all’eliminazione.

È anche evidente la ragione che ha portato all’emersione di una simile prassi: si vuole evitare la *discovery* anticipata del materiale probatorio raccolto, quando, per esempio, è stata avanzata una richiesta di misura cautelare al GIP o, quando, anche dopo l’adozione di un simile provvedimento, siano ancora in corso indagini, anche per mezzo di intercettazioni.

Deve rilevarsi, però, che il provvedimento di cui all’art. 268, comma 5, cod. proc. pen. presuppone la sussistenza di «*un grave pregiudizio per le indagini*» e, dunque, implica un apprezzamento da parte del GIP (per esempio, non ricorre se non è prospettata la sussistenza di ulteriori indagini in corso o l’intenzione di avanzare richiesta cautelare).

Detto provvedimento del GIP, comunque, legittima il PM a ritardare il deposito dei verbali e delle registrazioni in segreteria «*non oltre la chiusura delle indagini*», **senza escludere** che, cessato il pericolo di nocimento per le investigazioni (per esempio, dopo l’adozione della misura cautelare e, comunque, quando sono cessate le indagini), **il PM possa provvedere a detto deposito anche prima della formale chiusura delle indagini** o, comunque, prima **della notifica dell’avviso di cui all’art. 415-bis cod. proc. pen.**

L’emissione del provvedimento con cui si autorizza il ritardato deposito, dunque, non impedisce il ricorso alla procedura di selezione delle registrazioni nel corso delle indagini.

Ostacoli insormontabili all’attivazione della procedura di cui all’art. 268, comma 6, cod. proc. pen. non sussistono neppure nei procedimenti in cui sono stati adottati provvedimenti cautelari.

In questo genere di giudizi, invero, si apprezza maggiormente lo spessore delle problematiche processuali che hanno condotto all’emersione della prassi di differire lo stralcio delle registrazioni al dibattimento. L’attività di selezione e di trascrizione delle comunicazioni o delle conversazioni nella fase delle indagini, infatti, può determinare

l'eccessiva protrazione della carcerazione preventiva o, in senso opposto, la scadenza dei termini della stessa.

In questo caso, va ribadito che, secondo la logica accolta dalla delibera in esame, l'attivazione della procedura in esame è reputata necessaria solo se il pubblico ministero ha avuto cognizione della presenza nel materiale registrato di comunicazioni o di conversazioni vietate dalla legge o che non solo siano manifestamente irrilevanti, ma contengano anche «dati sensibili». Essendo stata **adottata una misura cautelare, comunque, può essere opportuno limitare il procedimento in esame alla sola selezione delle conversazioni inutilizzabili o manifestamente irrilevanti, contenenti «dati sensibili», rinviando la trascrizione di quelle acquisite, nelle forme dappima illustrate, al giudizio dibattimentale.**

La trascrizione peritale, infatti, non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma solo un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica. La prova, invece, è integrata dalla traccia audio. Il tribunale, così come può ascoltare direttamente la registrazione di una comunicazione o di una conversazione, ancorché sia stata trascritta all'esito del procedimento di cui all'art. 268, comma 6, 7 ed 8, cod. proc. pen., può anche disporre la trascrizione delle registrazioni selezionate in precedenza²⁰. Questa soluzione, ispirata dall'esigenza di garantire il bilanciamento tra i diritti costituzionali che vengono in contrasto, garantisce una maggiore celerità del procedimento, non essendo necessario nominare un perito, conferire l'incarico ed attendere il deposito delle trascrizioni. La scelta delle conversazioni, inoltre, non avviene in un'udienza pubblica come quella dibattimentale, ma nel contraddittorio camerale "riservato" in precedenza descritto. La trascrizione rinviata al dibattimento, infine, potrebbe essere contenuta dal tribunale nelle sole comunicazioni o conversazioni giudicate "rilevanti" rispetto al tema probatorio all'esito del contraddittorio delle parti e non riguarderebbe tutte quelle «non manifestamente irrilevanti», oggetto dell'acquisizione disposta all'esito della procedura di cui all'art. 268, comma 6, 7 e 8, cod. proc. pen. Il tribunale, infatti, può adottare un parametro di valutazione diverso e più restrittivo rispetto a quello che deve applicare il Gip ai sensi dell'art. 268, comma 6, cod. proc. pen.

