

LA NUOVA TUTELA DELLA *PRIVACY* OVVERO L'ASSAI SCADENTE TRADUZIONE GIURIDICA DI UN PROPONIMENTO CONDIVISIBILE ^(*)

di Glauco Giostra

SOMMARIO: 1. Anamnesi di una riforma. – 2. Le gravi carenze della normativa pre-riforma. – 3. L'incerta fisionomia della riforma. – 3.1. Una blanda bonifica preventiva. – 3.2. Il nuovo segreto e la sua problematica sinergia con il divieto di pubblicazione. – 3.3. Il neo-divieto di pubblicazione: una disposizione perentoria ma "scucita" dal sistema. – 3.3.1. Il problema della pubblicabilità degli atti che si avvalgono di conversazioni captate e non acquisite ai sensi dell'art. 114 comma 2-bis c.p.p. – 4. Una riforma da riformare. – 4.1. Alcune notazioni a futura memoria.

1. Anamnesi di una riforma.

Quasi mezzo secolo fa, la Corte costituzionale ebbe a precisarlo a chiare lettere: «nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute. Sebbene sia auspicabile che la legge predisponga un compiuto sistema – anche a garanzia di tutte le parti in causa – per l'eliminazione del materiale non pertinente, la legge processuale è già ispirata e dominata dal principio (connaturale alla finalità stessa del processo) secondo il quale non può essere acquisito agli atti se non il materiale probatorio rilevante per il giudizio». Aggiunse che l'applicazione di tale principio dovrebbe garantire la segretezza di tutte le comunicazioni telefoniche «che non siano rilevanti ai fini del relativo processo», poiché «violerebbe gravemente» gli artt. 2 e 15 della Costituzione «un sistema che, senza soddisfare gli interessi di giustizia, in funzione dei quali è consentita la limitazione della libertà e della segretezza delle comunicazioni, autorizzasse la divulgazione in pubblico dibattito [e *a fortiori* nei *media*: N.d.A.] del contenuto di comunicazioni telefoniche non pertinenti al processo»¹. Inascoltato dal legislatore del vigente c.p.p. – che sostanzialmente dedicò alla tutela della riservatezza un'asfittica disposizione destinata all'ineffettività (art. 269 comma 3 c.p.p.) – tale insegnamento lo rimase per altri trent'anni, durante i quali si sono puntualmente succeduti ad ogni legislatura conati di riforma, altrettanto puntualmente rivelatisi infruttuosi. Ma anche quando con la legge delega (legge 23 giugno 2017, n. 103) si è

(*) Contributo in corso di pubblicazione nel volume *Revisioni normative in tema di intercettazioni. Riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche riformate* (a cura di Glauco Giostra e Renzo Orlandi), Giappichelli editore.

¹ Così Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 316 s., con nota di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*.

imboccata la strada che avrebbe condotto all'attuale riforma, ci sono voluti per soprammercato ben altri tre anni di ripensamenti e rinvii prima che questa vedesse la luce. Seppure in tal modo si è aggiunto ritardo a ritardo, merita di essere sottolineato come le due lentezze abbiano causa e conseguenze diverse. La prima si iscrive nel consueto bradipsismo legislativo che colpisce i nostri decisori politici quando devono introdurre garanzie pur fondamentali per uno Stato di diritto (si pensi, ad esempio, al delitto di tortura; alla riforma penitenziaria; al testamento biologico; alle unioni civili), tanto più vistoso a fronte della felina prontezza con cui riducono garanzie o aumentano la risposta punitiva (per esempi emblematici, sin dalla etichettatura propagandistica, si pensi ai provvedimenti che nella vulgata mediatica sono andati sotto il nome di omicidio stradale, legittima difesa, legge spazzacorrotti, decreti sicurezza) quando tali opzioni appaiono elettoralmente redditizie. Opzioni di politica penale *applause oriented*².

L'exasperante lentezza che ha accompagnato la gestazione del nuovo assetto dei rapporti tra intercettazioni e tutela della riservatezza non ha invece a che fare con il c.d. populismo penale, ma con un "andazzo legislativo" piuttosto recente, su cui preme qui sia pur brevemente soffermarsi, perché incide non soltanto sui tempi, ma anche e soprattutto sulla qualità dell'elaborato normativo.

Negli ultimi anni è invalsa una tecnica di produzione legislativa *in progress*, come metodo per superare gli ostacoli dovuti alla natura controversa, delicata e complessa della materia da normare. Si esordisce mostrando un testo provvisorio e assicurando che la sua entrata in vigore è subordinata ad una migliore messa appunto, ad accordi tra le forze di maggioranza, al realizzarsi di determinate condizioni: un *ballon d'essai* che serve per sondare gli umori delle forze politiche e dell'opinione pubblica. Poi, sulla base delle pressioni, delle indicazioni, delle pretese, dei sondaggi si modella, spesso a più riprese, l'elaborato finale. Tipica di questa "miope lungimiranza" è la formula "salvo intese", con cui nei tempi recenti si accompagna il varo di provvedimenti del Consiglio dei ministri. A chi critica l'assenza di decisioni, si ostenta quella appena adottata, sia pure *salvo intese*; a chi critica la decisione, si fa osservare che la clausola sta proprio a significare che è migliorabile. Anche nel procedimento legislativo si va sciaguratamente affermando questo espediente: si licenzia un prodotto normativo, ma ne sono rivedibili contenuti e tempi di entrata in vigore.

La riforma della disciplina delle intercettazioni assurge ad esempio antologico di questa irresolutezza cronica, che ha propiziato – com'era prevedibile – non già una fruttuosa, sia pur tardiva, messa a punto del testo normativo in *stand by*, bensì uno stratificarsi di scelte compromissorie tra loro disarmoniche, quando non contraddittorie. Spesso, paradossalmente, improvvisate. Dalla "riforma Orlando" alla "riforma Bonafede" appena entrata in vigore abbiamo assistito al deprimente spettacolo di un testo che chiedeva con l'urgenza di continui decreti legge di ... non entrare in vigore: come se un arrancante tir pretendesse la via a scorrimento veloce per potersi fermare. Questo grottesco *stop and go* non ha inciso soltanto sui tempi di entrata in vigore della riforma: mentre sciabordava tra Governo e Parlamento il testo perdeva via via di coerenza e di

² Tra i molti e per tutti, cfr. M. DONINI, [Populismo penale e ruolo del giurista](#), in *Sist. pen.*, 7 settembre 2020, p. 2.

intelligibilità. Non che la “matrice” della riforma Orlando fosse soddisfacente, anzi, ma almeno vi si leggeva in filigrana un disegno, magari discutibile, ma sistematicamente plausibile.

Ora il prodotto finale risulta un inguardabile *patchwork* normativo, che talvolta ribadisce gli errori del testo iniziale, talaltra ne rimuove o snatura le soluzioni convincenti. Solo esemplificativamente: la riforma entrata in vigore mantiene l’errata disposizione secondo cui, caduto il segreto, «è sempre pubblicabile l’ordinanza cautelare», ignorando che si trattava (e si tratta) di una grossolana sgrammaticatura giuridica, poiché l’ordinanza cautelare non solo non era atto segreto nell’impianto originario del codice, ma neppure lo è diventato con la novella in commento. E per contro: l’impianto originario prevedeva una limpida configurazione del regime di segretezza dei risultati delle intercettazioni, che poi – a cascata – rimodulava il perimetro della divulgabilità degli stessi: rimanevano segrete, e quindi non divulgabili, tutte le conversazioni captate sino a quando non fossero state acquisite dal giudice della procedura di stralcio o dell’utilizzo in funzione cautelare³. Nella versione del testo entrato in vigore, a dispetto della stentorea perentorietà del nuovo comma 2-*bis* dell’art. 114 c.p.p. («è sempre vietata ...») i rapporti tra segreto e divieto di pubblicazione corrono lungo un confine indefinito, poco consoni alla delicatezza degli interessi in gioco: la disposizione, infatti, risulta essere un anacoluto normativo nella nuova sintassi codicistica.

Eppure, del proponimento riformistico erano e sono condivisibili ragioni ed obiettivi. La disciplina del segreto e della pubblicabilità degli atti del procedimento penale abbisognava di una rigorosa messa a punto, poiché l’assetto previgente riusciva a sacrificare pressoché totalmente il diritto alla riservatezza, senza apprestare adeguata tutela alle indagini e al diritto di cronaca⁴. Certo, sarebbe stata auspicabile una riconsiderazione complessiva delle modalità di espulsione dal procedimento della multiforme congerie di informazioni processualmente insignificanti che il legittimo uso dei moderni strumenti di indagine consente di inquadrare nel radar del procedimento penale⁵: strumenti come il captatore informatico, ad esempio, non si limitano più ad appoggiare l’orecchio sulle nostre conversazioni, ma introducono un occhio nel nostro domicilio informatico, in grado di rovistare tra la documentazione personale senza lasciare traccia. Ma è in materia di intercettazioni delle comunicazioni che il sistema ha denunciato le più acute criticità e, altrettanto indubbiamente, ogni riforma avrebbe dovuto affrontare in via prioritaria l’ineludibile nodo dei rapporti tra questo peculiare strumento di indagine, idrovora fonica che tutto inghiotte, e le garanzie da apprestare per evitare *vulnera* non indispensabili alla riservatezza.

Ebbene, se si ritorna alle gravi carenze dell’impianto codicistico nella materia *de qua*, ai possibili rimedi che si sarebbero potuti ipotizzare e alla soluzione apprestata dalla recente riforma, resta l’insoddisfazione profonda per l’occasione sprecata e l’amara

³ Sul punto, cfr. le nitide considerazioni di F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1385 s.

⁴ Cfr. § 2.

⁵ Per un cenno ulteriore a questo problema, v. § 4.

constatazione che dopo averla tanto attesa, bisognerebbe già – con sollecitudine – porre mano alla sua riforma⁶. Non servono particolari doti divinatorie per preconizzare un legislatore inerte ed una lenta, faticosa, disorganica risalita verso la razionalità ad opera della giurisprudenza, anche costituzionale.

