

SEGRETO E DIVIETO DI PUBBLICAZIONE: GLI INTENTI CHIARI DI UNA DISCIPLINA OSCURA

di Claudia Cesari

(Professore ordinario di diritto processuale penale, Università di Macerata)

SOMMARIO: 1. I temi di fondo e l'evoluzione della normativa. – 2. I presidi di contesto *ex ante*: le cautele redazionali. – 3. I presidi *ex post*: la distruzione. – 4. Il problema della divulgazione “immediata” delle captazioni: segreti e divieto di pubblicazione. – 5. I rischi di divulgazione “mediata”: l'uso delle intercettazioni in atti e provvedimenti.

1. “Idrovora” informativa, “rete a strascico”¹: sono solo alcune delle metafore che ricorrono oramai sistematicamente nella letteratura sulle intercettazioni per descriverne la capacità intromissiva nella vita privata dei singoli. E non solo di chi è indagato o imputato in un procedimento penale, ma anche di chi vi incappi conversando in un luogo sottoposto a controllo o alla portata di un *device* attrezzato allo scopo, oppure comunicando su un'utenza soggetta a captazione. L'attitudine del mezzo a raccogliere indiscriminatamente tutto quello che l'orecchio elettronico ascolta all'insaputa dei colloquianti è il suo carattere ineludibile e per molti versi il connotato che lo rende prezioso (e insostituibile) strumento di indagine. Per forza di cose, però, è anche il suo aspetto più problematico, da sempre.

Per sua natura, inoltre, il processo penale tende a fare da cassa di risonanza delle informazioni che raccoglie per i propri fini, essendo un ingranaggio dedito alla ricostruzione dei fatti mediante raccolta e produzione di conoscenze destinate a comporre un bagaglio che spetta poi al giudice valutare a fini decisori. È inevitabile che per questa via si penetri nella vita privata dei consociati, ma si tratta di un sacrificio tollerabile, funzionale com'è all'esercizio della giurisdizione penale. D'altro canto, è fisiologico (in un paese democratico) che le conoscenze così formate vengano messe a conoscenza della collettività, che deve essere posta in grado di valutare su quali basi le

¹ G. Giostra, *Limiti alla conoscibilità dei risultati delle intercettazioni: segreto investigativo, garanzie individuali, diritto di cronaca*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, Milano 2009, 402; Id., *I mali della libertà di stampa si curano solo con più libertà*, in AA.VV., *Il ddl Alfano: se lo conosci lo eviti*, Roma 2009, 102; nonché M. Gialuz, *Premessa*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di M. Gialuz, in *Dinternet* 2020 (3, supplemento), 1.

decisioni giudiziali vengono assunte, restando altrimenti privo di senso il canone secondo il quale la giustizia si amministra «in nome del popolo» (art. 101 co. 1 Cost.). Un simile, delicatissimo equilibrio si fonda però sul netto discrimine tra ciò che è rilevante per il processo (e che quindi si giustifica venga proplatato pubblicamente) e ciò che non lo è, benché possa essere accidentalmente accluso nel relativo bagaglio conoscitivo (e che pertanto deve restare nell'alveo chiuso della sfera privata dei singoli, risultandone ingiustificata la divulgazione).

Tracciato questo quadro sommario, è evidente come il tema delle intercettazioni spicchi per delicatezza. Nessun mezzo investigativo quanto questo ha la capacità di raccogliere una spaventosa quantità di informazioni, riferibili a un numero potenzialmente assai vasto di soggetti (coinvolti o meno nel procedimento), anche attinenti alla sfera intima dei singoli, ed in gran quantità “spurie” rispetto a quanto sia effettivamente utile all'accertamento processuale. Tutte informazioni rispetto alle quali nulla giustifica la pubblica esposizione di fatti, opinioni, vicende private e personali né dell'imputato, né della persona offesa, né di altri, nella misura in cui esse si collochino al di fuori del perimetro della *res iudicanda* e di ciò che rispetto ad essa è rilevante.

Anzi, mette conto rammentare che l'evoluzione tecnologica e la società telematica hanno di gran lunga accentuato le potenzialità dannose del rapporto tra captazioni e pubblicità mediatica del processo. Da un lato, i mezzi per penetrare nella vita privata delle persone e carpirne i segreti sono diventati sofisticati e temibilissimi (si pensi al captatore informatico, alla videosorveglianza tramite droni, e così via); dall'altro, la divulgabilità delle notizie (vere e false) tramite i media è divenuta (basta banalmente pensare alle piattaforme social) agevole, capillare, globale e per lo più praticamente esente da responsabilità.

Nel campo delle intercettazioni, allora, è da sempre cruciale e oggigiorno urgentissimo affrontare il problema di come impedire che informazioni private – riferibili sia all'indagato che ad altri – irrilevanti per il processo e rastrellate dai mezzi di captazione, “rimbalzino” sulla superficie del rito per approdare ai mezzi di comunicazione di massa, nella cui memoria immateriale sono destinati di fatto a restare per sempre, preda della curiosità feroce di un pubblico globale. Il punto è come farlo.

In teoria, possono configurarsi due diversi piani di intervento, a seconda di come si immagina la fuoriuscita dal processo degli esiti delle captazioni. I risultati, infatti, sotto forma di conversazioni testualmente riportate o contenuti parafrasati, possono essere divulgati: direttamente, ossia uscendo in quanto tali dagli “archivi” del rito per essere pubblicati su giornali, siti, piattaforme e così via; indirettamente, venendo veicolati all'esterno del contesto giudiziario tramite provvedimenti o atti nel cui

assetto motivazionale vengano travasati (per stralci, testualmente o per riassunto). Su entrambi i versanti sono ipotizzabili specifiche strategie di contenimento. Per quanto riguarda la pubblicazione “immediata” delle captazioni, si tratta di delimitare quanto prima e con accuratezza il materiale rilevante per il procedimento, acquisendolo e vietando di pubblicare tutto il resto, che andrebbe destinato rapidamente alla distruzione. Per quanto concerne invece la pubblicazione “mediata”, si può pensare a tecniche di argomentazione selettiva (che non diano conto di ciò che è irrilevante) o cauta (quanto a modalità espressive o contenuti scabrosi o sensibili), nonché a divieti di pubblicazione che investano in tutto o *in parte qua* (con l’antica strategia degli *omissis*) l’atto “contenitore” delle captazioni non ancora divulgabili.

Si tratta di un assetto strategico aperto a molti problemi, a volerlo coltivare, e necessariamente legato a doppio filo con altri istituti del sistema, a partire dal segreto di indagine e dai più generali divieti di pubblicazione, fino allo stesso procedimento destinato alla selezione delle intercettazioni acquisibili, dal momento in cui vengono formate alle strategie di stoccaggio, conoscenza da parte dei soggetti processuali e acquisizione. Tutti punti, comunque, che sono stati presi in considerazione dal legislatore di quest’ultimo triennio, che aveva ben presenti le questioni da affrontare e persino – si direbbe – le possibili opzioni strategiche da seguire; un po’ meno, forse, i percorsi normativi da costruire per arrivare a un assetto normativo chiaro.

Il punto di partenza è noto. Il codice dell’88 non aveva coordinato in maniera lucida il rapporto tra segreto investigativo e divieti di pubblicazione, con riferimento proprio alle intercettazioni, che costituivano uno dei punti più deboli della normativa. In un sistema in cui la protezione della riservatezza dei singoli era rimasta sullo sfondo, pressoché ignorata dal legislatore, le captazioni erano oggetto di un deposito a beneficio dei difensori e funzionale alla selezione del materiale rilevante da acquisire, una volta terminate le operazioni. A seguito di esso, cessava il “segreto interno”, ossia quel segreto a protezione del percorso investigativo che riguarda gli atti di indagine e cade una volta che l’atto originariamente segreto sia conosciuto o conoscibile dall’imputato (art. 329 co. 1 Cpp). Con esso, cadeva anche il divieto di pubblicazione del contenuto dell’atto (art. 114 co. 1, 2 e 7 Cpp), sicché il materiale intercettato, una volta messo a disposizione delle difese, risultava pubblicabile nel contenuto *in toto*, ben prima che le operazioni di selezione probatoria ne avessero scremato la parte rilevante². Senza dire dell’uso indiscriminato in corso di indagine dei “brogliacci

² Che fosse questo il problema di fondo della disciplina era opinione largamente condivisa: per tutti, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano 1996, 206; G. Conso, *Intercettazioni telefoniche: troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *DPP* 1996, 138; L. Filippi, *L’intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997, 141 s.; G. Giostra, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *RIDPP* 2018, 525. Com’è noto, del resto, la disciplina codicistica sul punto è valsa all’Italia una condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo (C. eur. 17.7.2003, Craxi c. Italia).

d'ascolto", ossia dei verbali riassuntivi compilati dalla polizia giudiziaria senza alcuna cautela redazionale né selezione dei contenuti, o dell'inserimento di interi brani delle captazioni registrate nelle richieste del p.m. o nei provvedimenti del giudice, anche in questo caso senza alcuna cautela normativamente imposta, e destinati a seguire il relativo regime di pubblicabilità, di norma di gran lunga prima della selezione acquisitiva delle captazioni rilevanti.

