



UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE

OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

PROFILI DI INCOSTITUZIONALITA' DELLE MODIFICHE IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI

(DECRETO LEGISLATIVO 29 DICEMBRE 2017 N. 216, EMANATO IN FORZA DEGLI ARTICOLI 1, C. 82, 83 E 84, LETT. A), b), c), d), e), LEGGE DELEGA N.103/17)

La riforma della normativa sulle intercettazioni, varata con il decreto legislativo 216/2017, ha istituito un sottosistema procedurale, il cui fine dichiarato è quello di tutelare la riservatezza dei cittadini, incisa dalla illegittima, e molto spesso anche illecita, diffusione mediatica di conversazioni irrilevanti ai fini dell'accertamento giurisdizionale, ovvero di conversazioni attinenti a dati, definiti dalla legge, sensibili (art. 4 d.lgs. 196/2003).

Tuttavia, **il pur condivisibile scopo di voler contenere il rischio di indebita diffusione delle informazioni** in alcun modo attinenti ai fatti processuali acquisite mediante l'impiego dei mezzi tecnici idonei alla captazione delle conversazioni, ovvero dei flussi informatici o telematici, anche mediante inserimento in dispositivi elettronici portatili di un captatore informatico, **non ha trovato un corretto e adeguato bilanciamento con i principi costituzionali e convenzionali enunciati in tema di giusto processo.**

In particolare, con questo decreto legislativo, **il Governo ha introdotto una complessa procedura protocollare che**, al di là della sua concreta idoneità ad evitare la diffusione del materiale informativo acquisito mediante intercettazione, **sacrifica in modo ingiustificato e sproporzionato,** rispetto agli obiettivi di tutela della *privacy*, cui è teso – come detto – l'impianto introdotto dalla novella in commento, **il diritto del cittadino (indagato e/o imputato) alla effettiva (non solo potenziale) conoscenza di tutto il materiale probatorio acquisito attraverso l'impiego di tali mezzi di ricerca della prova, vanificando, in concreto, l'esercizio delle prerogative di cui agli artt. 24 comma 2 e 111 comma 3 della Costituzione, oltre che di quelle disciplinate dagli artt. 6 e 8 della C.E.D.U.**

Di conseguenza, il primo profilo di tensione costituzionale che si registra tra alcune norme introdotte con il decreto legislativo 29 dicembre 2017 n. 216 e i principi costituzionali dettati in materia di giusto processo e di inviolabilità del diritto di difesa è, quindi, costituito dall'evidente soccombenza di queste inviolabile prerogative in favore di una sedicente tutela della riservatezza.

Senza voler addentrarsi in considerazioni diverse da quelle strettamente giuridiche, va senza dubbio

Unione Camere Penali Italiane

Via del Banco di S. Spirito, 42 00186 Roma

Tel +39 06 32500588 - segreteria@camerepenali.it - www.camerepenali.it

C.F. 05386821002 - P.I. 08989681005



messo in evidenza che la lesione del diritto alla riservatezza dei cittadini si realizza nel momento stesso in cui si procede alla captazione delle conversazioni, ovvero di ogni altra forma di comunicazione. Sicché, la regolamentazione della conservazione delle informazioni acquisite mediante le intercettazioni, siano esse ambientali, siano esse telefoniche, siano esse telematiche o di qualsiasi altra natura, risponde all'esigenza che, dalla lesione al diritto alla riservatezza, non si realizzino ulteriori conseguenze negative ai danni dei soggetti intercettati, ovvero di coloro i quali siano venuti in contatto con costoro, ma non incide concretamente sulla tutela delle libertà dei cittadini.

Come è stato ben osservato da molti giuristi, quindi, il sottosistema nato dal varo del d.lgs. 216/2017 non offre alcuna tutela effettiva e concreta al diritto alla riservatezza, in quanto ne viene riconosciuta la pienezza solo nel ristretto confine di ciò che viene ritenuto (peraltro con giudizio unilaterale e necessariamente approssimativo, soprattutto in considerazione della fase in cui avviene la selezione) dagli organi inquirenti probatoriamente irrilevante (anzi manifestamente irrilevante), senza alcun serio approfondimento delle criticità che da sempre vengono evidenziate sulle modalità di conservazione e di selezione del materiale intercettivo in rapporto alla lesione delle garanzie costituzionali, processuali, sociali e democratiche, che permangono intatte anche a seguito della riforma attuata.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la normativa oggetto di commento non prevede alcuna disciplina tesa a regolamentare la conservazione prima della procedura ex artt. 268 bis, 268 ter e 268 quater c.p.p. del materiale intercettivo ritenuto irrilevante, ovvero quello afferente a dati sensibili, o di cui è vietata la trascrizione per l'oggetto o per la qualifica dei soggetti intercettati; così come non è dettata alcuna disciplina in relazione alla conservazione e alle modalità di trasmissione al P.M. delle annotazioni ex art. 267 comma 4 c.p.p. che l'Ufficiale di Polizia Giudiziaria è chiamato a redigere nel caso in cui proceda, ai sensi dell'art. 268 comma 2 bis c.p.p., a non trascrivere il contenuto delle conversazioni intercettate.