2. Le gravi carenze della normativa pre-riforma.

Salvo quanto previsto dal già richiamato art. 269 comma 3 c.p.p., nella normativa codicistica previgente la riservatezza dei soggetti coinvolti nelle intercettazioni telefoniche riceveva, per così dire, una “tutela derivata”: aveva, cioè, l’ampiezza e i limiti del segreto investigativo e del correlato divieto di pubblicazione, deputati alla salvaguardia dell’efficacia delle indagini e della verginità cognitiva del giudice del dibattimento⁷. Questi, in sintesi, i limiti degli “scudi” normativi dietro cui poteva trovare (assai parziale) riparo la vita privata dei collocatori o dei soggetti da questi evocati:

a) nella disciplina della segretezza degli atti vi era una macroscopica carenza, da tempo inutilmente segnalata dalla dottrina: gli atti coperti dal segreto, infatti, a norma dell’art. 329 c.p.p. erano soltanto «gli atti di indagine compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero». La previsione dell’art. 329 c.p.p. costituiva una grave smagliatura del tessuto normativo, perché non prevedeva che fossero segreti atti non di indagine della p.g. (ad esempio, la c.d. informativa) e del pubblico ministero (ad esempio, l’informazione di garanzia, la richiesta di una misura cautelare) e gli atti del giudice (ad esempio, l’ordinanza cautelare, l’ordinanza che autorizza il prelievo coattivo di campioni biologici). Si trattava, peraltro, di una smagliatura non rammendabile a livello interpretativo, costituendo l’art. 329 c.p.p. il contenuto precettivo di norme penali (artt. 326, 379-*bis* e 684 c.p.) e, in quanto tale, insuscettibile di applicazione analogica.

Il problema investiva anche la tematica delle intercettazioni, poiché, sia la richiesta del pubblico ministero al giudice per essere autorizzato a disporle, sia l’ordinanza con cui il giudice le autorizzava non erano, incredibilmente, coperte da segreto: la prima, in quanto atto non di indagine, la seconda in quanto – anche a volerla considerare tale – atto non della polizia giudiziaria, né del pubblico ministero. Lacuna particolarmente clamorosa, questa, riguardando un’operazione investigativa che fonda sul carattere occulto e sul fattore sorpresa la sua efficacia;

b) i contenuti dei colloqui riservati finiti nella rete a strascico delle intercettazioni erano soggetti al regime ordinario di conoscibilità degli atti di indagine: il segreto cadeva quando la difesa poteva averne conoscenza e con esso veniva meno anche il divieto di pubblicarne il contenuto. Questa regola, sostanzialmente accettabile per gli altri atti di indagine, aveva un effetto dirompente nel caso di specie. Il momento in cui le risultanze

⁶ V. § 4.

⁷ Come sintetizza con efficacia F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1386, il limite di fondo della disciplina codicistica era quello di «far dipendere la tutela della *privacy* di chi fosse stato gratuitamente coinvolto nelle attività captative» da un regime di comunicabilità «degli atti investigativi che era calibrato su esigenze di tutt’altra natura».

delle intercettazioni venivano partecipate alla difesa coincideva infatti con il deposito delle registrazioni in vista del contraddittorio dinanzi al giudice chiamato ad operare una selezione in ragione della loro rilevanza per l'accertamento dei fatti. Il legislatore non aveva considerato, tuttavia, che l'intercettazione, a differenza di ogni altro atto di indagine, è una sorta di potente calamita che cattura le "limature vocali" della più varia quotidianità, raramente significative per il processo. Quando, con il deposito delle registrazioni, il segreto e il divieto assoluto di pubblicazione cadevano, tutto diveniva legittimamente divulgabile, almeno nel contenuto, prima che il giudice avesse potuto operare la dialisi. La pubblicazione delle conversazioni ascoltate costituiva pertanto il più consistente immisario, nel bacino dei mass media, di notizie processualmente irrilevanti, spesso lesive della riservatezza e della reputazione delle persone.

Il sistema era in aperto contrasto con il principio – enunciato dalla Corte costituzionale sin dalla sua risalente giurisprudenza – secondo cui deve essere garantita la segretezza delle intercettazioni non pertinenti al processo, principio «essenziale per la puntuale osservanza degli artt. 2 e 15 della Costituzione»⁸.

Si aggiunga poi che, per una prassi deprecabile, ma non illecita, l'ordinanza cautelare – atto non segreto e quindi pubblicabile – rappresentava spesso un formidabile "vettore" di notizie processualmente irrilevanti, spesso lesive della riservatezza e della reputazione delle persone: vi erano troppo spesso riportate, infatti, anche conversazioni assolutamente inutili per l'accertamento del fatto, che il pubblico ministero, non meno deprecabilmente, poneva sovente alla base della richiesta, assecondando sbrigativi e indistinti "sversamenti" del materiale captato da parte della polizia giudiziaria;

c) a fronte di questo tumultuoso tracimare di notizie, spesso processualmente irrilevanti, dal grande bacino delle captazioni, al soggetto interessato non era dato efficace strumento per mettere al riparo le notizie riguardanti la sua vita privata, processualmente ininfluenti. Più esattamente, disponeva in astratto del risolutivo potere di chiedere «la distruzione delle registrazioni non acquisite» (art. 269 comma 2 c.p.p.), ma molto raramente, se era soggetto estraneo al procedimento, era messo nella condizione di servirsene: l'interessato estraneo al procedimento, infatti, è quasi sempre ignaro del fatto che notizie riguardanti la sua vita privata sono rimaste impigliate nella rete dell'intercettazione. Quando ne viene a conoscenza – in genere, per via giornalistica – è troppo tardi: ottenere la distruzione sarebbe rimedio inutile, se non talvolta mediaticamente controproducente. Il meccanismo di tutela potrebbe avere una sua effettività, se – come pure era previsto in un progetto di riforma – fosse previsto un dovere del pubblico ministero di informare tutti "i malcapitati". Ma sarebbe soluzione "praticamente impraticabile"⁹.

⁸ Ancora Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34.

⁹ In questo senso si muoveva il progetto di legge Mastella, nel lontano 2006. Sul punto v. le lucide e sempre attuali considerazioni di V. GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale. 5-7 ottobre 2007*, Giuffrè, 2009, p. 52. Per un approccio più realistico, cfr. S. RENZETTI, *Una riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e "soft law"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 4 aprile 2018, p. 66 s.

Questo, in estrema sintesi, il quadro normativo e lo stato della prassi, su cui la riforma era destinata ad incidere nella prospettiva di una più adeguata tutela della *privacy* a fronte della intercettazione delle conversazioni. Nessuno dei problemi indicati è stato ignorato dal legislatore¹⁰. A nessuno è stata data una risposta pienamente convincente.

3. L'incerta fisionomia della riforma.

Due sole cose si possono apprezzare con certezza del nuovo assetto normativo: l'intendimento di predisporre una speciale tutela per la riservatezza dei soggetti coinvolti nelle intercettazioni e la consapevolezza che la sua realizzazione non poteva non passare attraverso la predisposizione di una disciplina *ad hoc* in ordine al regime di segretezza delle intercettazioni rispetto a quello ordinario previsto per tutti gli altri atti. Il legislatore mostra di aver chiaro l'obbiettivo del suo intervento: non una generica riduzione quantitativa della circolazione delle notizie attinte dall'attività intercettativa, ma un selettivo oscuramento mediatico di tutte quelle processualmente insignificanti. Condivisibilmente, quindi, non ha mai preso in considerazione l'idea di ricorrere al rimedio – pur politicamente più volte proposto – di restringere il perimetro applicativo delle intercettazioni per ridurre la propalazione dei colloqui captati. Nessuno nega che l'ipertrofico ricorso a tale strumento amplifica significativamente in termini quantitativi il problema della tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti. Ma il fenomeno non va contrastato precludendo la possibilità di avvalersi di questo prezioso strumento investigativo per l'accertamento di alcuni gravi reati¹¹, bensì rispettando il criterio di *extrema ratio* imposto dall'art. 267 c.p.p. Troppo spesso nella prassi giudiziaria, invece, nel richiedere e nell'autorizzare l'uso delle intercettazioni ci si preoccupa di verificare non già se nel caso di specie risultano «assolutamente indispensabili», cioè infungibili, come esige la norma, bensì “se possono tornare eventualmente utili”, come suggerisce

¹⁰ Per la verità, l'art. 269 comma 2 c.p.p. che si ripropone velleitariamente, come abbiamo visto, di tutelare la *privacy* del terzo quando è violata senza alcuna necessità processuale, è rimasto immutato, ma il legislatore nel suo tortuoso cammino non ha mancato di occuparsene. Nella “riforma Orlando” il diritto alla distruzione del terzo non concerneva più la documentazione *non necessaria per il procedimento*, ma le *registrazioni non acquisite*, suscitando non poche e non trascurabili perplessità (cfr. G. PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. cont.*, 2018 (1), p. 188 s.; P. RIVELLO, *Il procedimento acquisitivo delle intercettazioni e l'archivio riservato presso il pubblico ministero*, in O. MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Giappichelli, 2018, p. 97). La “riforma Bonafede”, questa volta opportunamente, ha abbandonato una tale soluzione che verosimilmente, senza molto aggiungere in termini di tutela, di molto avrebbe accresciuto il rischio di perdere materiale probatorio potenzialmente rilevante.

¹¹ Sempre che, per contro, si riservi l'uso delle intercettazioni – specie se eseguite attraverso strumenti di una pervasività difficilmente controllabile (come, ad esempio, il *trojan horse*) – all'accertamento dei fatti di reato più gravi o per il cui accertamento non si può prescindere dalla peculiare efficacia del mezzo; non già, come purtroppo spesso avviene, per ostentare demagogicamente una guerra senza quartiere a comportamenti devianti particolarmente invisibili all'opinione pubblica (cfr., ad esempio, la legge 9 gennaio 2019, n. 3, mediaticamente ed emblematicamente battezzata legge *spazzacorrotti*).

una certa accidia investigativa¹². Sarebbe altresì auspicabile un atteggiamento meno tollerante in ordine alla tendenza delle procure della Repubblica ad enfatizzare strumentalmente l’embrione imputativo, soprattutto adombrando il possibile prefigurarsi del reato associativo, per lucrare più facilmente un’autorizzazione ad intercettare¹³. Su questi piani, tuttavia, è dalla giurisprudenza che ci si deve attendere una meno corriva interpretazione dei presupposti: il legislatore, locuzione più stringente non potrebbe usare; anzi, quell’*assolutamente*, di per sé pleonastico, tradisce ad un tempo una sorta di “presentimento” in ordine a certo lassismo applicativo e una ingenua fiducia nell’efficacia pedagogica dell’avverbio.

Il “taglio” perseguito dal legislatore è stato dunque, opportunamente, di tipo qualitativo: depurare dal divulgabile tutto ciò che non ha a che fare con l’accertamento dei fatti per il quale è stato autorizzato l’occulto accesso nel domicilio della parola dei cittadini.