Su questo scenario si colloca la serie di interventi legislativi che, a partire dal 2017, hanno investito questa porzione del sistema. Nel quadro di un generale ridisegno dell'istituto delle intercettazioni, infatti, emerge con evidenza in più punti proprio il tema della protezione della riservatezza dei singoli dal rischio di inopportuna divulgazione – diretta o indiretta – di conversazioni, comunicazioni o comunque informazioni personali oggetto di captazione. Sin dalla “riforma Orlando” (d.lgs. 29.12.2017 n. 216), sino alla “controriforma Bonafede” (d.l. 30.12.2019 n. 161), con le correzioni di rotta della legge di conversione di quest'ultima (l. 28.2.2020 n. 7), sembra che il legislatore abbia ben presente il problema delle potenziali aggressioni alla *privacy* derivanti dalla raccolta delle captazioni e dal loro uso in corso di indagine prima dell'acquisizione delle porzioni rilevanti, e ne ha declinato le soluzioni secondo direttrici di fondo essenzialmente costanti. Per un verso, si è agganciata alle intercettazioni una nuova forma di segreto, speciale e indipendente da quello investigativo, destinato a cadere autonomamente solo quando sia compiuta l'attività di acquisizione delle captazioni rilevanti e limitatamente a queste, con conseguente pubblicabilità dei relativi contenuti. Per altro verso, si è lavorato su una serie di cautele nella redazione dei verbali di polizia (individuando porzioni di dati o informazioni da non riportare nelle parafrasi dei brogliacci), oltre che nel confezionamento degli atti basati sui risultati intercettivi (anche qui sollecitandone un'esposizione sintetica e prudente). Il tutto, sullo sfondo della scelta di creare un archivio separato, accessibile a un novero specifico e limitato di soggetti, destinato a fungere da contenitore esclusivo dei risultati, degli atti, dei verbali relativi alle intercettazioni e sottoposto alla vigilanza (sperabilmente occhiuta) del pubblico ministero.

Le intenzioni, dunque, erano chiare, oltre che sostanzialmente condivisibili; ed anche le strategie individuate a grandi linee erano plausibili. Il problema, tuttavia, è la realizzazione normativa, che sconta invece un percorso legislativo accidentato e un metodo precario³. Il sovrapporsi degli interventi – con un uso disinvolto della decretazione d'urgenza⁴ – combinati con la fragilità dello strumentario tecnico (e forse

³ La critica è diffusa, a partire dalla riforma del 2017 fino a quella più recente: fra i molti, G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino 2018, 116; W. Nocerino, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *SP* 2020 (1), 65; A. Scalfati, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *AP* 2020 (1), 1.

⁴ M. Gialuz, *op. cit.*, 3; W. Nocerino, *op. cit.*, 64; S. Renzetti, *sub art. 266-272*, in *Commentario Illuminati-Giuliani*³,

con la scarsa nettezza della volontà politica), hanno confezionato un brutto prodotto normativo. Partendo dalla riforma del 2017, si è proceduto per sottrazioni e addizioni, sfornando una somma algebrica poco convincente, che può essere ricostruita in modo ragionevole solo con grandi sforzi interpretativi, destinati inesorabilmente ad esiti opinabili.

2. Innanzitutto, il legislatore sembra essersi preoccupato a più riprese, con il pacchetto di riforme sulle intercettazioni, di costruire una serie di garanzie metodologiche e tecniche volte a “blindare” in qualche modo i risultati delle captazioni, per evitarne inappropriate fuoriuscite a beneficio della curiosità del pubblico. Di nuovo, gli intenti sono apprezzabili, ma la realizzazione maldestra.

Il legislatore si è innanzitutto impegnato a congelare un apposito archivio separato in cui custodire le captazioni, distinto (e quindi meglio controllabile) rispetto alla segreteria del pubblico ministero. Affidato alla direzione e alla sorveglianza del Procuratore della Repubblica, custodisce verbali, atti e registrazioni delle intercettazioni. Struttura ad accesso limitato, l’archivio va gestito con modalità tali da assicurare la segretezza delle intercettazioni non necessarie, di quelle irrilevanti o inutilizzabili o che riguardino categorie particolari di dati personali (presumibilmente, i dati sensibili). Anzi, la legge sottolinea come modalità di accesso ed altre prescrizioni necessarie a garantire il segreto su quanto vi è custodito debbano essere stabilite dal Procuratore della Repubblica (art. 89 *bis* NAttCpp)⁵. Palesi gli scopi della scelta normativa, ma delle svariate criticità del sistema su questo punto se ne deve almeno sottolineare – per quel che ci occupa in questa sede – una: il fatto che l’archivio, prima definito “riservato”, avrebbe apparentemente smesso di essere tale, considerando che la legge di conversione ha espunto l’aggettivo dalla norma attuativa. Una scelta che lascia perplessi, proprio a fronte della chiara opzione per la segretezza dei contenuti, che di per sé non sembra togliere nulla all’attributo di “riservatezza” che lo connotava da principio. È probabile che il passaggio debba considerarsi irrilevante; a fronte della blindatura di ciò che contiene e delle regole serrate che riguardano i presidi di sicurezza e gli accessi, che l’archivio sia ancora sostanzialmente riservato è nelle cose⁶, ma il dato la dice lunga sulle incertezze tecniche della normativa in commento.

Milano 2020, 1153; A. Scalfati, *op. cit.*, 1.

⁵ Lascia interdetti anche lo scarto letterale tra il primo riferimento alla segretezza (che apparentemente si riferisce ai soli materiali non acquisiti o acquisibili al processo) e il secondo (che si riferisce invece a tutto il contenuto dell’archivio). Come si vedrà, il segreto sui contenuti non acquisiti, anche prima che le operazioni selettive siano effettuate, è desumibile *aliunde*, ma il testo legislativo certo non aiuta l’interprete.

⁶ Così S. Ciampi, *L’archivio delle intercettazioni tra presidio della riservatezza, tutela del diritto di difesa e svolta digitale*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 28; A. Scalfati, *op. cit.*, 3.

Compaiono, poi, nel dettato codicistico disposizioni espressamente volte ad evitare che i brogliacci d'ascolto redatti dalla polizia giudiziaria possano recare eccedenze contenutistiche pericolose. È noto, infatti, che in corso di indagine, ben prima della selezione e acquisizione delle intercettazioni, si fa uso massiccio dei verbali delle captazioni, in cui «è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate» (art. 268 co. 2 Cpp), sicché una redazione non vigilata di questi “rapporti” può facilmente condurre a una divulgazione impropria di contenuti delicati quanto irrilevanti.

Di qui, il testo attuale dell'art. 268 co. 2 *bis* Cpp, che affida al pubblico ministero il compito di dare indicazioni e vigilare «affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini». La norma – che modifica un intervento simile, ma assai più drastico effettuato in precedenza dalla “riforma Orlando”⁷ – è chiara nell'intento di configurare una collaborazione assidua tra polizia e pubblico ministero, finalizzata a depurare i verbali da elementi spuri, nella misura in cui siano lesivi della reputazione dei singoli o ne esponano dati personali cui la legge assegna un grado di protezione particolare. A ben guardare, tuttavia, il disposto è poco chiaro e promette di essere scarsamente efficace.