²⁰ Non sembra di ostacolo alla soluzione proposta l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, *"ove insorga controversia in ordine alla utilizzabilità di intercettazioni ai sensi dell'art. 271 cod. proc. pen., la distruzione delle medesime dev'essere ordinata, in ogni stato e grado, dal giudice che le dichiara inutilizzabili, ma dev'essere eseguita solo quando la suddetta decisione divenga irrevocabile"*. Ne consegue che, se la questione è posta dinanzi al Gip nella procedura camerale prevista dall'art. 268 cod. proc. pen., costui, se dichiara l'inutilizzabilità delle registrazioni, è competente anche ad ordinarne la distruzione, non appena il provvedimento è divenuto definitivo, perché è stato sperimentato il ricorso previsto dall'art. 127, comma 7, cod. proc. pen. o per preclusione endo-procedimentale (Cass. pen., Sez. 2, 26 maggio 2009 n. 25590 (dep. 18 giugno 2009), in *CED Cassazione* n. 244153). È ovviamente diverso il caso in cui la dichiarazione di inutilizzabilità è intervenuta, sempre ad opera del Gip, ma nel procedimento incidentale *de libertate*, perché la distruzione presuppone una statuizione di inutilizzabilità processualmente insuscettibile di modifiche, che faccia escludere la possibilità di utilizzazione futura nell'ambito del processo (cfr. Cass. pen., Sez. 2, 25 novembre 2015 n. 8953 (dep. 4 marzo 2016), in *CED Cassazione* n. 266093; Cass. pen., sez. 6, 26 aprile 2007 n. 33810 (dep. 4 settembre 2007), in *CED Cassazione* n. 237155).

8. segue: l'esito dell'udienza stralcio e la distruzione delle conversazioni intercettate.

Un altro aspetto che non è contemplato dalla determinazione riguarda l'esito della procedura di selezione delle registrazioni azionata nella fase dell'indagine. In questo caso, ove sia individuate intercettazioni inutilizzabili, manifestamente irrilevanti e contenenti "dati sensibili", deve rilevarsi che **la distruzione** delle registrazioni "stralciate" **contribuisce a rendere effettiva tutela della riservatezza**.

La distruzione, invero, è uno strumento che il codice appresta per la tutela della riservatezza e che **riguarda tre categorie di intercettazioni**: 1) quelle "non necessarie per il procedimento" (art. 269, comma 2, cod. proc. pen.); 2) quelle "inutilizzabili" (art. 271, comma 3, cod. proc. pen.) e 3) quelle "illegalmente formate" (art. 240, comma 5, cod. proc. pen.)²¹.

Questo rimedio, come è noto, è attivato molto di rado perché, se è omessa la procedura di cui all'art. 268, comma 6, 7 e 8, cod. proc. pen. come avviene nella prassi, è generalmente azionabile solo dopo che i dialoghi carpiri sono stati divulgati. La distruzione, pertanto, è **tardiva** e del tutto inefficace per assicurare una valida tutela dei diritti individuali. Questo ritardo, però, viene meno, se la procedura, nelle ipotesi in cui è reputata necessaria, fosse attivata nel corso delle indagini.

Il provvedimento di distruzione, peraltro, determina la definitiva perdita della registrazione. Ciò manifesta la delicatezza del vaglio attribuito al giudicante, il quale, in primo luogo, deve assicurare il contraddittorio²². Al riguardo, va segnalato che la richiesta di distruzione delle registrazioni non necessarie per il procedimento può provenire dagli "interessati", categoria che appare più ampia di quella di indagati i cui difensori possono partecipare alla procedura di selezione prevista dall'art. 268 cod. proc. pen.²³

Sul piano della competenza, poi, la distruzione delle registrazioni non rilevanti va richiesta al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione; quella **delle intercettazioni inutilizzabili**, a norma dell'art. 271, comma 3, cod. proc. pen., è disposta dallo stesso giudice che dichiara l'inutilizzabilità, "*in ogni stato e grado del processo*", "*salvo*

²¹ La disciplina inserita nell'art. 240 cod. proc. pen. dalla legge n. 281 del 2006 si riferisce alla distruzione di dati o di dialoghi, captati con l'ausilio di mezzi tecnici di teletrasmissione, all'esito di un'attività illegale compiuta del tutto al di fuori dall'esercizio di un legittimo potere da pubblici ufficiali o da privati mossi da finalità diverse che non giustificano l'intrusione nella vita altrui (Cfr. Corte Cost., 11 giugno 2009, n. 173, in *Dir. pen. proc.* 2010, 2, 195). La nuova disciplina, secondo l'opinione corrente, non riguarda le intercettazioni condotte per conto dell'Autorità giudiziaria, neppure quando illegittime ed inutilizzabili ex 271 cod. proc. pen.