Astrattamente, in vista di questo obiettivo si può intervenire “a monte”, evitando che resti traccia documentale dell’ascoltato processualmente irrilevante, oppure “a valle”, impedendo che fuoriesca dalle carte processuali ciò che per il processo non serve o non vale. Il legislatore ha scelto di battere entrambe le vie, ma la prima – in teoria la più risolutiva – in concreto sarebbe proficuamente praticabile solo a due irrealizzabili condizioni: che all’ascolto ci sia un giudice e che abbia gli elementi per procedere alla dialisi *illico et immediate*. Altrimenti, dovrebbero essere talmente tanti e a più riprese i soggetti chiamati vuoi a selezionare, vuoi a controllare, vuoi eventualmente a ridefinire l’avvenuta selezione che sicuramente il gravoso impegno da sopportare in termini operativi non varrebbe il risultato conseguibile. Le critiche ricevute dalla scelta operata dalla Delega del 2017 e realizzata dalla “riforma Orlando”, di affidare ad un’azione congiunta della polizia giudiziaria e del pubblico ministero la prima scrematura, avrebbero dovuto dissuadere il legislatore dall’insistere. Come vedremo, invece, si è scelto di mantenere un blando meccanismo di filtro preliminare che non solo non riuscirà a garantire risultati apprezzabili, ma potrà generare incertezze e problemi.

È soprattutto sui meccanismi “a valle”, tuttavia, che il legislatore ha fatto giustamente affidamento, manovrando le paratie del segreto e del divieto di pubblicazione degli atti. La soluzione più semplice e più efficace sarebbe stata quella di spostare il confine del segreto sino alla cernita del materiale captato e di prevedere che venga meno – e con esso, di conserva, il divieto di pubblicazione – soltanto con riguardo alle conversazioni processualmente rilevanti. In tal modo alle conversazioni irrilevanti sarebbe stata assicurata, senza soluzione di continuità, una doppia cinta di protezione: obbligo del segreto e correlativo divieto di pubblicazione. In tale direzione era inizialmente orientata la “riforma Orlando”, ma poi il legislatore, forse per non smentire

¹²Qualcosa di simile accade sempre più di frequente in campo sanitario, quando si prescrivono con crescente disinvoltura accertamenti dispendiosi, invasivi e persino dannosi (si pensi, ad esempio, alla TAC) laddove si potrebbe indagare con una più attenta valutazione clinica e incrociando esami molto più semplici, mirati e innocui.

¹³Sul tema, cfr. V. MAFFEO, *Tempi e nomina iuris nelle indagini preliminari. L’incertezza del controllo*, Cacucci, 2020, p. 122 s.

Flaiano, secondo cui in Italia tra due punti la via più breve è sempre l'arabesco, è intervenuto in maniera disomogenea sia sulla disciplina del segreto, che su quella del divieto di pubblicazione, creando disallineamenti di cui si fa fatica a comprendere la necessità, talvolta persino il senso.

La "porta" che dovrebbe lasciare uscire dal processo le sole informazioni rilevanti, ruota su due cardini malmessi e disallineati: per il primo, «non sono coperti dal segreto solo i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo di cui all'articolo 373 comma 5 o comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari» (art. 269 comma 1 c.p.p.); per il secondo, «è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268, 415-bis o 454» (art. 114 comma 2-bis c.p.p.)¹⁴.

L'impressione è che le due norme, che dovrebbero obbedire ad una nitida complementarità, facciano fatica a "parlarsi", anche per il fatto che termini e locuzioni vi sono usati con disinvoltata approssimazione.

Paradossalmente, tuttavia, proprio la formulazione tecnicamente approssimativa e spesso polisemica offre all'interprete qualche margine per tentare di ricondurre a razionalità e coerenza il sistema, ma si tratta – nella migliore delle ipotesi – di una chiave di lettura comunque opinabile. Con tali premesse non è difficile prevedere una giurisprudenza ondivaga e "a macchia di leopardo": esattamente il contrario di ciò di cui vi sarebbe bisogno quando ci si trova, come in questo caso, al crocevia di interessi primari da contemperare (accertamento penale, informazione, riservatezza, diritto di difesa).

3.1. *Una blanda bonifica preventiva.*

Probabilmente risospinto indietro dalle tante critiche che i primi commentatori hanno riservato all'idea di affidare alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero l'estromissione dai verbali del processualmente inutile, il legislatore ha fatto retromarcia, abbandonando l'estenuante e inaffidabile procedimento delineato dai commi 2-bis e 2-ter dell'art. 268 nella versione del 2017. Ma nel lasciare quel terreno infido ha forse pensato che valeva comunque la pena provare a depurare sin dall'inizio le carte del captato almeno da ciò che offende l'individuo senza servire al processo, evitando che vi siano inutilmente riportate «espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge». Sacrosanto ancora una volta l'obbiettivo, quantomeno ingenuo il meccanismo apprestato per perseguirlo. Tralasciamo la grossolana ambiguità del riferimento alle "espressioni": nasce il dubbio, ad esempio, che il legislatore abbia inteso espungere non le conversazioni aventi ad oggetto dati processualmente ininfluenti e lesivi della reputazione, bensì le modalità comunicative di per sé offensive, quasi che espressioni *politically correct*, ma contenenti

¹⁴Sulle procedure di acquisizione cfr. C. GABRIELLI, parte I, cap. I, § 5 e § 7.

informazioni gravemente pregiudizievoli per la reputazione, ancorché non rilevanti, possano essere riportate¹⁵.

A voler anticipare un giudizio d'insieme, il limite della soluzione apprestata è che non riesce assolutamente a garantire una rigorosa bonifica dei brogliacci, potendo nel contempo dar luogo a preoccupanti inconvenienti, quando non ad abusi.

La polizia giudiziaria, in base alle indicazioni del pubblico ministero viene chiamata ad una duplice valutazione in ordine ad ogni singola comunicazione captata: il suo grado di "sensibilità" e la sua rilevanza. Ammesso che riesca a svolgere, nell'inevitabile affanno investigativo, la non facile valutazione del primo tipo, non sarà spesso in grado di stimare la rilevanza dei singoli dati, che non possono essere apprezzati come fotogrammi isolati dal resto, essendo destinati ad assumere o perdere significatività investigativa con il progredire delle indagini e delle stesse intercettazioni. Dal fisiologico e consistente margine di errore possono derivare pregiudizi significativi per la riservatezza (dati sensibili non valutati tali o valutati erroneamente rilevanti) ovvero per la difesa (dati erroneamente valutati sensibili e irrilevanti). Soprattutto in questo secondo caso un elemento conoscitivo fuoriesce dall'orbita del procedimento per essere risucchiato nel buco nero, spesso realisticamente insondabile, delle sole registrazioni. È vero che il nuovo comma 2-bis dell'art. 268 c.p.p. attribuisce al pubblico ministero un potere di vigilanza, ma anche la sua supervisione non può tranquillizzare. A parte che stando alla lettera della disposizione sembrerebbe esercitabile soltanto per espungere ciò che è stato indebitamente trascritto e non per ripristinare ciò che è stato indebitamente omesso, ma la norma trascura anche di precisare a quale contenuto informativo minimo sia tenuta la polizia per rendere concretamente esperibile il controllo del magistrato. E comunque, pur volendo riconoscere al pubblico ministero il potere di recuperare l'impropriamente omesso; pur volendo presumere che nella sua direttiva sia sempre contenuta e nella pratica rispettata anche la prescrizione di riferirgli gli estremi delle conversazioni che la polizia giudiziaria abbia ritenuto di espungere (almeno data, interlocutori, oggetto); pur volendo presumere che gli inquirenti resistano alla tentazione di estromettere, sotto l'alibi della tutela dei terzi, ciò che collide con l'impostazione dell'accusa, resta, ineliminabile, la possibilità che la polizia giudiziaria prima e il pubblico ministero poi non abbiano alcuna consapevolezza della rilevanza che un certo dato offensivo o sensibile potrebbe rivestire per la difesa e lo espungano legittimamente dal trascritto, di fatto sostanzialmente sottraendolo al sapere difensivo. Di qui la necessità che il difensore sia messo in condizione di verificare che non vi siano elisioni pregiudizievoli per l'accusato e di pretendere l'intervento di un giudice per il ripristino delle conversazioni omissate.

Troppe le variabili applicative cui questa disposizione grossolanamente abbozzata resta imprudentemente esposta. Non resta che monitorare le prassi e la giurisprudenza. Ma una considerazione possiamo anticiparla sin d'ora.

¹⁵Con felice espressione, S. RENZETTI, parte I, cap. v, § 2, parla di «brogliaccio educato», esprimendo considerazioni critiche non dissimili da quelle svolte in testo.

Se la polizia giudiziaria potrà espungere conversazioni dai brogliacci senza rendere adeguatamente conto al pubblico ministero di quanto censurato; se al pubblico ministero non sarà concesso di rimuovere gli *omissis* ripristinando le espressioni elise; se al difensore non verrà riconosciuto il potere di chiedere al giudice di togliere brani presenti nei brogliacci e, soprattutto, di reinserire quelli estromessi; se un giudice non potrà pretendere che siano verbalizzate le conversazioni ingiustificatamente eliminate, avremmo una “norma vivente” anche costituzionalmente censurabile. Ma, ove queste condizioni dovessero essere rispettate dalla giurisprudenza prevalente, non avremmo altro che un sostanziale ritorno alla defatigante e pressoché unanimemente criticata disciplina prefigurata dalla delega del 2017. Con l’aggravante che affidare l’integrazione delle vistose lacune dell’attuale disciplina al diritto pretorio vorrebbe dire rassegnarsi a registrare in questa delicatissima materia un disdicevole federalismo giudiziario.

La sensazione è che il legislatore del 2017, una volta varcato il confine del realismo procedimentale, si fosse inoltrato con coerenza e sino in fondo su un terreno infruttuosamente impegnativo; mentre il legislatore del 2020, abbia compiuto un timido passo oltre quel confine e accortosi dell’*hic sunt leones* abbia pilatescamente lasciato agli interpreti e agli attori del processo il compito di andare avanti in quell’insidiosa direzione.

3.2. Il nuovo segreto e la sua problematica sinergia con il divieto di pubblicazione.

La riforma ha esteso i confini oggettivi e temporali del segreto in materia di intercettazioni. Preliminarmente, merita comunque di essere ricordato che, su un piano più generale, il legislatore ha opportunamente provveduto ad ampliare il novero degli atti coperti da segreto. Nell’impianto originario del codice lo erano soltanto «gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria» (art. 329 c.p.p. pre-riforma). Restavano inopinatamente fuori, come abbiamo ricordato, gli *atti non di indagine* compiuti da questi soggetti e gli *atti del giudice*. L’intervento novellistico ha provvidenzialmente esteso l’ambito applicativo, comprendendovi anche «le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste». Intervento senza dubbio migliorativo, ma incompiuto: si sarebbe dovuto prevedere che sono coperte da segreto anche la richiesta di misura cautelare e l’ordinanza con cui il giudice provvede su tale richiesta. Omissione aggravata dall’improvvida interpolazione additiva del comma 2 dell’art. 114 c.p.p., alla cui stregua l’ordinanza cautelare sarebbe l’unica tra «gli atti non più coperti da segreto» ad essere pubblicabile: una vistosa sgrammaticatura giuridica¹⁶.