Il compito del pubblico ministero è indefinito, considerando che è chiamato a dare indicazioni e vigilare, senza che ne siano specificati i modi⁸. Nulla vieta che il Procuratore della Repubblica preposto all'ufficio dia indicazioni generali tramite linee guida, ma il riferimento testuale al pubblico ministero postula che sia il titolare dell'indagine a dover controllare il tenore del verbale, anche perché è il solo a poter fare il vaglio di rilevanza che la norma contempla. Il pubblico ministero potrà impartire direttive (“indicazioni”, appunto) alla polizia giudiziaria incaricata di provvedere alle captazioni già prima dell'inizio delle operazioni; ma poi dovrà anche “vigilare” sul

⁷ Nella prima versione della novellazione figurava un netto divieto di trascrizione delle conversazioni o comunicazioni irrilevanti, nonché di quelle (sempre non rilevanti) che riguardassero dati sensibili; in tali casi, si disponeva che nel verbale si annotassero solo data, ora e dispositivo della registrazione. Compariva nel testo anche un comma 2 *ter*, secondo il quale il pubblico ministero poteva comunque, con decreto motivato, disporre la trascrizione delle captazioni che ritenesse rilevanti e, se necessario, anche di quelle riguardanti dati personali sensibili. Il testo, peraltro, affidando alla polizia un potere selettivo marcato e di fatto poco controllabile sulla rilevanza delle registrazioni, era stato oggetto di severe critiche: v. fra gli altri, F. R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. Mazza, Torino 2018, 40 s.; L. Giuliani, *Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento de libertate*, in *Nuove norme*, cit., 47.

⁸ G. Amato, *Giurisprudenza e prassi operative*, in *GD* 2020 (13), 36. In tema, diffusamente, v. M. Miraglia, *La riforma delle intercettazioni e la redazione dei “brogliacci di ascolto”*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 13 s.

testo, potendo quindi intervenire *in itinere* sul verbale, magari cassandone parti o modificandone il tenore testuale.

Lo stesso oggetto del limite normativo e del relativo controllo è singolare, trattandosi delle «espressioni» lesive della reputazione o riguardanti dati sensibili: sembra che la norma alluda non tanto ai contenuti delle captazioni, quanto alle formule verbali in cui si esprimono. Essendo già il verbale una trascrizione sommaria di un contenuto, pare che ci si attenda dagli inquirenti più un poco plausibile sforzo di edulcorazione letteraria, che un'oggettiva selezione delle informazioni⁹. Quest'ultima, del resto, sarà ardua, giacché, se è definito il concetto normativo di dato sensibile¹⁰, è invece assai vaga l'idea di ciò che è lesivo della reputazione¹¹.

Unica eccezione al divieto si presenta quando le espressioni normalmente da censurare risultino rilevanti a fini di indagine. Il criterio innanzitutto lascia intendere che i contenuti irrilevanti, se non riconducibili al campo delle informazioni lesive della reputazione o ai dati sensibili, si debbano trascrivere. Quanto alle informazioni precluse, poi, la valutazione è lasciata in prima battuta alla polizia, salvo il successivo intervento del pubblico ministero, di fatto complesso quando la polizia abbia ritenuto la rilevanza insussistente, giacché il p.m. dovrebbe risentire le registrazioni e verificare se gli elementi espunti fossero effettivamente privi di rilievo: un'evenienza difficile da immaginare, comportando che il magistrato inquirente segua assiduamente le operazioni e che la redazione dei verbali e l'interlocuzione con la polizia si sviluppino

⁹ Resta dubbio cosa debba fare la polizia che ascolti discorsi di questo tipo, ossia come possa dare conto al pubblico ministero di avere fatto la scelta di non riportarli, giacché su questa il magistrato dovrebbe vigilare. È plausibile che la polizia che decida di non trascrivere quelle espressioni debba però indicare non solo gli estremi della registrazione, ma anche un contenuto sommario (non comprendente le espressioni vietate) e il riferimento proprio all'esigenza di non documentare alcuni passaggi in quanto riconducibili all'art. 268 co. 2 *bis* Cpp e non rilevanti: solo così il pubblico ministero sarà in grado di riconoscere il problema e andare a verificare caso per caso che effettivamente i segmenti espunti dalla polizia non rilevino per le indagini. Sarà sufficiente «omissare» i passaggi non trascrivibili, per D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la controriforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *SP 2020* (2), 76. Per le soluzioni pratiche, v. anche le linee guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Sondrio, in www.sistemapenale.it, 20 gennaio 2020; quelle della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Monza, *ibidem*, 7 settembre 2020.

¹⁰ Il concetto è riconducibile alla previsione di cui all'art. 22 d.lgs. 10.8.2018 n. 101, che rinvia all'art. 9 del Regolamento UE 2016/279, sicché sono sensibili i dati che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, i dati genetici, i dati biometrici intesi all'identificazione di una persona, quelli relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale di una persona. Va da sé che la formulazione normativa del codice sommata a quella della legge speciale comportano che il divieto di inserire simili informazioni nei verbali di intercettazione copra non solo i passaggi che li reclinano esplicitamente, ma anche quelli dai quali tali informazioni si possano comunque desumere.

¹¹ M. Miraglia, *op. cit.*, 12; v. anche il *Parere del Consiglio superiore della magistratura sul d.d.l. n. 1659 AS di conversione al d.l. n. 161/2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, 13.2.2020, in www.csm.it, 8. Già in ordine alla delega, C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella delega Orlando*, in *DPC 2017* (3), 82, osservava che «l'efficacia del filtro (...) è legata a doppio filo con la chiarezza dei criteri che presiedono all'effettuazione dello stesso».

a cadenze costanti¹². Più verosimile, che si effettui il controllo di segno opposto, diretto ad epurare il testo dei passaggi vietati, quando risultino irrilevanti.

A fare da *pendant* alla previsione appena trattata, stanno due clausole funzionali a garantire che, se a monte il confezionamento dei brogliacci d'ascolto deve essere vigilato, a valle l'inserimento dei medesimi negli atti e provvedimenti adottati in corso di indagine non possa essere indiscriminato. A questo sono deputati gli artt. 291 co. 1 *ter* e 292 co. 2 *quater* Cpp, che impongono al p.m. di riprodurre nella richiesta di misura cautelare – quando necessario – soltanto i brani essenziali delle comunicazioni intercettate e al giudice, nell'ordinanza che disponga la misura, di fare lo stesso, solo quando è necessario per l'esposizione dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari che ricorrono nel caso di specie. In altri termini, l'ostensione delle captazioni si giustifica esclusivamente in tanto in quanto serva a far comprendere alla collettività le ragioni della limitazione di libertà inflitta all'imputato.

Ragioni condivisibili, per quanto ci si possa chiedere quanto previsioni di questo tipo siano davvero efficaci. Non sembra ricostruibile alcuna sanzione – almeno processuale – a fronte delle violazioni, infatti, e ciò è persino comprensibile, se si considera quanto sia evanescente il confine in un simile assetto tra ciò che è ostensibile e ciò che non lo è, alla luce di nozioni vaghe come la necessità o l'essenzialità¹³.

Inoltre, spicca come il legislatore si sia preoccupato di una sola tipologia di atto o provvedimento incidentale che possa fungere da mezzo di divulgazione impropria delle captazioni: quello in materia di misure cautelari personali. È comprensibile, perché in pratica è tramite le ordinanze cautelari che le intercettazioni conquistano le prime pagine, tant'è che si è persino ribadita la pubblicabilità delle ordinanze applicative di misure cautelari (art. 292 Cpp) *ex art.* 114 co. 2 Cpp. Ma in tal modo si è detto troppo e troppo poco. Per un verso, la previsione sull'eccezione al divieto di pubblicazione *ex art.* 114 Cpp delle ordinanze cautelari si può reputare inutile, trattandosi di atti che nascono non segreti *ex art.* 329 co. 1 Cpp¹⁴. Per altro verso,

¹² Il tema dei rapporti tra polizia e magistrato inquirente qui è cruciale: v. M. Miraglia, *op. cit.*, 14 s.; sull'esigenza di continuo raccordo tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, v. le linee guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Monza, cit.

¹³ G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini*, cit., 129; L. Giuliani, *Intercettazioni*, cit., 54.