²² La necessità del contraddittorio sulla distruzione delle registrazioni è stata affermata anche dalla Corte europea (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, 31 marzo 2009, Natunen c. Finlandia, in *Cass. pen.* 2009, 3219) che ha condannato lo stato che non prevedeva nella sua legislazione vigente al momento del fatto un adeguato contraddittorio nell'ambito del procedimento relativo alla scelta delle intercettazioni da distruggere.

²³ Cass. pen., sez. 6, 5 febbraio 2007, n. 5904 (dep. 13 febbraio 2007), in *CED Cassazione* n. 236179.

che costituisca corpo di reato". La disposizione sembra non indicare la procedura che occorre seguire²⁴, né stabilisce se l'ordine di distruzione sia o meno immediatamente esecutivo.

A ben considerare, tuttavia, non vi è alcuna omissione nella disciplina normativa. Il tema dell'inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita è una questione processuale che va risolta secondo le regole ordinarie. Ove sorga contestazione, la decisione sulla legittimità di una prova non può che essere presa all'interno del procedimento, con i meccanismi previsti in quella determinata fase processuale in cui il quesito è posto²⁵. Se la questione è stata posta nell'udienza di selezione delle registrazioni prevista dall'artt. 268, comma 6, 7 e 8, cod. proc. pen., in questa fase deve essere valutato anche l'aspetto della distruzione, provvedimento che, in ogni caso, dev'essere eseguito solo quando la decisione sull'inutilizzabilità della registrazione è divenuta definitiva²⁶.

²⁴ Va segnalato che la sentenza della Corte Cost. 11 giugno 2009, n. 173, in *Foro It.*, 2010, 6, 1, 1737, occupandosi dell'art. 240, comma 4 e 5, cod. proc. pen., che disciplina la distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni illegalmente formati o acquisiti, la Corte ha reputato insufficiente il modello generale del rito camerale. L'applicazione dell'art. 127 cod. proc. pen. impone di dare avviso alle parti processuali, alle persone interessate ed ai difensori. I destinatari dell'avviso sono sentiti solo se compaiono. Il rispetto dei principi del giusto processo, del diritto di difesa e di azione e dell'effettivo esercizio dell'azione penale, invece, obbliga ad adottare il modulo procedimentale più rigoroso contenuto nell'art. 401, comma 1 e 2, cod. proc. pen. in tema di incidente probatorio che impone la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore della persona indagata e il diritto di partecipare del difensore della persona offesa. La distruzione di un mezzo di prova, del resto, è fenomeno speculare alla formazione della stessa in una fase del processo anticipata rispetto a quella deputata a tale scopo.

²⁵ L'istanza per la distruzione, in altri termini, può essere proposta al giudice per le indagini preliminari dinanzi al quale è eccepita l'inutilizzabilità delle captazioni. In questo caso, costui, nelle forme del procedimento in camera di consiglio, se dichiara l'inutilizzabilità, è competente ad ordinare la distruzione. Il medesimo problema si può porre nelle fasi successive. Competente a disporre la distruzione delle registrazioni è sempre il giudice che dichiara l'inutilizzabilità.

²⁶ Secondo la giurisprudenza (Cass. pen., sez. 2, 26 maggio 2009, n. 25590, (dep. 18 giugno 2009), in *CED Cassazione* n. 244153), tale regola si desume dalla normativa dettata in tema di distruzione delle intercettazioni non necessarie secondo cui le medesime devono essere distrutte solo dopo che la decisione sulla non necessità è divenuta definitiva. Lo stesso art. 271, comma 3, cod. proc. pen., poi, prevede solo venga dato l'ordine di distruzione non che il medesimo sia immediatamente eseguibile. L'interpretazione prospettata, del resto, è l'unica costituzionalmente orientata perché, tenendo conto delle finalità del processo penale (che, sebbene improntato al principio accusatorio, deve pur sempre tendere all'accertamento della verità e deve svolgersi in modo giusto sulla base di prove legittimamente acquisite) sarebbe abnorme la distruzione di una prova decisiva (a favore dell'accusa o della difesa) sulla base di una decisione sulla sua legalità che venisse poi riformata. In applicazione di tale regola, la giurisprudenza (Cass. pen., sez. 6, 26 aprile 2007, n. 33810 (dep. 4 settembre 2007), in *CED Cassazione* n. 237155; Cass. pen., sez. 2, 25 novembre 2015 n. 8953 (dep. 4 marzo 2016), in *CED Cassazione* n. 266093) ritiene che non possa essere disposta la distruzione delle registrazioni, se la dichiarazione d'inutilizzabilità è affermata in procedimenti incidentali *de libertate* che non fanno escludere la possibilità di utilizzazione futura delle captazioni nell'ambito del processo.