¹⁶L’ordinanza cautelare non essendo né atto di indagine, né atto della polizia giudiziaria o del pubblico ministero è, per così dire, a doppio titolo non annoverabile tra gli atti segreti. Avere voluto precisare, interpolando il secondo comma dell’art. 114 c.p.p. dedicato agli *atti non più segreti*, che di questi non subisce il regime, è un fuor d’opera e, come tutte le norme inutili, fonte soltanto di fuorvianti deduzioni. Semmai sarebbe stato importante disporre che l’ordinanza cautelare debba rimanere segreta sino a quando non viene eseguita o notificata (F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1411 ss.).

Comunque, per quel che qui rileva, sono oggi coperte dal segreto «sino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza» (art. 329 comma 1 c.p.p.) anche la richiesta di autorizzazione alle intercettazioni o alla proroga delle stesse e il provvedimento del giudice che si pronuncia su di essa. Per la verità, l'art. 269 comma 1 c.p.p. stabilisce ora che «i verbali e le registrazioni, e ogni altro atto *ad esse relativo*» sono destinati a restare segreti, salvo eccezioni riguardanti peraltro i verbali e le registrazioni. Si potrebbe anche pensare, quindi, di ricondurre le richieste del pubblico ministero e i provvedimenti del giudice nella fumosa locuzione «e ogni altro atto»¹⁷. Seguendo questa linea esegetica, richiesta e decreto di autorizzazione sarebbero destinati a rimanere per sempre segreti. Non sembra strada percorribile. La norma parla di «ogni altro atto *ad esse relativo*»; relativo, cioè, alle registrazioni: sarebbe difficile sostenere che un decreto di proroga, ad esempio, sia un atto relativo alle registrazioni. Anche su un piano sistematico, peraltro, assoggettare per sempre le richieste del pubblico ministero e i decreti al segreto e, di conseguenza, al divieto di pubblicazione non sarebbe plausibile, trattandosi tra l'altro di atti da cui dipendono la legittimità e l'utilizzabilità delle comunicazioni captate, e quindi la validità delle decisioni che su di esse si fondano.

Ma la novità più significativa riguarda l'inequivoca e condivisibile volontà legislativa di dedicare una disciplina speciale, diversa da quella riservata a tutti gli altri atti di indagine, alla circolazione extraprocessuale delle conversazioni captate. Invertendo il rapporto regola-eccezione sino ad ora seguito dal codice, l'art. 269 c.p.p. non precisa ciò che è segreto e sino a quando, ma stabilisce che «non sono coperti da segreto solo i verbali e le registrazioni (...) acquisite al fascicolo di cui all'art. 373 comma 5 o comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari»: periodo normativo che non brilla né in grammatica italiana, né in sintassi giuridica. «Acquisite», al femminile, dovrebbe significare che i verbali acquisiti restano segreti; «utilizzati», al maschile dopo l'uso del femminile, dovrebbe significare che le registrazioni utilizzate restano segrete. Conclusioni prive di senso. Meglio prendere atto che quella del corretto uso della lingua italiana non è preoccupazione che assilli il nostro legislatore: a non essere coperti da segreto sono sia i verbali che le registrazioni acquisiti o utilizzati nei termini indicati. Termini, peraltro, tutt'altro che perspicui.

Se il riferimento all'utilizzazione nel corso delle indagini preliminari – che pur non si segnala per rigore connotativo¹⁸ – non dovrebbe suscitare insormontabili problemi

¹⁷ G. CASCINI, parte I, cap. VIII.2.

¹⁸ Verosimilmente il legislatore dovrebbe avere fatto riferimento alla sola utilizzazione *nel corso delle indagini preliminari* sull'erronea convinzione che a conclusione di queste sarebbe dovuta sempre intervenire una selezione (art. 415-bis c.p.p.). Convinzione fallace, come vedremo al paragrafo successivo, perché vi sono itinerari procedurali che prescindono da qualsiasi momento selettivo. Ma quand'anche alla fine delle indagini si sia svolta la cernita richiesta dell'art. 415-bis c.p.p. riesce difficile negare che la successiva utilizzazione di una intercettazione ritenuta irrilevante in quella sede non faccia venir meno il segreto. D'altra parte, simile occorrenza non si differenzerebbe in nulla da quella di un utilizzo nel corso delle indagini di una intercettazione originariamente scartata *ex art.* 268 c.p.p. Eppure nessuno dubiterebbe, in tal caso, della caduta del segreto. Dovremmo quindi ritenere che a norma dell'art. 269 c.p.p. il segreto con riguardo alle intercettazioni non acquisite viene meno in tutte le ipotesi in cui atti del procedimento le utilizzano.

interpretativi, alludendo alle intercettazioni che non sono più coperte dal segreto perché di esse ci si è avvalsi per motivare atti o provvedimenti, far coincidere l'altra *dead line* della segretezza con l'acquisizione «al fascicolo di cui all'art. 373 comma 5» c.p.p. addensa sull'orizzonte esegetico una preoccupante foschia. L'espressione normativa aveva significato inequivoco nell'impianto della "riforma Orlando", nel quale la procedura acquisitiva era puntualmente disciplinata¹⁹; ha un significato ambiguo, nel testo entrato in vigore. Più in generale, è il rapporto tra segreto e divieto di pubblicazione – che dovrebbero esercitare un'azione complementare e sinergica – a risultare fortemente ambiguo, al punto che qualificatissima dottrina è attestata su ricostruzioni significativamente divaricate del nuovo assetto normativo.

Secondo un primo orientamento il legislatore del 2020 avrebbe mandato in fumo un significativo progresso fatto segnare dall'impianto del d.lgs. n. 216 del 2017: «la permanenza del segreto sulle comunicazioni intercettate dopo la *discovery* in favore della difesa e fino alla conclusione della procedura selettiva»²⁰. Il legislatore odierno, infatti, non solo ha fatto cadere «tutte le previsioni normative che, nel testo del decreto legislativo, alludevano alla persistenza del segreto processuale successivamente al deposito», ma, nel prevedere con il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 114 c.p.p. il divieto assoluto di pubblicazione per le intercettazioni che non siano state acquisite a norma degli artt. 268, 415-*bis* o 454 c.p.p., «conferma che tali intercettazioni, benché non acquisite, non sono più atti coperti da segreto, dal momento che, in caso contrario, sarebbe bastato l'art. 114 comma 1 c.p.p. a vietare la pubblicazione, anche parziale, del loro contenuto»²¹. La riservatezza delle comunicazioni captate subirebbe, in questa chiave di lettura, una tutela asincronica: dopo il deposito non sarebbero più segrete, sebbene non ancora pubblicabili.

Nitido percorso argomentativo, cui possono muoversi poche obiezioni. Flebile, ma non irrilevante, quella relativa alla *voluntas legislatoris*, quale emerge dagli scarsi e rapsodici lavori parlamentari, decisamente di segno contrario²², nel senso che con la riformulazione dell'art. 269 c.p.p. si sarebbe proprio inteso ripristinare l'originaria protrazione del segreto sino all'udienza "stralcio". Notazione, cui si potrebbe aggiungere, per quel che vale con un legislatore tanto corrivo, che altrimenti non ci sarebbe stato bisogno di modificare l'art. 269 c.p.p.: il segreto sarebbe caduto comunque al momento del deposito, secondo la regola generale di cui all'art. 329 c.p.p. Meno trascurabile la considerazione secondo cui, una volta riferita la locuzione «acquisite al fascicolo di cui all'art. 373 comma 5» c.p.p. alle intercettazioni depositate, resta difficile

¹⁹ Cfr., per tutti, C. GABRIELLI, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni rilevanti*, in G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, 2018, p. 16 ss.

²⁰ F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1385. Dello stesso avviso, S. RENZETTI, parte I, cap. 5, § 3.

²¹ Ancora F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1409; S. RENZETTI, parte I, cap. V, § 3. Parla di «vistosa distonia», pur non desumendone le stesse conclusioni, G. SANTALUCIA, [Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni](#), in *Sist. pen.*, 2020 (1), p. 57.

²² Non particolarmente motivata, ma in equivoca, l'affermazione dell'on. Sarti, secondo la quale con la riformulazione dell'art. 269 comma 1 c.p.p., si sarebbe «sostanzialmente ripristinato il contenuto della riforma Orlando» (*Camera dei deputati, Commissione Giustizia, Sede referente, seduta del 21 febbraio 2020*).

dare significato sistematicamente plausibile alla successiva acquisizione, appunto, di alcune di queste a norma degli artt. 268, 415-*bis* o 454 c.p.p.: si profilerebbe una sorta di acquisizione al quadrato, con la conseguenza poi che ad essere stralciate sarebbero intercettazioni irrilevanti sì, ma già acquisite a seguito del deposito.

Secondo altro orientamento dottrinale, che su questo punto ci sembra di poter condividere, la locuzione «acquisite al fascicolo di cui all’art. 373 comma 5» andrebbe letta come se fosse scritta «acquisite a norma degli articoli 268, 415-*bis* o 454»: in sostanza, segreto e divieto di pubblicazione starebbero e cadrebbero insieme con l’acquisizione²³. In questa prospettiva, un disallineamento tra regime di segretezza e divieto di pubblicazione si verificherebbe soltanto quando intercettazioni ancora non acquisite siano utilizzate in atti di indagine: in tal caso, mentre rispetto ad esse cadrebbe il segreto – come chiarisce l’art. 269 c.p.p. – resterebbe operante il divieto di pubblicazione, che vedrebbe in tal modo giustificata la sua espressa enunciazione nel nuovo comma 2-*bis* dell’art. 114 c.p.p.

Ma è sui confini operativi di tale divieto che incontriamo difficoltà a seguire sino in fondo questa ricostruzione del sistema. Si sostiene, infatti, operando beninteso una lettura formalmente non priva di fondamento, che, essendosi il nuovo comma 2-*bis* dell’art. 114 c.p.p. spinto «sino al punto di prescrivere» che le conversazioni non ancora acquisite «non potranno essere pubblicate, né nella loro testualità, né nel loro contenuto», dovrebbe considerarsi proibita anche la pubblicazione dei passaggi di conversazione richiamati nella motivazione di altri atti²⁴. Così, ad esempio, se intercettazioni che non hanno ancora passato la “dogana” dello stralcio venissero utilizzate per motivare un’ordinanza di custodia cautelare il testo dell’ordinanza «andrà ripulito dai brani intercettati e questi non potranno essere riferiti neanche indirettamente»²⁵. Probabilmente si tratta – ne conviene anche chi propugna questa linea interpretativa – di una scelta sbilanciata eccessivamente a tutela della riservatezza²⁶;

²³M. GIALUZ, *Segreto a tutela della riservatezza e divieto speciale di pubblicazione delle intercettazioni*, in ID. (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, in *Diritto di internet*, 2020 (supplemento al fasc. 3), p. 61 ss.; A. CABIALE, *L’acquisizione delle intercettazioni con procedura di controllo giudiziale: ritorni al passato e nuove lacune*, *ivi*, p. 32 s.; con riferimento alla primigenia formulazione della riforma di cui al d.lgs. 30 dicembre 2019, n. 161, v. G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, *cit.*, p. 47 ss.