¹⁴ G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini*, cit., 122. Si tratta di una prospettiva esegetica che risente in maniera decisiva della lettura che si fa dell'art. 114 co. 1, 2 e 7 Cpp. Se si ritiene che l'art. 114 co. 1 e 2 Cpp si riferisca ai soli atti originariamente segreti che poi smettano di esserlo, si ritiene anche che gli atti non segreti *ab initio* siano pubblicabili nel testo (G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Milano 1989, 337); in tal caso, l'ordinanza cautelare, non segreta dal principio, era già pubblicabile anche testualmente in base alla disciplina generale. Se invece si ritiene che l'art. 114 Cpp vada riferito nei commi 2 e 7 anche agli atti non segreti dall'inizio, ne deriverebbe che in base alla disciplina previgente le ordinanze cautelari sarebbero state pubblicabili nel solo contenuto, ma non nel testo; l'eccezione di nuovo conio, allora, muterebbe questo assetto e avrebbe reso pubblicabile il testo delle ordinanze cautelari, rimuovendo il divieto integrale di pubblicazione che altrimenti avrebbe continuato a coprirle (G. P. Voena, *Atti*, in *Compendio di Procedura penale*⁹, a cura di M. Bargis, Milano

esistono altri atti parimenti non segreti e quindi pubblicabili, come le richieste di misura cautelare¹⁵, richieste e provvedimenti in materia di misure cautelari reali¹⁶, richieste e decisioni in tema di incidente probatorio: istanze e provvedimenti che non sono atti di indagine, né atti di richiesta o autorizzazione a compiere atti di indagine e che quindi non sono mai segreti *ex art. 329 co. 1 Cpp*, pur essendo possibile che rechino apparati argomentativi o motivazionali basati sui verbali di intercettazioni¹⁷. È quanto meno singolare che le cautele redazionali congegnate per il procedimento *de libertate* non siano state previste anche per queste ipotesi o meglio in maniera generalizzata¹⁸.

3. Una volta raccolte le captazioni e fatti lo stoccaggio, la selezione e l'uso processuale, le esigenze di protezione della riservatezza in base al criterio del minimo sacrificio indispensabile per le ragioni della giurisdizione impongono di immaginare la distruzione dei materiali acquisiti. Non vi è nulla di più pericoloso, dal punto di vista delle possibili aggressioni alla *privacy*, di un archivio (per di più oggi digitale e quindi potenzialmente immenso e aggredibile con nuovi e sofisticati mezzi di intrusione) indefinitamente conservato dagli uffici giudiziari. Si tratterebbe di una vera e propria miniera di informazioni riservate, a disposizione dei più svariati atti di pirateria per i più disparati fini, leciti e non. In un sistema ragionevolmente orientato alla tutela della riservatezza dei singoli, sacrificabile non oltre il necessario, si deve immaginare piuttosto che le captazioni vengano immesse nell'ingranaggio processuale, distillate per i suoi fini, utilizzate per la sola parte utile, quindi, per il resto, avviate alla distruzione. Ed è su questa via che si pone il legislatore, da sempre, ma con numerose irrisolte incertezze con riferimento al come e quando; incertezze che i più recenti interventi hanno certamente perso una buona occasione per rimuovere.

Ai sensi dell'art. 269 co. 2 Cpp, le registrazioni prodotte con le attività captative «sono conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione», che appare soluzione tutto sommato ragionevole, alla luce del bilanciamento di interessi che

2018, 178 s.).

¹⁵ G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini*, cit., 122 e 129.

¹⁶ L. Giuliani, *Intercettazioni*, cit., 55.

¹⁷ A. Camon, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle procure ispirano la riforma Orlando*, in *AP* 2017, 653.

¹⁸ Per via esegetica, si ritiene che il *self restraint* redazionale costruito normativamente per gli atti *de libertate* vada applicato a tutti gli atti di indagine dotati di un apparato motivazionale che possa fungere da veicolo per le intercettazioni, anche facendo leva sul fatto che la Relazione illustrativa al d.lgs. 216/2017 afferma che esse vadano “ovviamente” riferite anche ad atti diversi da quelli cautelari personali: cfr. G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini*, 130 s. L'interpretazione è assolutamente ragionevole, ma non può tacersi il disagio creato da una formulazione che, essendo riferibile a un atto specifico, autorizza a ritenere che per ipotesi differenti le stesse regole possano anche non valere. Del resto, se così non è, si deve anche ammettere che il dettato codicistico, in questo passaggio, cessa di essere prescrizione normativa, per divenire una sorta di manuale di buone prassi.

presiede a questa materia e che impone la rimozione dei dati raccolti attraverso l'attività invasiva della sfera privata individuale, non appena il rito penale si chiuda definitivamente¹⁹.

Più delicato e complesso il problema che pone la possibilità per gli «interessati» di chiedere la distruzione anticipata, a tutela della riservatezza, della «documentazione non (...) necessaria per il procedimento» (art. 269 co. 2, secondo periodo, Cpp). La previsione ha risolto innanzitutto opportunamente il problema della prima formulazione della novella, che faceva riferimento alla distruzione delle sole «registrazioni non acquisite», con ciò escludendo apparentemente il resto della documentazione (verbali inclusi) che reca le medesime potenzialità lesive della riservatezza²⁰; è condivisibile, dunque, il riferimento attuale alla distruzione dell'intera documentazione delle captazioni che compromettano la *privacy*.

Lascia un po' incerti invece la conversione del presupposto della distruzione, nella prima versione della norma legata alla «non acquisizione» e in quella più recente alla «non necessità», che è letteralmente un parametro più restrittivo, ma di fatto potrebbe estendere i casi di distruzione, giacché sembra autorizzarla non più solo con riferimento al materiale non acquisito (che è sicuramente non necessario), ma anche a quello acquisito, nella misura in cui sia (magari rilevante, ma) non indispensabile per l'accertamento²¹. Una soluzione eccessiva, in questo caso sbilanciata troppo sul versante della protezione della riservatezza a scapito delle ragioni della giustizia penale, ma teoricamente legittimata dal dato testuale.

In pratica, comunque, è plausibile che la norma resti lettera morta come il suo precedente codicistico. Il legislatore non ha infatti messo mano al problema di fondo che la concerne, ossia quel riferimento generico agli «interessati», che include le parti del processo, consapevoli delle captazioni e dei relativi contenuti (e quindi in grado di decidere se avvalersi o meno della *chance* di chiederne la distruzione), e i terzi estranei, ignari dell'avvenuta invasione della propria vita privata (perciò nell'impossibilità

¹⁹ Cfr. M. Gialuz, *Segreto a tutela della riservatezza e divieto speciale di pubblicazione delle intercettazioni*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 69. *Contra* G. Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari 2020, 167, nella prospettiva di un possibile ripescaggio di elementi *pro reo* anche a distanza di tempo, ad esempio ai fini di una revisione; nonché, ma in opposta prospettiva, il testo dell'*Audizione alla Commissione giustizia del Senato del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catanzaro*, 4.2.2020 (rinvenibile tra i materiali di consultazione del testo in commento sul sito www.senato.it), ove si rammenta il possibile uso per altre inchieste degli elementi emergenti da intercettazioni in un primo momento repute irrilevanti.

²⁰ Critico sulla prima versione della riforma A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in *Nuove norme*, cit., 90 s.

²¹ Per una diversa ricostruzione dei parametri, con riferimento alla previgente versione, A. Camon, *Forme*, cit., 91, secondo cui il richiamo alle intercettazioni non acquisite si riferisce comunque a tutte le captazioni non utilizzabili come prove perché non selezionate; mentre quelle non necessarie sarebbero una quota più ridotta, perché il giudice potrebbe «salvare» le registrazioni potenzialmente utili all'inchiesta in corso o ad altre, anche se non acquisite.

pratica di chiedere la distruzione dei relativi risultati), salvo paradossalmente quando la propalazione delle informazioni che li riguardano sia già avvenuta e il relativo danno sia ben poco rimediabile. Mancando qualsivoglia forma di coinvolgimento o informativa a loro beneficio, coloro che vengano coinvolti nelle registrazioni, anche quando ne emergano dati sensibili o fatti potenzialmente lesivi della loro dignità o onorabilità, non saranno comunque in condizione di attivarsi²².

4. Il cuore della disciplina delle intercettazioni, per quanto riguarda il potenziale lesivo della riservatezza e della reputazione delle persone, resta quello della divulgabilità delle informazioni captate. Pur a fronte delle articolate cautele previste dal legislatore per chiudere le potenziali “vie di fuga” delle intercettazioni dal contesto processuale, resta cruciale un punto: dove sia normativamente tracciato il confine tra il procedimento e la conoscibilità pubblica dei suoi prodotti, in questo caso tra l’inchiesta penale (e le intercettazioni ivi svolte) e la possibilità di divulgarne i risultati.