In realtà, solo in relazione all'ipotesi in cui il pubblico ministero autorizzi la polizia giudiziaria a differire la trasmissione degli atti relativi alle intercettazioni ad un momento successivo alla scadenza del termini per lo svolgimento delle operazioni (che inevitabilmente diverrà la prassi, così come, peraltro lo è già oggi), l'art. 268 comma 4 c.p.p. impone che nel relativo decreto siano indicate *"le prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso"*.

D'altra parte, neppure sono state introdotte specifiche sanzioni penali e processuali a salvaguardia del rispetto della disciplina introdotta e, al tempo stesso, funzionali a garantire in modo più cogente il rispetto delle norme specificamente tese a tutelare la privacy dei cittadini e a evitare che, nella complessità procedurale, si annidino iniziative selettive del materiale probatorio che comportino di fatto l'inibizione del concreto ed effettivo esercizio del diritto di difesa.

Pertanto, per comprendere come la complessa procedura congegnata dal legislatore sia di scarsissima efficacia ai fini della tutela della *privacy*, non è necessario attendere che la stessa vada a regime, poiché ad essere fallimentare è l'idea stessa che la riservatezza possa trovare momento di tutela evitando il rischio di pubblicazione di materiale scartato dall'investigatore, perché non utile per sostenere l'accusa in quanto i c.d. *"dati sensibili"* (previsti dall'art 4, lett. d, D.Lgs 30 Giugno 2003 n. 196 (c.d. Codice della Privacy, e relativi a opinioni politiche o religiose, sfera sessuale, stato di salute), sono statisticamente una



percentuale assai ridotta della massa delle conversazioni captate dall'inquirente. Tutto ciò, senza voler considerare che l'abusiva diffusione dei dati sensibili su indagati e terzi estranei, nella stragrande maggioranza dei casi, non riguarda le captazioni "scartate", bensì quelle cui la P.G. ed il P.M. annettevano e continueranno ad annettere un valore ai fini della dimostrazione dei fatti.

In parole semplici, ma senza dubbio efficaci: la secretazione dell'irrelevante a giudizio della P.G., che seleziona per rafforzare la tesi ricostruttiva dell'accusa, non impedirà le pubblicazioni nocive.

L'inefficienza, quindi, della complessa procedura protocollare, che si procederà ad analizzare nelle sue criticità, radicalizza ancor di più il conflitto costituzionale con i principi declinati nella Costituzione regolatori del giusto processo. Si tratta, infatti, di un complesso di norme poste a tutela di beni che non possono soccombere nel bilanciamento con la *privacy* che, nonostante costituisca un diritto tutelato a livello costituzionale, è da considerarsi di portata certamente minore e, quindi, recessivo di fronte all'esigenza di giustizia che si concretizza, non solo garantendo agli organi della giurisdizione tutti gli strumenti utili alla repressione e all'accertamento dei fenomeni criminali, ma anche e soprattutto assicurando al cittadino, cui viene mossa una specifica accusa, il pieno, completo ed effettivo esercizio del diritto di difesa.

Ebbene con questo documento, non potendosi procedere ad una analisi complessiva di tutte le problematiche di natura costituzionale che la riforma varata pone all'attenzione degli operatori e degli studiosi del diritto, si procederà ad indicare quelle norme che più di altre incidono sul concreto ed effettivo esercizio del diritto di difesa, elemento fondante, e allo stesso tempo qualificante, il sintagma "giusto processo".