²⁴M. GIALUZ, *Segreto a tutela della riservatezza*, *cit.*, p. 71.

²⁵*Ibidem*. Stessa operazione potrebbe essere estesa, ovviamente, ad altri atti di indagine (decreto di perquisizione, decreto di proroga delle intercettazioni, ordinanza di prelievo coattivo, ecc.), anche se proprio con riguardo a quelli del procedimento cautelare vi sono due indizi normativi di segno contrario: gli artt. 291 comma 1-*ter* e 292 comma 2-*quater* c.p.p. pretendono dal pubblico ministero nella richiesta e dal giudice nell’ordinanza cautelare un rigoroso *self-restraint*, essendo tenuti ad inserire, rispettivamente, nella richiesta e nell’ordinanza «soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate». Accorgimento di scarsa giustificazione, se poi quanto vi viene utilizzato delle intercettazioni non acquisite non potrebbe comunque essere pubblicato. Coglie questa discrasia sistematica M. GIALUZ, *Segreto a tutela della riservatezza*, *cit.*, p. 71, il quale tuttavia ritiene che simili disposizioni vadano considerate “moncherini normativi” nello stratificarsi dei rimaneggiamenti legislativi. Non perfettamente in linea con la tesi in commento appare poi la determinazione con cui il legislatore – anche a costo di commettere uno strafalcione giuridico – ha voluto interpolare il secondo comma dell’art. 114 c.p.p. per precisare che proprio l’ordinanza cautelare non soffre nessuna delle limitazioni alla pubblicabilità imposte a tutti gli altri atti.

²⁶M. GIALUZ, *Segreto a tutela della riservatezza*, *cit.*, p. 71.

anche se – si fa osservare – la preoccupazione risulterebbe in qualche modo ridimensionata dal fatto che il sacrificio per l’informazione sarebbe temporalmente limitato, potendosi al più protrarre, qualora si sia *bypassato* l’appuntamento con l’art. 268 c.p.p., sino alla chiusura delle indagini, quando avverrà la selezione *ex art. 415-bis* c.p.p.²⁷. In realtà, questa selezione, anche a voler prescindere da casi patologici, potrebbe non svolgersi mai, come nel caso in cui il procedimento si concluda con l’archiviazione o con il patteggiamento nel corso delle indagini, oppure imbocchi la via del rito direttissimo. In tali casi l’esercizio del potere coercitivo, ove imperniato soprattutto su intercettazioni, resterebbe avvolto in una opacità democraticamente inaccettabile. Tanto più se si tiene conto che – sviluppando coerentemente questa impostazione – potrebbe non bastare neppure il successivo esperimento della procedura di stralcio. Infatti, «la situazione potrebbe in seguito mutare: ciò che è parso rilevante per l’applicazione della misura potrebbe non esserlo più in un momento successivo e meritare di restare nell’ombra»²⁸.

La verità è che, avendo il legislatore predisposto – come presto vedremo – procedure acquisitive insufficienti e scarsamente presidiate, non sono pochi i percorsi in cui queste difettano o in cui sono facilmente eludibili: pertanto, collegare al loro espletamento la possibilità di dare compiutamente conto delle ragioni alla base delle diverse decisioni processuali, pur essendo opzione interpretativa formalmente ineccepibile, rischia di offrire una visione scotomizzata delle ragioni della giustizia, anche difficilmente difendibile da un punto di vista costituzionale.

Sebbene solidamente motivati, entrambi gli orientamenti, quindi, presentano controindicazioni, così da indurre ad esplorare un terzo sentiero esegetico, dopo aver cercato di mettere meglio a fuoco la portata del nuovo divieto di pubblicazione. Ma, lo si vuole premettere, non ci accompagna certo la convinzione di riuscire a individuare una via aurea, esente da passaggi precari e da severe strettoie. Di fronte ad un provvedimento legislativo tanto complesso, quanto raffazzonato, e per di più frutto di stratificati e incoerenti interventi durante la sua gestazione, l’interprete non può velleitariamente ambire a ricomporre in un disegno organico e privo di sbavature ogni tessera normativa che un legislatore volubile e irriflessivo ha disegnato in modo spesso convulso. Deve rassegnarsi a cercare, tra le letture ermeneuticamente plausibili, quella più in linea con la *intentio legis* e che meno espone il sistema a torsioni o a disfunzioni: insomma, nell’ambito del semanticamente consentito, va perseguita la riduzione del danno.

3.3. *Il neo-divieto di pubblicazione: una disposizione perentoria, ma “scucita” dal sistema.*

Proviamo, anzitutto, a esaminare più da vicino il nuovo, e più volte richiamato, comma 2-*bis* dell’art. 114 c.p.p., alla cui stregua «è sempre vietata la pubblicazione, anche

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ A. CABIALE, *L’acquisizione delle intercettazioni*, cit., p. 42.

parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268, 415-*bis* o 454».

Se anche le norme avessero un'indole, potremmo dire che questa tradisce un atteggiamento di ringhiosa, esibita intransigenza: sembra un pugno normativo sbattuto sul tavolo del processo per ostentare inflessibilità e rigore. Richiama un certo modo di far politica: ci si pavoneggia con proclami stentorei, interessati soltanto al loro impatto emotivo senza troppo preoccuparsi della loro praticabilità e delle conseguenze ove messi in pratica. Anche questa disposizione, infatti, esibisce una muscolarità di facciata, come rivela quel «sempre»: gli altri commi dell'articolo si limitano a dire, correttamente, «è vietata». Quale valore additivo possiamo attribuire all'espressione «è *sempre* vietata?»: è *più vietata* di altre pubblicazioni? Oppure si vuol strizzare l'occhio facendo intendere che negli altri casi qualche infrazione qua e là potrà essere tollerata? Naturalmente nulla di tutto ciò si può seriamente desumere da quell'inutile, perentorio avverbio²⁹.

Ma vi è un altro indizio dell'ansia legislativa di comunicare un divieto di estrema severità. Mentre i commi precedenti e successivi distinguono tra divieto di pubblicazione integrale o parziale dell'atto e divieto di pubblicarne anche soltanto il contenuto, la disposizione in esame opera una maldestra crasi, vietando direttamente ed esclusivamente *la pubblicazione anche parziale del contenuto*, cioè la meno grave delle forme di divulgazione. Come è stato impeccabilmente osservato, «è del tutto evidente però che, laddove venisse riferita solo al contenuto e non anche al testo, la norma risulterebbe irragionevole e paradossale»³⁰. Si tratta dunque di una «sineddoche normativa» con cui si è voluto soltanto esplicitare quello che è «senza dubbio il divieto più estensivo (ossia il divieto di pubblicare il contenuto) per riferirsi implicitamente anche a quello che vi è logicamente ricompreso (ossia il divieto di pubblicare il testo)»³¹. In sostanza, a differenza degli atti di cui ai commi precedenti, il verbale delle intercettazioni che non siano state acquisite ai sensi degli artt. 268, 415-*bis* o 454 c.p.p. non può essere pubblicato né integralmente, né parzialmente, né nel contenuto. In altri termini, tale divieto assoluto riguarda tutte le intercettazioni prima della selezione che va effettuata in una delle tre sedi processuali richiamate dalla norma e le intercettazioni che, questa avvenuta, non sono state acquisite.

Pur dopo il doveroso *restyling*, la norma fermenta problemi. Sembra scritta come se lungo ogni itinerario procedimentale ci fosse sempre un ineludibile momento in cui ad un giudice deve essere sottoposto tutto il materiale delle intercettazioni affinché discerna "il grano dall'olio". Ma non è così.

²⁹ A meno che con questo non si volesse bilanciare l'omologo avverbio presente nell'ultimo comma dell'art. 114 c.p.p. («È *sempre* consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto»), per fare intendere che questa norma non si applica alle intercettazioni. A parte che, anche in quest'ottica, se ne evidenzia l'uso improprio: se la regola del comma 2-*bis* prevale su quella del comma 7 non è perché il sempre del primo neutralizza quello del secondo, ma perché l'uno detta una disciplina speciale rispetto all'altro. Se proprio si fosse voluto, colti da improvvisa e insospettabile attenzione per la tecnica di normazione, raccordare i due commi, sarebbe bastato inserire nell'ultimo un *incipit* del tipo: «Salvo quanto previsto dal comma 2-*bis*».

³⁰ M. GIALUZ, *Segreto a tutela della riservatezza*, cit., p. 70.

³¹ *Ibidem*.

Non solo, quasi sempre, se l'esperienza insegna qualcosa, il pubblico ministero verrà autorizzato a ritardare il deposito ai sensi dell'art. 268 comma 5 c.p.p.³² e quindi a bypassare l'unica procedura acquisitiva governata dal giudice e degna di affidamento³³. Ma, questa elusa, si potranno imboccare percorsi procedurali che non prevedono più "posti di blocco" per concedere il lascia-passare alle sole intercettazioni rilevanti³⁴. Non è infatti difficile fare esempi di sviluppi ed epiloghi di vicende giudiziarie basati su intercettazioni delle quali non dovremmo mai avere conoscenza, in quanto non acquisite secondo le modalità canoniche. Si pensi ad un procedimento che si concluda con un decreto di archiviazione, o con sentenza di estinzione del reato a seguito di sospensione del procedimento per messa alla prova o con sentenza di patteggiamento entrambe emesse nel corso delle indagini preliminari o con il decreto penale di condanna. A rigore tutto il materiale intercettativo, seppur rivelatosi processualmente determinante, non sarebbe divulgabile, avvolgendo interi processi in una foschia informativa, diradabile soltanto ricorrendo a condotte penalmente censurabili. Situazione non dissimile si presenterebbe qualora si dovesse imboccare la via che porta al giudizio direttissimo, non essendo inspiegabilmente previsto per questo rito acceleratorio neppure quel blando meccanismo di "rilevanza convenuta tra le parti", che è stato introdotto per l'omologo giudizio immediato (art. 454 c.p.p.).