In generale, il sistema si basa sulla combinazione tra segreto e divieto di pubblicazione, secondo una struttura consolidata nel combinato disposto degli artt. 114 co. 1, 2 e 7 e 329 Cpp, secondo cui gli atti segreti non sono pubblicabili (né nel testo, né nel contenuto) e quelli che non lo sono più restano non pubblicabili nel testo (almeno, di regola, fin quando non approdino al dibattimento oppure fino alla chiusura del grado di appello), ma possono essere divulgati nei contenuti.

In questo quadro si è innestata la novella in materia di intercettazioni, che sul punto risponde a una *ratio* chiara e in sé condivisibile: rendere pubblicabili solo le comunicazioni e conversazioni che siano state acquisite al procedimento o in esso abbiano trovato utilizzazione. Solo per queste, infatti, si giustifica quell’ulteriore sacrificio alla riservatezza dei soggetti coinvolti che deriva dalla conoscibilità di quanto appreso occultamente nella loro sfera privata, perché in tal caso la tutela della *privacy* cede di fronte alle ragioni di una giurisdizione che deve essere esercitata in modo trasparente, dando conto tra l’altro degli elementi in base ai quali le decisioni vengono prese. Un simile bilanciamento naturalmente manca quanto alle captazioni irrilevanti o inutilizzabili per essere state apprese *contra legem*, che – facciano capo all’imputato,

²² Per il rammarico che non sia stata recuperata l’intuizione del cosiddetto “disegno Mastella”, che prevedeva appunto un’informativa ai titolari delle utenze intercettate al termine delle indagini, v. A. Camon, *Forme*, cit., 91. Viene vista come una forma di rafforzamento della tutela, peraltro, la previsione dell’art. 14 d.lgs. n. 51 del 2018, che consente agli interessati di chiedere con le modalità dell’art. 116 Cpp, la rettifica, la cancellazione o la limitazione dei dati personali che li riguardano: la clausola potrebbe integrare il disposto dell’art. 269 Cpp proprio quanto alle conversazioni dei terzi captate con le intercettazioni, secondo il Garante per la protezione dei dati personali (cfr. *Audizione alla Commissione giustizia del Senato del Garante per la protezione dei dati personali*, 4.2.2020, in www.senato.it); concorda M. Gialuz, *Segreto*, cit., 69. Sembra, tuttavia, che la previsione in discorso – a tacer d’altro – sconti quanto meno lo stesso vizio di fondo della norma codicistica: la mancanza di consapevolezza dei soggetti pur teoricamente legittimati ad attivarsi.

alla persona offesa o a terzi non coinvolti come parti processuali – devono essere tenute rigorosamente al riparo dalla curiosità del pubblico.

Per realizzare l'intento tenendo fede allo schema per così dire tradizionale dei rapporti tra segreto e divieto di pubblicazione, però, si sarebbe dovuto costruire un sistema con caratteri precisi. Pur ammettendo che fosse necessario introdurre una forma autonoma di segreto sulle intercettazioni, a tutela della riservatezza, si doveva comunque saldarla in maniera coerente con i divieti di pubblicazione. Solo se necessario, si doveva prevedere un divieto apposito, in tal caso da concepire in modo nitidamente complementare al segreto di nuovo conio. Il tutto, naturalmente, in una cornice normativa nella quale fosse chiaramente individuabile il momento dell'acquisizione, destinato a fungere da soglia per la caduta del segreto e del divieto di pubblicazione dei contenuti.

Ma della consapevolezza politica e tecnica che simili scelte avrebbero comportato non c'è traccia nell'elaborato normativo uscito infine dalle mani del legislatore. Il sistema novellato è slabbrato, contorto e arduo da comprendere prima ancora che da interpretare.

Le norme cardine, quanto al tema che qui ci occupa, sono rinvenibili negli artt. 269 co. 1 e 114 co. 2 *bis* Cpp. Il primo è dedicato alla conservazione della documentazione delle intercettazioni e ne sancisce la collocazione integrale nell'apposito archivio (art. 269 co. 1 prima parte Cpp). Quindi, prevede che «non sono coperti da 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». A questa previsione si accompagna la novella dell'art. 114 Cpp, che al nuovo comma 2 *bis* precisa che «è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268, 415 *bis* o 454» Cpp.

Sembra innanzitutto trasparire dal combinato disposto l'intento di fondo della riforma, ossia tenere segreti tutti i risultati delle captazioni (sia registrazioni, che verbali ²³) fino a quando ne siano state acquisite le porzioni rilevanti e solo limitatamente ad esse. Per queste ultime – fermi restando il segreto e il divieto di pubblicazione radicale su tutto il resto – è consentita la pubblicazione dei contenuti.

Il punto sembra chiaro in base al tenore dell'art. 114 co. 2 *bis*, in cui si fa espresso riferimento alla distinzione tra captazioni acquisite e non acquisite, sancendo per quelle non acquisite il divieto di pubblicazione, anche parziale, nel contenuto. Se ne desume che non sono pubblicabili sia le intercettazioni che non siano ancora passate per il vaglio della procedura acquisitiva (quindi, stoccate nell'archivio digitale e magari

²³ L. Filippi, *Intercettazioni: abrogata la riforma Orlando, si torna all'antico*, in www.quotidianogiuridico.it, 10 gennaio 2020.

anche note alle parti ma non ancora oggetto di una definitiva selezione)²⁴, sia quelle che, dopo lo svolgimento e la conclusione della scrematura in funzione probatoria, non siano state acquisite²⁵. Restano dunque non pubblicabili in ogni caso e in alcun modo le registrazioni e i verbali di cui è vietata l'utilizzazione, quelli irrilevanti e quelli che riguardino categorie particolari di dati personali di cui non sia dimostrata specificamente la rilevanza (art. 268 co. 6 Cpp). Il divieto è letteralmente riferito alla pubblicazione del contenuto delle registrazioni, ma non può che riferirsi anche alla pubblicazione del testo, da considerare preclusa *a fortiori*. Inoltre, è un divieto permanente, che copre «sempre» il materiale intercettato fin quando giaccia nell'archivio. Quanto ai materiali pubblicabili (perché acquisiti), saranno divulgabili ai sensi della disciplina generale, *ex art.* 114 Cpp, dunque nel contenuto, prima, e nel testo, poi, a seguito dell'inserimento nel fascicolo per il dibattimento²⁶.

Il contenuto normativo si fa più opaco, tuttavia, quando si guarda più da vicino la definizione delle captazioni “acquisite” che la clausola opera, facendo rinvio alle intercettazioni “non acquisite” ai sensi degli artt. 268, 415 *bis*, 454. Il momento dell'acquisizione, infatti, cruciale per stabilire se il divieto di pubblicazione sussiste o meno, era ben definito nella riforma Orlando, mentre è ben più sfilacciato nella riforma Bonafede. Nell'attuale versione, soppressi gli artt. 268 *bis*, 268 *ter* e 268 *quater*, sono scomparsi anche i riferimenti precisi che vi si facevano ai passaggi che segnavano il momento dell'acquisizione, come l'ordinanza del giudice di cui all'art. 268 *quater* co. 1 Cpp. Ora il rinvio evoca le operazioni di acquisizione in contraddittorio e con l'intervento del giudice di cui all'art. 268 Cpp, tendenzialmente svolte in corso di indagine, nonché le forme di acquisizione “consensuale”, legate ai meri scambi tra le parti delle indicazioni sulle intercettazioni rilevanti e collocate o dopo l'avviso di conclusione delle indagini oppure dopo la notifica del decreto che dispone il giudizio immediato. Tutte ipotesi in cui il momento dell'acquisizione è normativamente sfumato. Nei casi di acquisizione consensuale, dovrebbe coincidere con il momento di emissione del decreto motivato del pubblico ministero che accoglie l'istanza della difesa di estrarre copia delle intercettazioni ritenute rilevanti. Nell'ipotesi di intervento del giudice in corso di indagine, dovrebbe trattarsi del momento in cui il giudice «dispone l'acquisizione» delle intercettazioni rilevanti indicate dalle parti, effettuando

²⁴ V. però D. Pretti, *op. cit.*, 89, secondo cui, in assenza di qualsivoglia selezione in corso di indagine, il fatto che il p.m. non depositi l'elenco delle captazioni rilevanti comporta, superato lo sbarramento temporale in cui farlo «l'integrale facoltà di pubblicazione delle intercettazioni, in difetto di intercettazioni non acquisite al procedimento».