Per quanto assume rilievo ai fini del presente elaborato, le disposizioni rilevanti, quali norme parametro della costituzionalità delle modifiche apportate dal d.lgs. 216/201 (art., 267 comma 4, 268 comma 2, 2 bis, 2 ter, 4, 268 bis comma 2, 268 ter comma 3, 269 comma 1, 291 comma 1 e 1 ter, 292 comma 2 quater c.p.p. e 89 bis comma 3 e 92 comma 1 bis disp.att. c.p.p.), **sono quelle contenute negli artt. 3, 24 comma 2, 111 comma 3 e 117 cost. in relazione all'art. 6, par. 3, lett. b) e c) Conv., a mente delle quali il diritto di difesa è inviolabile e la persona accusata (al di là del suo difensore) ha il diritto di difendersi anche personalmente e deve disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la propria strategia.**

Nello specifico, i profili di tensione costituzionale che si registrano tra le norme parametro indicate e quelle procedurali introdotte e/o modificate dal d.lgs. 216/2017, si fondano essenzialmente sulla lesione, irragionevole e sproporzionata (art. 3 Cost.), **che la persona accusata subisce nel concreto esercizio dei propri di diritti di difesa (art. 24 comma 2, 111 comma 2, 3, 4 Cost. e 6 par. 3 lett. b) e c) C.E.D.U.) dal fatto che la preselezione arbitraria e unilaterale del materiale intercettivo utile e rilevante ai fini della verifica dell'ipotesi accusatoria da parte della P.G.** (peraltro in una fase anche embrionale dell'indagine e senza che gli Ufficiali delegati abbiano contezza di tutto il materiale investigativo) **non sia controbilanciata dalla trascrizione sommaria di tutte le conversazioni, con facoltà da parte dell'indagato e/o imputato e del suo difensore di estrarre copia dei verbali trascrittivi e dei supporti audio, ovvero di ascolto diretto presso l'archivio riservato da parte della persona interessata.**



ANALISI DELLA DISCIPLINA NORMATIVA RELATIVA ALLA PROCEDURA DI STRALCIO C.D. ORDINARIA IN RAPPORTO ALLE MODIFICHE DI CUI AGLI ARTT. 267 COMMA 4, 268 COMMA 2, 2 BIS, 2 TER, 4, 268 BIS COMMA 2, 268 TER COMMA 3, 269 COMMA 1, 291 COMMA 1 E 1 TER C.P.P. E 89 BIS COMMA 3 E 92 COMMA 1 BIS DISP.ATT. C.P.P. IN RELAZIONE AGLI ARTT. 3, 24 COMMA 2, 111 COMMA 3 DELLA COSTITUZIONE E 117 COST. IN RELAZIONE ALL'ART. 6, PAR. 3, LETT. B) E C) C.E.D.U.

Passaggio centrale della riforma varata con il d.lgs. 216/2017 è certamente rappresentato dalla procedura di stralcio c.d. ordinaria. Il nuovo impianto normativo si fonda essenzialmente sulla scissione del fascicolo relativo alle operazioni di intercettazione da quello procedimentale in senso stretto. Più chiaramente, a differenza di ciò che avveniva in base alla precedente normativa, quando non siano state adottate misure cautelari (in tale caso le conversazioni utilizzate vengono, a mente dell'art. 268 ter comma 1 c.p.p., direttamente inserite dal P.M., unitamente ai relativi verbali, nel fascicolo ex art. 373 comma 5 c.p.p.), i risultati delle intercettazioni possono confluire nel fascicolo del procedimento solo a seguito della suddetta procedura.

La procedura di stralcio, quindi, nella complessa disciplina protocollare introdotta dal decreto in commento costituisce il passaggio indispensabile per acquisire le intercettazioni al fascicolo delle indagini e deve essere necessariamente innescata dalla P.A., se la stessa intenda avvalersi dei risultati del mezzo di ricerca della prova impiegato per la verifica dei fatti oggetto dell'attività investigativa.

Dal punto di vista prettamente normativo, la P.A., successivamente alla conclusione delle operazioni, deve procedere, ai sensi dell'art. 268 bis c.p.p., al deposito (che, come già in precedenza previsto e come, d'altra parte, è prassi consolidata, può essere ritardato non oltre la chiusura delle indagini in caso di grave pregiudizio per le stesse, ex art. 268-bis, comma 3 c.p.p.) delle *“annotazioni, i verbali e le registrazioni, unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione”*. Il pubblico ministero, contestualmente al deposito, deve formare *“l'elenco delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti a fini di prova”* (art. 268-bis, comma 1 c.p.p.) e **far dare avviso ai difensori della facoltà di esaminare gli atti, prendere visione dell'elenco ed ascoltare le registrazioni (art. 268-bis, comma 2 c.p.p.)**.