L'impressione è che questo nostro legislatore, tardigrado e precipitoso ad un tempo, abbia allestito in tutta fretta imponenti cavalli di Frisia (peraltro di cartapesta, vista l'irrisorietà delle conseguenze in caso di loro scavalco: art. 684 c.p.) lungo alcuni itinerari procedurali, lasciandone sguarniti molti altri.

La dottrina più attenta si è meritoriamente impegnata ad allocarne in via interpretativa anche lungo i secondi, scegliendo tra quelli previsti dal comma 2-bis dell'art. 114 c.p.p. il più acconcio al contesto procedimentale di volta in volta preso in esame: uno scrupoloso bricolage esegetico volto a restituire compiutezza e credibilità al sistema³⁵. Non è sul *quomodo* dell'operazione – sempre puntuale ed equilibrata – che si hanno riserve, bensì sull'*an.* Tenore e "storia" della disposizione in esame lasciano intendere che il legislatore considerasse tassativi quei tre momenti di dialisi del materiale captato: dopo la conclusione delle operazioni di intercettazione (art. 268 c.p.p.), alla conclusione delle indagini in vista dell'esercizio dell'azione penale (art. 415-bis c.p.p.) e *in limine* al giudizio immediato (art. 454 c.p.p.). Tanto che soltanto in "zona Cesarini" ha aggiunto nell'art. 114 comma 2-bis c.p.p. il riferimento all'art. 454 c.p.p.; operazione inutile, se avesse inteso la precedente previsione meramente indicativa e integrabile in via analogica: l'interprete ben avrebbe potuto, infatti, applicare al giudizio immediato il meccanismo previsto all'art. 415-bis c.p.p. Si aggiunga che, a parte la

³² Cfr. F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1398.

³³ Le altre due, disciplinate dagli artt. 415-bis e 454 c.p.p., basate sulla selezione operata dall'accusa e non contestata dalla difesa, appaiono congenitamente molto meno affidabili. Per una diffusa trattazione dei profili critici attinenti al momento acquisitivo, si rinvia a C. GABRIELLI, parte I, cap. I, § 7.

³⁴ Una stessa prospettiva si schiude, sia pure meno frequentemente, ove tali percorsi si intraprendano dopo il tempestivo deposito delle intercettazioni, ma prima che intervenga la decisione del giudice in ordine all'acquisizione delle conversazioni «che non appaiono irrilevanti» (art. 268 comma 6 c.p.p.).

³⁵ A. CABIALE, *L'acquisizione delle intercettazioni*, cit., p. 43 ss.

delicatezza di affidare ad opzioni esegetiche, per quanto accuratamente costruite, il delicato compito di disegnare i confini tra riservatezza e informazione, con l'implicito rischio di applicazioni a geometria variabile a seconda degli orientamenti pretori, il comma 2-*bis* dell'art. 114 c.p.p. concorre a formare il contenuto precettivo di una norma penale, e come tale non appare suscettibile di applicazione analogica.

Ma, se si conviene che questa operazione di paziente ritessitura del sistema non sia praticabile, *quid iuris* per tutte le intercettazioni che non passano per uno dei tre "setacci" previsti dalla norma come condizione per la loro divulgabilità?

Il problema, peraltro, potrebbe riproporsi anche in tutti i casi in cui questo passaggio ci sia stato e sopraggiunga la necessità di recuperare ciò che inizialmente non aveva superato il filtro. Ad esempio: avvenuta la cernita a norma degli artt. 268 o 415-*bis* c.p.p., ben potrebbe sopravvenire nel corso dell'udienza preliminare o del giudizio abbreviato o del dibattimento l'esigenza di utilizzare una conversazione intercettata, ma inizialmente "scartata". Nella "riforma Orlando", pur con accorgimenti talvolta tecnicamente insoddisfacenti (cfr. i soppressi artt. 422 comma 4-*bis* e 472 comma 1 ult. parte c.p.p.), erano previsti specifici moduli acquisitivi³⁶. Abrogati questi nella "riforma Bonafede", non resta che applicare i normali parametri per l'ammissione delle prove previsti per la fase processuale in cui emerge l'esigenza³⁷. Anche di queste intercettazioni l'art. 114 comma 2-*bis* c.p.p. interdice irragionevolmente la pubblicazione non essendo state acquisite nelle sedi ivi tassativamente indicate; anzi, potendosi trovare in una posizione persino "deteriore" per non aver superato quei filtri perché ritenute irrilevanti.

Senza dire, infine, dei tanti casi in cui si verificherà una patologica elusione dei tre "posti di blocco" deputati a conferire il lasciapassare della pubblicabilità. Se il pubblico ministero, ad esempio, in sede di avviso di conclusione delle indagini non attiva il meccanismo disciplinato dall'art. 415-*bis* comma 2-*bis* c.p.p., l'ordinamento è del tutto disarmato e non vi sarà più, anche volendo, la possibilità di conferire il crisma della pubblicabilità nei modi prescritti dall'art. 114 c.p.p.

Ebbene, la scelta del legislatore si potrà ovviamente criticare nel suo cieco e schizofrenico oltranzismo, ma non eludere: in tutte le ipotesi prospettate – che, non è difficile prevedere, costituiranno la regola – le intercettazioni, pur se rilevanti, non potranno essere pubblicabili in quanto non passate, qualunque ne sia la causa, attraverso uno dei tre filtri indicati dall'art. 114 c.p.p. Un precetto tanto drastico, verrebbe da aggiungere, quanto è risibile la conseguenza della sua inosservanza (art. 684 c.p.). Nei confronti di tutti questi oltraggi alla logica, non soltanto giuridica, l'interprete è inerme: spetterà al legislatore o alla Corte costituzionale porvi rimedio.

³⁶Tra l'altro, la soppressione della disposizione dedicata all'acquisizione dibattimentale, come è stato puntualmente sottolineato, «ha comportato il venir meno della precisazione per cui, in giudizio, il captato va acquisito "a porte chiuse"» (A. CABIALE, *L'acquisizione delle intercettazioni*, cit., 44). Soccorre la possibilità per il giudice di disporre che – limitatamente al momento acquisizione delle intercettazioni – che il dibattimento si svolga a porte chiuse, ricorrendo ad una interpretazione estensiva dell'art. 472 comma 2 c.p.p. secondo l'autorevole suggerimento della Corte costituzionale (Corte cost., 15 novembre 2012, ord. n. 255). Succedaneo provvidenziale, ma affidato alla sensibilità dell'organo procedente.

³⁷Cfr. § 4.

Resta ancora irrisolta una spinosa questione: qual è il regime di “comunicabilità” degli atti che si avvalgono di estratti di intercettazioni ancora non acquisite secondo le modalità imposte dall’art. 114 c.p.p.? Per affrontarla compiutamente conviene tornare ad uno sguardo sinottico della disciplina del segreto e del divieto di pubblicazione. Mentre, infatti, segreto e divieto cadono insieme, almeno seguendo l’interpretazione qui accolta, rispetto alle intercettazioni acquisite nelle forme di cui all’art. 114 c.p.p., il segreto cade anche sulle intercettazioni non acquisite qualora siano utilizzate a supporto di altri atti (art. 269 c.p.p.), mentre nulla del genere è previsto per il divieto di pubblicazione.

3.3.1. Il problema della pubblicabilità degli atti che si avvalgono di conversazioni captate e non acquisite ai sensi dell’art. 114 comma 2-*bis* c.p.p.

La pubblicabilità degli atti o dei provvedimenti che riportano nella parte motivata stralci di intercettazioni non acquisite, ma ormai non più segrete per espresso disposto dell’art. 269 c.p.p., è problema molto delicato; la cui soluzione è forse persino decisiva per la tenuta costituzionale del sistema. Ritenere, infatti, che il divieto di pubblicazione “insegua” le conversazioni non acquisite anche ove “esportate” in altri atti e che, quindi, decreti, ordinanze, sentenze debbano essere “sbianchettati” nelle parti in cui riportano testo o contenuto di intercettazioni non acquisite a norma degli artt. 268, 415-*bis* o 454 c.p.p., significherebbe rassegnarsi ad una opacità informativa di dubbia compatibilità costituzionale con riguardo ai molti processi in cui le conversazioni captate abbiano svolto un ruolo rilevante pur in difetto di formale acquisizione. E tuttavia si tratta di una linea interpretativa non priva di ancoraggio normativo, attesa l’approssimativa formulazione dell’art. 114 comma 2-*bis* c.p.p.

Forse però c’è una strettoia esegetica che converrebbe provare a percorrere nel tentativo di non squilibrare il sistema nel bilanciamento dei valori costituzionali in competizione. Si snoda lungo queste “pareti” normative: l’art. 114 c.p.p. riguarda il divieto di pubblicazione di *atti*; il comma 2-*bis* concerne quindi il divieto di pubblicazione dell’*atto-intercettazione*; questo, se non acquisito con le modalità ivi prescritte non può essere oggetto di pubblicazione (totale, parziale o del contenuto); qualora invece qualche conversazione riportata nei verbali di quell’atto venga utilizzata per motivare *altri atti*, rimane in essi “incistata” e segue il regime di pubblicabilità dei medesimi.

Anche da un punto di vista sostanziale, cioè degli interessi in gioco, questa linea esegetica potrebbe avere le carte in regola: se taluni brani di intercettazioni vengono utilizzati in atti o provvedimenti vuol dire che si sono rivelati rilevanti³⁸. Un conto,

³⁸ Considerazione tanto più tranquillizzante se si ritiene che valga ancora con riferimento al testo definitivo quanto precisato nel corso dei lavori preparatori della “riforma Orlando”, e cioè che il criterio secondo cui nel provvedimento cautelare vanno riportati esclusivamente i brani essenziali delle intercettazioni evocate a supporto deve valere «ovviamente» per ogni altro atto del procedimento (Cfr. *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, in *Atti Senato*, XVII leg., n. 472-*bis*, § 12).

infatti, è la pubblicabilità di una intercettazione non acquisita, che ben potrebbe incubare notizie irrilevanti e la cui divulgazione potrebbe risultare spesso gratuitamente pregiudizievole per qualcuno, un conto è l'utilizzo di singoli passaggi di una conversazione captata, dei quali non si può non presumere la rilevanza³⁹.

Accolta questa impostazione, si può meglio cogliere la differenza tra il regime di segretezza e quello di divulgabilità. Mentre, a norma dell'art. 269 c.p.p. il segreto cade rispetto ai verbali e alle registrazioni utilizzati, e quindi una volta che una parte di questi viene riportata a giustificazione di un altro atto, il verbale e la registrazione da cui è tratta non sono più segreti; a norma dell'art. 114 c.p.p. l'atto-intercettazione è pubblicabile soltanto se acquisito in uno dei modi previsti dal comma 2-*bis*: pertanto, anche se i suoi contenuti sono utilizzati in altri atti, resta di per sé indivulgabile, ancorché non più segreto; la parte "esportata" a supporto di un altro atto o provvedimento, invece, è assoggettata al regime di divulgabilità di questo⁴⁰.