²⁵ M. Gialuz, *Segreto*, cit., 70, che lo definisce «divieto assoluto di pubblicazione»; v. anche M. Bolognari, sub *art.* 114, in *Commentario Illuminati-Giuliani*, cit., 390; C. Larinni, *La controriforma delle intercettazioni: d.l. n. 161 del 2019*, in <https://discrimen.it>, 21 gennaio 2020, 21.

²⁶ G. Giostra, *I nuovi equilibri*, cit., 529.

anche d'ufficio lo stralcio del materiale non acquisibile e dunque destinato a non uscire dall'archivio.

Il problema serio che la clausola pone però è di fondo, e concerne la sua reale utilità. Se il comma 2 *bis* si legge nel solo contesto dell'art. 114 Cpp, sembra potersene cogliere il rilievo. In base alla disciplina generale del segreto investigativo (art. 329 Cpp), infatti, le intercettazioni nascerebbero segrete (e dunque sarebbero non pubblicabili, sia nel testo, che nel contenuto *ex art.* 114 co. 1 Cpp), per diventare non più segrete (dunque pubblicabili nel contenuto *ex art.* 114 co. 2 e 7 Cpp) non appena depositate a beneficio della difesa dell'imputato, dunque prima dell'effettiva selezione delle porzioni rilevanti. Annoso problema, questo, che il comma 2 *bis* in effetti risolve: spostando in avanti il divieto di pubblicazione del contenuto delle captazioni, la norma varrebbe a stabilire che, malgrado la difesa abbia accesso ai materiali e questi risultino dunque tecnicamente non più coperti dal segreto di indagine *ex art.* 329 Cpp, il divieto di pubblicazione (anche) dei relativi contenuti cade solo più tardi, con l'acquisizione delle captazioni rilevanti e limitatamente a quelle acquisite²⁷.

Inoltre, il divieto per il materiale non acquisito viene espanso cronologicamente dal termine "sempre", che rende il materiale intercettato e non acquisito insensibile alle clausole dell'art. 114 Cpp che eliminano progressivamente le paratie dei divieti di pubblicazione in ragione dell'evoluzione del rito. Il segreto investigativo e i divieti di pubblicazione, infatti, si sono sino ad ora declinati prevalentemente in ragione della tutela di beni giuridici in qualche misura "deperibili" perché endoprocessuali: il segreto investigativo tutela le indagini ed ha senso solo nella misura in cui i relativi atti non siano divenuti noti; il divieto di pubblicazione del testo degli atti garantisce la verginità cognitiva del giudice di merito rispetto ai contenuti della fase preliminare, ed anche quello è progressivamente destinato a scemare, man mano che il rito va verso il suo epilogo e a seconda dei modi in cui vi perviene. Ma la riservatezza è un valore "permanente", che cede alle ragioni del processo solo in quanto gli elementi raccolti violandola siano per esso rilevanti e spendibili; in caso contrario, resta intatta e va preservata, per sempre.

Il punto, però, è che l'art. 114 co. 2 *bis* Cpp non è solo nel sistema: si accompagna in realtà all'art. 269 co. 1 Cpp, il cui secondo periodo precisa, con riferimento ai materiali contenuti nell'archivio digitale, che «non sono coperti da segreto solo i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo di cui all'articolo 373 co. 5, o comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari». Sia pur nella forma contorta (chissà perché) della formulazione in negativo, il legislatore ha stabilito in questa sede che le captazioni (verbali, registrazioni e, si

²⁷ In questa prospettiva, si tratterebbe di una disciplina «rinforzata» rispetto all'art. 114 co. 7 Cpp (L. Giuliani, sub art. 291 c.p.p., in *Commentario Illuminati-Giuliani*, cit., 1284).

direbbe, flussi di informazioni) sono segrete *in toto* fino all'acquisizione e cessano di esserlo solo dopo e per la sola parte acquisita.

Si tratta, in altri termini, di una nuova tipologia di segreto, prevista con una norma speciale e *in parte qua* prevalente rispetto alle clausole generali sul segreto di indagine, oltre che connotata da una *ratio* differente, ossia la protezione della riservatezza²⁸ delle persone coinvolte nel rito come dei terzi estranei ad esso, le cui conversazioni e comunicazioni siano state intercettate. Il senso del testo normativo appare chiaro sul punto ed è supportato dalle previsioni che, in materia di archivio, da un lato, richiamano esplicitamente l'esigenza di «segretezza» dei materiali non acquisibili o sensibili; dall'altro, assegnano al Procuratore il compito di impartire le prescrizioni «necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto (...) custodito» nell'archivio stesso (art. 89 *bis* co. 2 NAttCp). Tutte disposizioni, queste, che perderebbero di significato precettivo se non fossero legate a una forma di segreto normativamente imposto a protezione delle captazioni²⁹.

Collegando la clausola con le disposizioni generali dell'art. 114 Cpp, tuttavia, questa forma di segreto comporterebbe di per sé l'attivazione del corrispondente divieto di pubblicazione assoluto per gli atti fino a quando restano segreti e relativo (solo per il testo), per quelli che non lo sono più (art. 114 co. 1, 2 e 7 Cpp), che diventerebbero pubblicabili nel contenuto. Il quesito che sorge dunque è quale utilità possa avere a fronte dell'art. 269 co. 1 Cpp il nuovo art. 114 co. 2 *bis* Cpp: apparentemente, infatti, le due previsioni avrebbero senso se prese singolarmente e inserite (l'una senza l'altra) nel sistema previgente. Introdotte insieme, comportano l'inutilità di una rispetto all'altra, almeno nella parte in cui siano riferibili agli stessi materiali. In altri termini, una volta affermato che le captazioni non acquisite sono radicalmente segrete, il relativo divieto di pubblicazione pareva già declinato dall'art.

²⁸ Cfr. L. Filippi, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *DPP* 2020, 461; M. Gialuz, *Segreto*, cit., 67; nonché 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 *LP* 2018, 50 (in ordine alla riforma Orlando). L'assetto era invece assai più dubbio sul testo del decreto legge prima della conversione, in cui l'abrogazione di alcuni riferimenti al segreto aveva creato confusione: per G. Santalucia, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *SP* 2020 (1), 56, il segreto era comunque configurabile; *contra* F. Caprioli, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *CP* 2020, 1385, in base alla considerazione che, se il sistema prevedesse una forma specifica di segreto sulle intercettazioni, l'art. 114 co. 2 *bis* Cpp sarebbe una previsione inutile e che a supportare l'esistenza del segreto non basterebbero i riferimenti alla segretezza delle captazioni rinvenibili nelle norme sull'archivio; nel medesimo senso, con serie perplessità anche in ordine alla disciplina modificata dalla legge di conversione, S. Renzetti, sub *artt. 266-272 c.p.p.*, cit., 1156 s.

²⁹ La segretezza comporta altresì la riconducibilità di eventuali violazioni alle norme incriminatrici che la presidiano, ossia gli artt. 326 (rivelazione e utilizzazione dei segreti d'ufficio) e 379 *bis* Cp (rivelazione di segreti inerenti a un procedimento penale): cfr. M. Gialuz, *Segreto*, cit., 68.

114 co. 1 e 2 Cpp e in questa prospettiva l'introduzione del comma 2 *bis* non aggiungerebbe nulla di più³⁰.