L'art. 268-ter, comma 2 c.p.p. dispone che entro cinque giorni dal deposito il pubblico ministero deve presentare al giudice la richiesta di acquisizione delle registrazioni contenute nell'elenco, dando contestuale comunicazione ai difensori.

A questo punto, l'art. 268 ter comma 3 c.p.p. declina le facoltà spettanti alla difesa, la quale ha a disposizione il termine di **dieci giorni** dalla notifica ricezione dell'avviso di deposito ex art. 268-bis, comma 2 c.p.p. per *“richiedere l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, rilevanti a fini di prova, non comprese nell'elenco formato dal pubblico ministero, ovvero l'eliminazione di quelle, ivi indicate, inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale, ai sensi di quanto disposto dal comma 2-bis dell'articolo*

268”, eventualmente prorogabile per ulteriori **dieci giorni** “*in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni*” (art. 268-ter, comma 3, ultimo periodo c.p.p.).

Come si può notare, dall’analisi del protocollo introdotto dal decreto legislativo 216/2017, la difesa tecnica è costretta ad esercitare il proprio controllo sia sul materiale intercettivo selezionato sia su quello accantonato, sia su quello, nemmeno indicizzato dagli Ufficiali di P.G. delegati e/o dal Pubblico Ministero, in un margine di tempo eccessivamente ristretto che, nella maggior parte dei processi con molti imputati o dove il numero di intercettazioni è elevatissimo, non può che, di fatto, sterilizzare i diritti di difesa del cittadino.

È chiaro, infatti, che già le scansioni temporali previste dalla normativa in commento si pongono in insanabile contrasto con l’art. 111, comma 3 della Costituzione e con l’art. 6 par.3 lett. b) e c) C.E.D.U. nella parte in cui dispongono che **“la persona accusata deve disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la propria strategia”**, dal momento che si impone alla difesa tecnica di effettuare un controllo e un saggio sulla rilevanza o meno di un numero molto spesso elevatissimo di intercettazioni in un tempo così limitato, senza, ed è questo il dato che non consente di individuare sfoghi interpretativi che armonizzino la normativa *de qua* con i suindicati principi, poter neppure estrarre copia dei verbali ex art. 268 comma 2 e 2 bis c.p.p. e delle annotazioni ex art. 267 comma 4 c.p.p., ovvero richiedere la trasposizione delle conversazioni intercettate o dei flussi informatici o telematici captati su supporto informativo, e senza disporre nemmeno di una sintesi dei contenuti delle intercettazioni ritenute irrilevanti in ragione del divieto previsto dal comma 2 bis art 268 cpp.

In concreto, quindi, il difensore a seguito del deposito ex art. 268 bis c.p.p., una volta ricevuto il relativo avviso, senza alcuna possibilità di estrarre copia dei verbali e delle annotazioni, sarà costretto, entro dieci giorni, prorogabili per ulteriori 10, ad accedere presso la cancelleria del P.M. per verificare gli elenchi e i verbali di trascrizione delle conversazioni di cui lo stesso ha chiesto l’acquisizione al fascicolo ex art. 373 comma 5 c.p.p., al fine di esercitare il controllo sulla legittimità della sua richiesta, e, allo stesso tempo, ad accedere presso l’archivio di cui all’art. 89 bis disp. att. c.p.p. per visionare le annotazioni ex art. 267 comma 4 c.p.p. e ascoltare le conversazioni scartate per individuare quelle rilevanti a fini difensivi.

È del tutto evidente che il rapporto tra la tempistica indicata dalla nuova normativa e gli strumenti di cui può disporre la difesa (mero esame della documentazione e ascolto delle conversazioni) amplifica ancor di più la compressione dei diritti di difesa del cittadino, al quale non è garantita una procedura che per tempi e strumenti gli consenta di esercitare concretamente le proprie facoltà difensive. Ciò, tanto più ove si tenga conto che il divieto di trascrizione sommaria delle conversazioni, discrezionalmente valutate irrilevanti dalla P.G., comporta per la difesa l’onere di individuare, senza alcun ausilio nella ricerca, ma solo mediante l’ascolto, le conversazioni eventualmente utili al proprio assistito tra quelle conservate nell’archivio di cui all’art. 89 bis disp.att. c.p.p.

Proprio quest’ultimo tema assume, nell’economia delle valutazioni sulla tenuta costituzionale della normativa in commento, una portata assolutamente decisiva, poiché la dispersione del materiale informativo contenuto nelle conversazioni ritenute dalla P.G. irrilevanti ai fini dell’indagine, e quindi non trascritte, non potrà in alcun modo essere arginata con il meccanismo del mero ascolto, senza alcuna



possibilità di disporre di indicazioni anche sommarie sul contenuto.