In sintesi: i verbali e le registrazioni delle operazioni di intercettazione sono segreti e non pubblicabili sino a quando non ne viene disposta l'acquisizione a norma degli artt. 268, 415-*bis* o 454 c.p.p. In difetto di tale acquisizione, se una parte del captato viene utilizzata a supporto di altri atti del procedimento, l'intercettazione da cui è tratta non è più segreta, mentre ne resta vietata la pubblicazione. Gli atti del procedimento, invece, seguono il proprio regime di divulgabilità, anche per la parte in cui riportano stralci di colloqui intercettati, ma non ancora selezionati.

4. Una riforma da riformare.

Il doveroso tentativo di operare una sorta di restauro conservativo della nuova disciplina in materia di intercettazioni per cercare di conferirle il massimo di plausibilità sistematica nelle condizioni normative date, è accompagnato non soltanto dalla consapevolezza della sua inevitabile opinabilità, ma anche dalla deprimente sensazione che resterà largamente sulla carta. Non foss'altro perché al pubblico ministero non sarà difficile ottenere l'autorizzazione a depositare il materiale intercettato al termine delle

³⁹ Va da sé che questa conclusione appare sufficientemente rassicurante quando abbiamo a che fare con atti del giudice per le indagini preliminari, meno quando lo stralcio della conversazione captata viene utilizzato nella motivazione di un atto del pubblico ministero. Si pensi, per esempio, ad un decreto di perquisizione. Allo stato attuale dell'assetto normativo non sembra possibile distinguere a seconda della provenienza degli atti, ma anche su questo aspetto sarebbe bene che il legislatore tornasse, nel senso di pretendere un vaglio giudiziario quando si intendono usare intercettazioni non ancora selezionate. Salvo ovviamente non affidare al giudice, come sarebbe opportuno nel caso delle perquisizioni, l'autorizzazione a disporre l'atto medesimo.

⁴⁰ Può non essere inutile applicare tale criterio, esemplificativamente, al più importante caso di utilizzo di conversazioni captate e non acquisite: l'ordinanza cautelare che nell'esposizione dei *pericula libertatis* ne riproduce «i brani essenziali» (art. 292 comma 2-*quater* c.p.p.). Il provvedimento è integralmente pubblicabile, anche con riguardo a tali brani sebbene appartenenti ad intercettazioni non ancora acquisite, in quanto segue il suo ordinario regime di atto non segreto e quindi pubblicabile. Le intercettazioni da cui sono tratti i brani utilizzati in motivazione, invece, continuano ad essere non pubblicabili, ancorché queste – a norma dell'art. 269 comma 1 c.p.p. – non siano più segrete.

indagini ed in quella sede depositare l'intero compendio delle intercettazioni a disposizione della difesa assumendone implicitamente o dichiarandone espressamente la rilevanza; il difensore non avrà da indicare «ulteriori intercettazioni ritenute rilevanti», né interesse ad espungere intercettazioni riguardanti terzi⁴¹ e ininfluenti sulla posizione del proprio assistito⁴²: tutto sarà pubblicabile.

Certo, la norma imporrebbe all'accusa di produrre un elenco delle registrazioni ritenute rilevanti, ma sta di fatto che – come non è difficile prevedere – qualora un eccessivo carico di lavoro, scarsa diligenza, sciattezza operativa, elefantiasi del materiale da selezionare dovesse suggerirgli una *discovery* senza cernita alcuna, il sistema non appresta alcun rimedio. In tal modo, anzi, incentivando il ricorso ad un simile *comodus discessus*.

Verosimilmente proprio nel tentativo di scongiurare questo rischio e grazie ad una indubbia ambiguità nomenclatoria⁴³, è stato autorevolmente ritenuto che «l'acquisizione indiscriminata di tutte le registrazioni, benché condivisa dalle difese, non sarebbe idonea a renderle utilizzabili, sottraendole al regime di inutilizzabilità di quanto conservato nell'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p. e non regolarmente selezionato»⁴⁴. Affermazione che, però, non appare condivisibile⁴⁵.

Sotto il profilo formale, manca di un conforto normativo. In tema di inutilizzabilità delle intercettazioni il codice detta una disciplina speciale e tassativa dei

⁴¹ Vale qui, a più forte ragione, quanto incisivamente osservato a proposito dell'ineffettività del sistema previgente: estromettere «le comunicazioni irrilevanti interessa per lo più a soggetti (...) che non sono presenti nel processo e delle cui ragioni nessuno è tenuto specificamente a farsi carico (almeno fino a quando il legislatore non riterrà di coinvolgere nella procedura una sorta di autonomo difensore della *privacy*)» (F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1387).

⁴² Fermo restando, ovviamente, il diritto del difensore di contestare le indicazioni del pubblico ministero quando riguardano intercettazioni che, processualmente irrilevanti, ledono la *privacy* del proprio assistito: il giudice a quel punto deve decidere sulla richiesta di estromissione con le forme dell'art. 268 comma 6 c.p.p.

⁴³ A cominciare dal termine *acquisizione* che sembrerebbe alludere ad un meccanismo deputato a dare ingresso nel procedimento a materiale alieno, e non già a *selezionare* tra il materiale investigativo legittimamente reperito nel corso del procedimento gli elementi che hanno rilevanza per l'accertamento della *res iudicanda*.

⁴⁴ A. NAPPI, *Appunti sulla nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Giustizia insieme*, 17 aprile 2020. *Contra*, UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Relazione su novità normativa. La legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161*, in www.cortedicassazione.it, p. 40.

⁴⁵ Né sembra correttamente invocabile la sanzione dell'inutilizzabilità per l'ipotesi opposta in cui il pubblico ministero non deposita le intercettazioni neppure con l'avviso di conclusioni delle indagini. Secondo L. FILIPPI, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 458, l'avviso ex art. 415-bis c.p.p. sarebbe «il momento ultimo nel quale è consentito al P.M. procedere al deposito delle registrazioni e degli atti relativi, nel senso che, se essi non sono depositati nemmeno con l'avviso di conclusione delle indagini, devono ritenersi inammissibili in un momento successivo e quindi inutilizzabili». Sembra, invece, non trattandosi di atti formati in violazione di un divieto di legge (art. 191 c.p.p.) o delle prescrizioni la cui inosservanza è prevista come causa di inutilizzabilità dall'art. 271 c.p.p., che il mancato deposito – costituendo una patente violazione delle prerogative difensive – dia luogo ad una nullità d'ordine generale ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.

casi⁴⁶; al punto che, proprio con la riforma, il legislatore ha aggiunto il comma 1-*bis* all'art. 271 c.p.p., per introdurre un'ulteriore causa di inutilizzabilità⁴⁷, che ben più agevolmente di quella in discussione avrebbe potuto essere assimilata ai casi previsti dal primo comma, se avesse ritenuto percorribile la via analogica. Nello specifico, tra l'altro, non è previsto neppure il sindacato del giudice sull'operato del pubblico ministero *ex art. 415-bis* c.p.p. D'altra parte, il potere di disporre una così drastica amputazione probatoria nelle fasi successive del processo andrebbe collocato e disciplinato⁴⁸, non potendosi risolvere nel mero accertamento di un deposito integrale del materiale intercettativo. Tra l'altro, infatti, il giudice dovrebbe esaminare l'intero compendio delle captazioni per essere certo che, nel caso in esame, non fossero davvero tutte rilevanti (ipotesi non frequente, ma possibile) e dovrebbe altresì effettuare una sorta di valutazione ora per allora, per escludere che alla luce degli sviluppi processuali risulti irrilevante, ciò che non lo era nella fase conclusiva delle indagini.

Sotto il profilo sostanziale, la radicale estromissione del materiale captato dal processo potrebbe sovente compromettere l'accertamento dei fatti, valore questo sempre plusvalente rispetto alla tutela della *privacy* nelle scelte assiologiche del nostro legislatore e delle direttive sovranazionali. Spesso, peraltro, il sacrificio del primo non servirebbe neppure ad assicurare la seconda, poiché, terminata la procedura *ex art. 415-bis* c.p.p., tutte le intercettazioni diventerebbero immediatamente e legittimamente pubblicabili, almeno sino a quando non ne venisse sanzionata l'utilizzabilità. Si consideri infine che, nel caso in cui alcune conversazioni captate dovessero corroborare la linea difensiva, al pubblico ministero basterebbe procedere ad un indiscriminato deposito per radiare dal processo materiale ostico all'accusa.

Che le conversazioni intercettate possano essere utilizzate a prescindere dall'acquisizione, del resto, è confermato *per tabulas* dallo stesso dato normativo che, proprio all'art. 269 c.p.p., a fianco della categoria delle intercettazioni acquisite, prevede quella delle intercettazioni utilizzate a supporto di un atto nel corso delle indagini preliminari. Rilievo superato, peraltro, da chi distingue tra «uso investigativo (o cautelare) del captato» e «uso probatorio in relazione al *thema decidendum* del procedimento»: soltanto il secondo sarebbe ammesso esclusivamente «dopo l'attivazione dei filtri *ex artt. 268, 415-bis* o 454 c.p.p.»⁴⁹. Non c'è dubbio che una simile impostazione potrebbe contribuire ad attribuire maggiore effettività alla loro attivazione. Poiché però, la rilevanza di una conversazione è connotato mutevole nel corso del procedimento e può sopraggiungere a cernita già avvenuta, non potendosi naturalmente ignorare una

⁴⁶ Così, correttamente, A. CABIALE, *L'acquisizione delle intercettazioni*, cit., p. 47.

⁴⁷ In effetti, la previsione secondo cui «non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico su dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo» (comma 1-*bis*) ben poteva essere ricavata dal criterio generale di inutilizzabilità fissato dal comma 1 del medesimo art. 271 c.p.p.

⁴⁸ Secondo A. NAPPI, *Appunti sulla nuova disciplina*, cit., «l'inutilizzabilità dovrebbe essere rilevata anche d'ufficio dal giudice quando, «anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'articolo 431», è chiamato a disporre la trascrizione delle registrazioni (art. 268 comma 7 e 457 comma 1 c.p.p.)».

⁴⁹ A. CABIALE, *L'acquisizione delle intercettazioni*, cit., p. 43.

tale evenienza e volendo tener coerentemente fede all'affermazione, si è poi costretti ad ipotizzare la reiterabilità di uno dei suddetti filtri nelle ulteriori fasi del processo⁵⁰.