Semmai, ci si deve chiedere se i materiali cui gli artt. 114 co. 2 *bis* e 269 co. 1 Cpp si riferiscono siano perfettamente sovrapponibili, visto che le definizioni normative non sono identiche³¹. Il primo si riferisce a modalità acquisitive precise, ricostruite per rinvio alle norme che le prevedono, disciplinando la selezione in corso di indagine, alla chiusura delle indagini dopo l'invio dell'avviso di conclusione delle stesse ovvero dopo il decreto che dispone il giudizio immediato. Il secondo, invece, richiama innanzitutto le captazioni «acquisite al fascicolo di cui all'articolo 373 co. 5» Cpp. Quest'ultima formula è ereditata dal d.lgs. 216/2017, nel cui contesto faceva rinvio a specifici passaggi acquisitivi, che, ai sensi degli artt. 268 *ter* e 268 *quater* Cpp, prevedevano appunto espressamente l'inserimento sia degli atti che dei verbali delle intercettazioni nel fascicolo di indagine *ex art.* 373 co. 5 Cpp. Abrogate quelle previsioni, c'è da chiedersi ora se le acquisizioni al fascicolo di indagine menzionate dall'art. 269 co. 1 Cpp siano gli stessi materiali acquisiti *ex artt.* 268, 415 *bis* e 454 cui rinvia l'art. 114 Cpp. Si direbbe di sì, a guardar bene, se si considera che la selezione di cui all'art. 268 avviene in corso di indagine e i relativi materiali una volta trascritti dovrebbero essere verosimilmente collocati nel fascicolo relativo, prima dell'inserimento *ex art.* 431 Cpp nel fascicolo dibattimentale. Lo stesso è a dirsi per le ipotesi di acquisizione "consensuale", gestita dalle parti dopo l'avviso di conclusione delle indagini, in cui altro fascicolo in cui collocare le trascrizioni non c'è. Analoghe conclusioni si possono trarre per il caso del giudizio immediato, anche se in questa evenienza la permanenza nel fascicolo di indagine potrebbe essere transitoria, visto che di lì a poco si dovrebbe formare il fascicolo dibattimentale per l'immediato; ad esso potrebbe però non pervenirsi in caso di trasformazione del rito, quindi avrebbe senso considerare il passaggio innanzitutto nel fascicolo di indagine, unico presente al momento della selezione dopo la notifica del decreto.

Resta dubbia, infine, la sorte degli atti delle intercettazioni che non siano verbali e registrazioni, unici ai quali si faccia riferimento nell'art. 269 co. 1 Cpp riguardo al segreto. Gli altri atti relativi alle captazioni, infatti, menzionati nella prima parte del comma 1 come oggetto di conservazione integrale nell'archivio digitale, non sono espressamente considerati dal segreto speciale che la seconda parte della norma sancisce³². Sembra potersene desumere che essi siano coperti dal comune segreto

³⁰ G. Santalucia, *op. cit.*, 57; per M. Gialuz, *Segreto*, cit., 68, la scelta normativa è però ragionevole in prospettiva "politica", per sottolineare la specialità di una disciplina dedita alla tutela di un bene giuridico come la riservatezza, in passato fuori dall'oggetto di tutela del divieto di pubblicazione.

³¹ Il passaggio è oscuro e non è detto che le categorie di atti cui le norme fanno riferimento coincidano, per S. Renzetti, *sub artt.* 266-272 *c.p.p.*, cit., 1157.

³² Non sembra di grande aiuto all'interprete il testo dell'art. 89 *bis* NAttCpp, che ai sensi del comma 1

investigativo ex art. 329 co. 1 Cpp, quanto meno nella misura in cui rientrano nella categoria delle richieste del pubblico ministero al giudice per il compimento di atti di indagine e dei provvedimenti del giudice che dispongano su tali richieste, quindi limitatamente alle richieste di autorizzazione e ai provvedimenti autorizzativi, nonché (per ragionevole lettura estensiva) alle richieste e concessioni delle proroghe. Resterebbero scoperti i decreti del pubblico ministero che dispongano, d'urgenza o previa autorizzazione, le captazioni, a meno di ricondurli *tout court* (come sembra ragionevole fare) alla categoria degli atti di indagine compiuti direttamente dal pubblico ministero e quindi segreti comunque ex art. 329 co. 1 Cpp.

5. Residua un passaggio sul quale gli artt. 114 co. 2 *bis* e 269 co. 1 seconda parte Cpp non sembrano sovrapponibili, a prima lettura, lasciando un dubbio sul regime di pubblicabilità dei relativi atti. Ai sensi dell'art. 269 co. 1 Cpp non sono più coperti da segreto verbali e registrazioni delle intercettazioni, una volta che siano stati «comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari», anche se non per questo acquisiti al fascicolo di indagine (altrimenti rientrerebbero nella prima parte del disposto). In tal caso, non essendo più segreti, i materiali *de quibus* dovrebbero essere pubblicabili nel contenuto secondo la regola generale dell'art. 114 co. 7 Cpp. Tuttavia, la norma speciale di cui all'art. 114 co. 2 *bis* Cpp fa riferimento alla possibilità di pubblicare il contenuto non di quanto comunque utilizzato nel procedimento, ma solo di ciò che ha effettivamente superato il vaglio selettivo deputato all'acquisizione: dunque, a mente di tale previsione, ciò che – pur utilizzato in corso di indagine – non è stato (ancora) acquisito, resta non pubblicabile.

Lo scollamento tra le due disposizioni comporta, dunque, che ciò che è impiegato durante le indagini prima della performance acquisitiva dell'art. 268 Cpp, ad esempio a supporto di una richiesta cautelare o di un provvedimento giudiziale *de libertate*, cessa di essere segreto, essendo dunque rivelabile. Non per questo, però, viene meno il divieto di pubblicazione del contenuto, che per effetto dell'art. 114 co. 2 *bis* Cpp viene rinviato al momento dell'acquisizione effettiva, previa selezione dei materiali effettivamente rilevanti. Il legislatore sembra avere sganciato in questo caso segreto e divieto di pubblicazione, sul presupposto evidentemente che quest'ultimo comporti una diffusione più ampia, che non può tollerarsi nemmeno in base a un uso provvisorio in sede di indagine, sino a quando la selezione a scopi acquisitivi (avvenuta con la

colloca nell'archivio delle intercettazioni sia i verbali, che le registrazioni, che gli "atti" delle intercettazioni, ma poi al comma 2 riferisce la segretezza solo alla "documentazione" relativa alle intercettazioni non necessarie, irrilevanti o relative a dati sensibili e infine parla di un'esigenza di tutela del segreto (di nuovo) su (apparentemente tutto) quanto custodito nell'archivio. In sostanza, un andamento testuale altalenante, che sul materiale oggetto del segreto non pare decisivo.

partecipazione della difesa) non assicuri che quanto pubblicabile sia davvero funzionale all'uso processuale.

Un simile assetto sollecita comunque diverse considerazioni.

Innanzitutto, per questa parte l'art. 114 co. 2 *bis* Cpp recupera autonomia funzionale: in assenza di esso, infatti, la caduta del segreto ex art. 269 co. 1 Cpp sulle captazioni utilizzate in corso di indagine avrebbe comportato anche la pubblicabilità dei relativi contenuti (art. 114 co. 2 e 7 Cpp)³³; è solo la formulazione riduttiva del nuovo art. 114 co. 2 *bis* Cpp ad impedirla.

Inoltre, si pone il problema di come assicurare in concreto il rispetto del divieto quando l'uso delle captazioni in corso di indagine sia legato – come di norma avviene – al relativo impiego nella motivazione o nell'apparato argomentativo di un altro atto o provvedimento, che a sua volta ha un proprio regime di segretezza e pubblicabilità. In simili casi, insomma, in che termini le intercettazioni mantengono autonomia rispetto all'atto nel quale sono incorporate e al relativo regime di divulgazione?

Il problema è particolarmente evidente con riferimento alle captazioni impiegate a supporto delle ordinanze cautelari che, come si è visto, il legislatore ribadisce che sono pubblicabili, ex art. 114 co. 2 ultimo periodo, Cpp. Essendo pubblicabile l'atto, se questo si basi sulle risultanze di intercettazioni non ancora acquisite, e dunque utilizzate in corso di indagine, ma non selezionate e quindi non pubblicabili, resta dubbio entro quali limiti si possa dare conto pubblicamente del provvedimento. Si può ritenere infatti che le captazioni accedano *in parte qua* all'ordinanza cautelare e risultino quindi pubblicabili con essa (di fatto, così, facendo prevalere il regime generale del divieto su quello speciale relativo alle intercettazioni). In alternativa, si può immaginare che i due regimi coesistano e che l'ordinanza sia divulgabile, epurata però dei contenuti delle intercettazioni che siano state impiegate in motivazione, con una sorta di *omissis*³⁴. Non sfugge che quest'ultima impostazione assegna maggiore rilievo al disposto degli artt. 114 co. 2 *bis* Cpp, che in tal modo pare funzionale a proteggere il captato da indebite divulgazioni “mediate” da atti diversi. Tuttavia, almeno in parte sembra eccessiva, consigliando un'esegesi intermedia, per ragioni sistematiche e per un migliore bilanciamento dei valori in gioco.