9. In conclusione.

Sulla delibera consiliare sono stati espressi giudizi molto diversificati, che hanno toccato punti diversi della stessa. Nell'immediatezza della sua approvazione, ad esempio, è stato affermato che «il CSM batte Governo e Parlamento sulle intercettazioni», precisando che ci saranno «meno intercettazioni in giro, solo quelle indispensabili, con ovvie conseguenze sull'informazione»²⁷. È stato dichiarato che «il CSM fa degli sforzi, nell'ambito dei suoi poteri», adottando «un provvedimento articolato che ha privilegiato la massima convergenza anziché nette prese di posizione», ma «è evidente che ci vuole la legge»²⁸. È stato sostenuto in modo critico che «così come sono state approvate, le linee guida licenziate dal Consiglio superiore della Magistratura in materia di intercettazioni non servono praticamente a nulla, non costituiranno affatto un argine al loro utilizzo e alla loro diffusione, e insomma lasceranno tutto com'è adesso»²⁹.

Ad avviso di chi scrive, questa delibera presenta almeno due aspetti positivi che vanno rimarcati.

In primo luogo, suggerisce **pratiche che possono essere effettivamente applicate nell'attuale processo penale**. Sovente, infatti, deliberazioni di questo genere si presentano astratte ed impraticabili. In questo caso, invece, si raccomandano azioni ispirate da interpretazioni di buon senso e ragionevoli, che appaiono agevolmente calabili nella realtà giudiziaria, anche perché se ne valuta la sostenibilità dal punto di vista organizzativo.

In secondo luogo, l'organo di autogoverno della Magistratura sottolinea che **per un uso equilibrato delle intercettazioni è necessario il contributo di tutte le parti del procedimento**. Quest'appello, che traspare dall'intera deliberazione, ma che è esplicitato nella parte finale della stessa, manifesta l'affidamento nella professionalità degli operatori del processo. Nessuna riforma, in particolare, potrà sostituire l'attività dei magistrati, cui è demandato, in una società complessa, il compito di procedere al necessario bilanciamento tra i diritti costituzionali che vengono in conflitto. In questa prospettiva il Consiglio Superiore sottolinea che «spetta al pubblico ministero ed al giudice – e non ad altri – valutare la rilevanza della conversazione contenente dati sensibili».

Anzi, su questo punto la delibera va oltre, ravvisando nel sistema la sussistenza di «un onere che potrebbe definirsi di “sobrietà contenutistica”» nella redazione dei provvedimenti giudiziari. Tale onere, che grava sul pubblico ministero, ma ancor più sul giudice (e, successivamente, sul tribunale), ha un fondamento deontologico, se non assurge al rango di vero dovere derivante dall'obbligo di correttezza e di lealtà nei confronti delle parti. Precisa, al riguardo, il Consiglio Superiore che «il rispetto dei diritti delle persone che compaiono negli atti delle indagini impone loro (ai Giudici ed ai pubblici ministeri) non solo di selezionare, nel materiale al proprio vaglio, quello effettivamente

²⁷ L. MILELLA, *Il CSM batte il Governo e anticipa la stretta sulle intercettazioni*, in La Repubblica, 28 luglio 2016.

²⁸ E. COSTA intervistato da A. CALITRI in *“Passo avanti, ma non basta. Ora servono regole chiare”*, Il Messaggero 30 luglio 2016.

²⁹ A. BARBANO, *“Intercettazioni: l'ultima presa in giro”*, in Il Mattino 30 luglio 2016, reperibile in rete all'indirizzo www.ilmattino.it/primopiano/politica/intercettazioni_1_ultima_presa_in_giro-1885409.html.

funzionale alla dimostrazione della sussistenza dei presupposti per l'applicazione di un provvedimento cautelare, ma anche di riportarlo con le forme, di volta in volta più opportune, in modo che le modalità espositive adottate non accentuino la lesione della riservatezza dei terzi estranei alle indagini, anche ricorrendo, se ritenuto opportuno e comunque funzionalmente adeguato, ad omissare riferimenti a cose o persone». Si tratta di affermazioni nette, che non sembra possano ritrovarsi nelle precedenti determinazioni dell'organo di autogoverno della Magistratura sul medesimo tema e che consentono alla delibera di sottrarsi alle critiche di chi ne afferma la scarsa incisività.