Sembra, tuttavia, che ove il legislatore avesse inteso fare delle procedure di stralcio una *conditio sine qua non* di utilizzazione probatoria non avrebbe eliminato, come invece ha fatto, le procedure acquisitive previste *ad hoc* per l'udienza preliminare (art. 422 comma 4-*bis* c.p.p.) e per il dibattimento (art. 472 comma 1 ultima parte c.p.p.) ed anzi ne avrebbe prescritta una per ogni contesto processuale in cui possa sopravvenire l'esigenza di utilizzare conversazioni non acquisite o in precedenza "stralciate". Non potendosi certo ritenere "abrogata" tale esigenza, si deve presumere che il legislatore abbia inteso soddisfarla rimandando ai criteri di ammissione della prova previsti per la fase in cui l'esigenza medesima emerge⁵¹. Né d'altra parte ciò comporta un *deficit* di garanzia rispetto alla "esportazione", che sarebbe peraltro rimessa all'interprete, di uno dei tre filtri espressamente previsti nelle sedi che ne sono orfane. Anzi, la valutazione della rilevanza operata dal giudice nel contraddittorio delle parti in dibattimento o nel giudizio abbreviato appare più affidabile, quanto meno, di quella operata dall'accusa con la difesa quiescente, di cui si accontentano l'art. 415-*bis* e l'art. 454 c.p.p.

A tacer d'altro, comunque, collegare ad una formulazione normativa slabbrata e polisemica, come quella appena entrata in vigore, il regime di utilizzazione probatoria delle intercettazioni potrebbe risultare imprudente perché il sistema sarebbe fatalmente destinato ad affollarsi di complicati contenziosi in ordine al meccanismo acquisitivo di volta in volta necessario, la cui soluzione sarebbe in grado di cambiare di segno all'esito dell'accertamento penale.

Ma se si conviene che non solo la sanzione dell'inutilizzabilità di quanto non selezionato secondo le cadenze previste non sia validamente invocabile; che non solo mancano altri meccanismi (nullità, avocazione) in grado di dissuadere dalla tentazione di bypassare tali cadenze; ma che è ben possibile percorrere irreprensibilmente un intero itinerario procedimentale senza incontrare alcun posto di blocco che imponga la dialisi, è difficile sottrarsi ad una deprimente constatazione: si avverte già la necessità, purtroppo, di riformare norme che ancora odorano di Gazzetta ufficiale perché un Paese civile non può affidare ad una mappatura sfocata e mal presidiata il temperamento di interessi primari della collettività: la normativa appena entrata in vigore, per come è congegnata, rischia di non evitare la gratuita lesione della *privacy*, senza apprestare adeguata tutela né al diritto di difesa⁵², né al diritto della collettività di essere informata su come viene amministrata la giustizia in suo nome.

4.1. Alcune notazioni a futura memoria.

Proviamo, in una prospettiva *de futuro*, a riannodare le fila del discorso, per reimpostarlo in termini che ci sembrano più adeguati. Posto che il diritto della collettività

⁵⁰ A. CABIALE, *L'acquisizione delle intercettazioni*, cit., p. 43 ss.

⁵¹ F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1404.

⁵² Sul tema si rinvia a F. ALONZI, parte I, cap. VI, e a C. MALAVENDA, parte I, cap. VIII.1.

di conoscere il modo con cui viene amministrata giustizia in suo nome prevale sul diritto del singolo alla propria privacy e posto che le conversazioni captate incubano di regola informazioni del tutto estranee alla *res iudicanda*, ma ad alta appetibilità mediatica, perché soddisfano la morbosa curiosità del pubblico, ciò che si può e si deve fare è contrastare il loro “sversamento” al di fuori del contenitore processuale. Si possono recuperare senz’altro alcune idee emerse in questa ultima, travagliata stagione di riforma, mettendole meglio a fuoco sotto il profilo tecnico e accompagnandole con altri accorgimenti in grado di lavorare sinergicamente al conseguimento del risultato.

Il metodo verosimilmente più efficace e privo di controindicazioni è quello di imporre un subprocedimento selettivo del materiale captato affidato ad un giudice nel contraddittorio delle parti e, quando ne sarà istituita la figura, con l’intervento di un difensore pubblico della *privacy*. Si potrebbe pensare di sanzionare con una nullità che infici l’esercizio dell’azione penale l’eventuale differimento oltre la conclusione delle indagini di questo meccanismo selettivo⁵³. Prima della sua attivazione tutti i verbali e le registrazioni dovrebbero rimanere in un archivio segreto accessibile soltanto alle parti e al giudice, nonché “coperti” dal divieto di rivelazione e di pubblicazione, sino a quando non ne sarà decretata la rilevanza processuale⁵⁴. Il materiale rilevante dovrebbe essere, invece, accessibile oltre che ai protagonisti del processo, anche agli operatori dell’informazione ed essere pubblicabile.

Il sistema non sarà destinato all’ineffettività, com’è stato sinora e come sarà con l’applicazione delle nuove norme, soltanto se di regola la copertura del segreto terrà e se le rare violazioni troveranno una risposta sanzionatoria credibile. A tal fine andrebbero disposti accorgimenti in grado di prevenire e di dissuadere. Si potrebbe prevedere, come esempio di provvidenze del primo tipo, che le Procure siano dotate di modelli organizzativi⁵⁵ (preferibilmente elaborati dal CSM, per assicurare uniformità) in grado di garantire la tracciabilità in entrata e in uscita del materiale sensibile, scandendo le responsabilità dei diversi operatori che intervengono a vario titolo nella gestione del materiale intercettato, con verifiche periodiche dell’efficienza e dell’adeguatezza del

⁵³ La soluzione di precludere l’utilizzabilità probatoria di ogni intercettazione non ancora selezionata – anche se non sfugge il condivisibile intento sollecitatorio – è prezzo che il sistema potrebbe non essere in grado di sopportare. Anche perché la stessa *rilevanza* esprime un giudizio di relazione (tra un dato e la dimostrazione di un’ipotesi di ricostruzione del passato) fisiologicamente mutevole con il progredire delle conoscenze. Se nel corso del processo una conversazione intercettata che non ha superato la cernita viene utilizzata da una parte per sostenere una richiesta o da un giudice per accoglierla, si può presumere con buona approssimazione che sia implicita una valutazione di rilevanza. Sarebbe improprio, invece, farne derivare conseguenze che possono incidere sull’esito del processo: ciò che si vuole evitare è la gratuita divulgazione di notizie processualmente irrilevanti, non il divieto di utilizzare una parte qualificante del compendio probatorio, quale conseguenza della mancata attivazione del meccanismo selettivo. Con il rischio, tra l’altro, di privarci di un importante supporto probatorio anche in casi in cui la *privacy* non era messa neppure in pericolo.

⁵⁴ Andranno naturalmente predisposte specifiche garanzie per il recupero di intercettazioni originariamente “scartate” nella procedura ordinaria di cernita in quanto irrilevanti, qualora nel prosieguo del procedimento se ne accerti la sopravvenuta rilevanza.

⁵⁵ Per uno spunto in tal senso v. C. INTRIERI, *Il senso di Bonafede e del Pd per le vite degli altri*, in *Linkiesta*, 3 settembre 2020.

protocollo adottato. E si potrebbe altresì, “a valle”, predisporre una risposta sanzionatoria più severa (non solo pecuniaria, ma anche, ad esempio, di tipo interdittivo) per l’illecita pubblicazione del contenuto di conversazioni processualmente irrilevanti.

Particolare attenzione si dovrà prestare all’inevitabile uso di comunicazioni captate prima della cernita del giudice: ci riferiamo alla insopprimibile necessità che di intercettazioni ancora non sottoposte al filtro selettivo o, addirittura, ancora in corso di svolgimento, ci si debba avvalere per motivare atti che hanno bisogno di poter contare sull’effetto sorpresa: basti pensare all’ordinanza che dispone una misura cautelare, al decreto di perquisizione, al decreto di autorizzazione di altra intercettazione o di proroga di quella in corso, ecc. Per cercare di scongiurare il rischio che la incontestabile necessità di attingere al materiale captato prima della selezione diventi anche occasione o pretesto per “tirar fuori” dal *caveau* giudiziario altre notizie del tutto inconferenti bisognerebbe fissare un principio generale sul genere di quello oggi formulato in materia cautelare: imporre, cioè, a chi fa uso di intercettazioni non testate di richiamare soltanto le parti strettamente indispensabili, semmai presidiando questo *self-restraint* con sanzioni del Garante per la protezione dei dati personali⁵⁶ o disciplinari.

L’insieme di questi accorgimenti normativi, sanzionatori e organizzativi dovrebbe scongiurare l’incivile rovistamento nella raccolta indifferenziata delle intercettazioni alla ricerca di “scarti” processuali mediaticamente succulenti.

Un problema che peraltro, come si diceva all’inizio, non riguarda soltanto le intercettazioni. Il sequestro di un diario o di album fotografico, oppure l’acquisizione di una cartella clinica apportano in genere dati sensibili esorbitanti rispetto alle esigenze di giustizia. Ma è soprattutto rispetto ai giganti database della nostra quotidianità rappresentati, ad esempio, da uno *smartphone* o da un computer, che si fa indifferibile l’apprestamento di un modello integrato di tutela del cittadino rispetto a strumenti in grado di “radiografare” la sua vita. Sarebbe urgente e necessario, quindi, cominciare da subito a ragionare sulla possibilità di applicare anche a queste forme di “profanazione esistenziale” per fini di giustizia i meccanismi di tutela predisposti per le intercettazioni di comunicazioni, studiando gli opportuni adattamenti alla specificità dello strumento invasivo⁵⁷.

Un’impresa estremamente complessa, ma anche urgente, quella di far in modo che quanto l’inquirente ascolta, vede e apprende, legittimato da finalità di giustizia, non possa avere un uso estraneo a tali finalità.

Per assolvere un compito così delicato e importante per uno Stato di diritto ci vorrebbe un legislatore che non inseguisse il consenso di questa o quella corporazione professionale, lo scandalo dell’ultima vicenda di cronaca, il sensazionalismo di certe trasmissioni televisive, i sondaggi e gli umori dell’opinione pubblica, ma che

⁵⁶ Se del caso rendendo ancor più incisivi i poteri già attualmente conferiti al Garante per la protezione dei dati personali. Per una nitida rappresentazione dei termini del problema riguardante i rapporti tra giurisdizione penale e trattamento dei dati personali, cfr. L. LUPARIA, *Privacy, diritti della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1448 ss.

⁵⁷ Sul punto v. anche G. CASCINI, parte I, cap. VII.2.

approfondisse e ponderasse attentamente il bilanciamento dei fondamentali valori in gioco, che operasse le proprie scelte con consapevolezza e con sapienza tecnica: insomma, avremmo bisogno di un “anacronismo” politico, di una maturità culturale e di un’etica civile che sono al di là dell’orizzonte attualmente traguardabile.