La sottolineatura dell'ostensibilità pubblica dei provvedimenti cautelari risponde all'avvertita esigenza di dare conto ai consociati dell'esercizio del potere di limitazione della libertà personale e delle ragioni sulle quali si fonda. Benché non sfugga come ciò possa riverberarsi in forme aberranti di giustizia mediatica a danno dell'imputato, resta importante che in un sistema democratico vi sia assoluta trasparenza sul quando e come il potere cautelare sia stato impiegato (ovviamente, dopo l'esecuzione del

³³ M. Gialuz, *Segreto*, cit., 71.

³⁴ M. Gialuz, *Segreto*, cit., 71.

provvedimento e non prima³⁵). In quest'ottica, lascia perplessi immaginare che, quando un'ordinanza cautelare sia stata emessa in base a risultati delle intercettazioni, di esse non si possa fare cenno alcuno; le relative lacune renderebbero sovente oscuro perché il provvedimento *de libertate* sia stato adottato e, in casi estremi nei quali magari le captazioni offrano gli unici o determinanti elementi a sostegno dell'ordinanza, le ragioni di essa sarebbero del tutto incomprensibili³⁶. La logica del sistema è quella di far cedere la protezione della riservatezza di fronte all'uso processuale (o investigativo) delle registrazioni e dei verbali e non si vede perché vi si dovrebbe rinunciare nei casi di maggiore delicatezza, come i provvedimenti cautelari. Vietare del tutto di menzionarne le ragioni quando si basino su conversazioni o comunicazioni intercettate non sembra dunque convincente. Del resto, adottando questa prospettiva non si vede che senso potrebbero avere le cautele redazionali rigidissime concernenti proprio le richieste e i provvedimenti cautelari: perché preoccuparsi di far riportare solo brani essenziali delle conversazioni rilevanti, se comunque non sarebbero pubblicabili in alcun modo?

Non persuade neppure la conclusione radicalmente opposta, però: il fatto che un brano di una conversazione sia posto a base del provvedimento cautelare non potrebbe giustificare la pubblicabilità di tutta la registrazione o di tutto il verbale da cui proviene, che non per questo esce *in toto* dalla zona protetta dell'archivio. Del resto, sarebbe soluzione eccessiva, perché alla collettività non servirebbe conoscere l'intera conversazione registrata, ma solo comprendere in che modo da un passaggio di essa siano stati dedotti i presupposti della cautela applicata.

Meglio dunque leggere le norme in base ai confini reciproci che tracciano, adottando una soluzione intermedia. L'art. 114 co. 2 *bis* Cpp impedisce di pubblicare il non acquisito, ma il comma precedente autorizza la pubblicazione dell'ordinanza cautelare: se ne dovrebbe desumere che le porzioni di intercettazioni riportate nell'ordinanza siano pubblicabili insieme a questa, mentre le conversazioni dalle quali provengano non sono comunque accessibili tramite il relativo varco, neppure se utilizzate a supporto della richiesta cautelare del pubblico ministero e oggetto del vaglio del giudice. In tal caso, infatti, sono state usate nel corso delle indagini, sicché non sono più segrete e sono rivelabili *ex art. 269 co. 1 Cpp*, ma restano non acquisite e

³⁵ Per la condivisibile critica del fatto che tuttora l'ordinanza cautelare non sia segreta prima della sua esecuzione, malgrado sia evidentemente essenziale che non venga divulgata precocemente, v. G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini*, cit., 129. Sembra ritenere che l'ordinanza non sia comunque pubblicabile, già adesso, prima dell'esecuzione, G. Amato, *Ordinanza cautelare, pubblicabili solo i dati che sono stati acquisiti*, in *GD 2020* (13), 40.

³⁶ Un'oscurità che non gioverebbe all'imputato, peraltro, giacché la pubblica opinione, in presenza di un provvedimento cautelare che saprebbe fondato su intercettazioni – ma dal contenuto occulto – sarebbe autorizzata ad elucubrare le più svariate ricostruzioni della vicenda, che non è certo scontato che sarebbero innocentiste.

dunque non pubblicabili *ex art. 114 co. 2 bis Cpp*³⁷. La sola porzione riportata nell'ordinanza, invece, (auspicabilmente) per la parte essenziale, come prescritto dalla legge, accede al regime di divulgabilità del provvedimento e può quindi essere pubblicata; il che non dovrebbe essere allarmante, considerando che si tratterebbe della divulgazione di contenuti già selezionati per le porzioni essenziali e a loro volta (si direbbe) provenienti dai verbali di ascolto, che ne riportano sommariamente i contenuti³⁸.

Resta da chiedersi come ci si debba determinare quando le risultanze delle captazioni siano impiegate in atti diversi da quelli cautelari, rispetto ai quali non soccorrono norme speciali neppure quanto alle cautele redazionali. Le porzioni – in tal caso stilisticamente non vigilate – delle conversazioni o comunicazioni che vi siano riportate accedono anche in tali evenienze al regime dell'atto che le contiene, risultando pubblicabili assieme ad esso nei limiti e dal momento in cui la legge reputa che l'atto debba essere reso ostensibile alla collettività. Se è un atto di indagine, una richiesta volta a chiedere l'autorizzazione per compierlo o il provvedimento che la concede, l'atto è segreto e non pubblicabile fino al momento in cui è conoscibile all'imputato e pubblicabile nel contenuto successivamente: porterà con sé anche i brani di captazioni che contenga (a quel punto però pubblicabili anch'essi solo nel contenuto), mentre le conversazioni dalle quali siano stati estratti restano non più segrete (*ex art. 269 co. 1 Cpp*), ma non pubblicabili (*ex art. 114 co. 2 bis Cpp*). Se non si tratta di un atto di indagine (si pensi a richieste e provvedimenti in tema di ammissione dell'incidente probatorio o alle cautele reali), il ragionamento sarà lo stesso, tenendo conto però che l'atto nasce non segreto ed è quindi sin dal principio pubblicabile. È chiaro che in simili evenienze potrebbe sentirsi la mancanza di quelle cautele nella redazione degli atti che invece per i provvedimenti *de libertate* ci si è premurati di sancire.

³⁷ Ritiene che siano pubblicabili le sole porzioni di intercettazioni «richiamate e riprodotte» nell'ordinanza cautelare, con esclusione di quelle «diverse e/o ulteriori», G. Amato, *Ordinanza cautelare*, cit., 40.

³⁸ Vale la pena di rammentare che incide molto in questa materia il modo di leggere il disposto dell'art. 114 co. 2 Cpp. Se si ritiene che il riferimento agli atti “non più” segreti implichi che solo gli atti che nascono segreti siano non pubblicabili nel testo ma pubblicabili nel contenuto, esso non può riferirsi alle ordinanze cautelari, che nascono non segrete e quindi sono dal principio pubblicabili anche testualmente. In questo quadro, la pubblicabilità dell'ordinanza come ricostruita *supra* porta con sé la pubblicabilità anche testuale dei brani delle captazioni che vi siano riportati. Aderendo all'opposta esegesi, per cui l'art. 114 co. 2 e 7 Cpp andrebbero riferiti anche agli atti sin dal principio non segreti autorizzandone comunque la pubblicazione del contenuto (ma non del testo), la ricostruzione data sopra appare ancor meno rischiosa per la privacy, giacché la pubblicabilità del contenuto dei brani essenziali riportati nell'ordinanza si tradurrebbe in una specie di riassunto di una porzione di un altro riassunto (quello dei brogliacci). Per le diverse ricostruzioni del portato dell'art. 114 Cpp, v. *supra*, nota 14.

In ogni caso, un dato è palese: l'articolazione complessa della normativa e scelte non accompagnate da un linguaggio tecnico vigilato e dallo sforzo per mantenere coerenza sistematica alla disciplina forniscono ora ad interpreti e operatori un quadro incerto. Un esito tanto più grave, quando il bilanciamento dei valori in gioco è delicatissimo, i beni giuridici potenzialmente a rischio hanno caratura fondamentale e i confini tra ciò che è consentito e ciò che non lo è dovrebbero essere impeccabilmente chiari, non solo per i giuristi, ma per tutti i consociati.

ILP