In presenza del troncante divieto del comma 2 bis dell'art. 268 c.p.p., la concreta praticabilità delle facoltà difensive non potrà essere ripristinata attraverso le circolari che le Procure della Repubblica vanno predisponendo sul punto specifico dei casi e modi di redazione delle annotazioni ex art. 267 comma 4 c.p.p.

Su tale versante peraltro, si registrano orientamenti diversi. Se la Procura della Repubblica di Velletri che con la circolare del 15 gennaio 2018 ha disposto che le annotazioni ex art. 267 comma 4 c.p.p. devono essere redatte dalla P.G. solo nei casi dubbi; quella di Bologna con circolare del 18 gennaio 2018 ha, viceversa, disposto che le annotazioni in questione siano predisposte dalla P.G. in tutti i casi in cui non si proceda alla trascrizione sommaria ex art. 268 comma 2 c.p.p.

In quest'ultimo caso in evidente contrasto con il divieto esplicito dalla legge (268 c. 2 bis cpp), ma in linea con l'esigenza che la legge, appunto, ignora. E cioè di rendere controllabile l'opera di unilaterale selezione delle intercettazioni effettuate dalla PG (e, indirettamente, con l'esigenza di studio e ricerca di elementi utili da parte del difensore).

Ancora più evidente l'entità dello squilibrio in danno della difesa se si considera che essa consegue la conoscenza del contenuto degli atti di indagine contestualmente all'avviso di deposito delle intercettazioni, per effetto della nota prassi, del differimento del deposito degli atti relativi alle intercettazioni al momento della notifica dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p., con ancor più significativo aggravio dell'onere di verifica delle richieste del P.M. e di recupero di eventuali conversazioni o informazioni scartate nell'ottica dell'accusa dal novero di quelle rilevanti.

Le nuove disposizioni escludono peraltro il diritto di copia delle registrazioni. E cioè la prerogativa, l'unica concreta, che nel sistema previgente attenuava lo squilibrio nell'accesso ed utilizzo delle informazioni acquisite con le intercettazioni.

Ed invero, non è previsto che la difesa possa estrarre copia degli atti relativi alle intercettazioni a seguito dell'avviso di deposito ex art. 268 bis comma 2 c.p.p.. Tale "omissione" tuttavia non può considerarsi alla stregua di lacuna emendabile attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata del dettato normativo. Vi osta il combinato disposto degli art. 268 quater commi 3 e 4 cpp (con l'esclusione del segreto limitatamente alle intercettazioni di cui è disposto l'inserimento nel fascicolo del Pm), e dell'art. 89 bis , comma 4 disp. att. cpp (con l'esplicito divieto di estrarre copia delle registrazioni custodite nell'archivio)

Ne segue che tale ulteriore menomazione contribuisce a definire la situazione giuridica di ingiustificato svantaggio che deve essere apprezzata sul piano della sua legittimità costituzionale in rapporto alle norma parametro sopra indicato.

In concreto, tali norme si ritengono incostituzionali, poiché la previsione normativa nega al difensore di potersi esprimere sulla rilevanza delle intercettazioni disposte o di reclamare l'eliminazione delle

intercettazioni inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale ai sensi del terzo comma dell'art. 268 ter c.p.p. **Quindi, il limite alle facoltà difensive è un ostacolo al contraddittorio per la prova e realizza l'effetto contorto della sostanziale e concreta disapplicazione della disposizione di cui all'art. 268 ter comma 3 c.p.p.**

Concretamente, il diritto di difesa può esercitarsi attraverso la cognizione completa della registrazione. **La completezza della conoscenza del materiale investigativo derivante dalla attività di intercettazione posta in essere è la pre-condizione dell'esercizio della facoltà di cui all'art. 268 ter, comma 3, c.p.p.** Limitare l'esercizio del diritto di difesa all'ascolto delle registrazioni, dovendosi fare affidamento, per orientarsi, alle elaborazioni del magistrato del P.M. e della polizia giudiziaria, vale ad inibire qualsiasi valutazione. Infatti, l'ascolto e la valutazione della registrazione non possono coincidere, perché costituiscono naturalmente due fasi separate e progressive del procedimento cognitivo per comprendere la conversazione che ne costituisce il contenuto. La valutazione attiene ad un momento intellettuale, mentre l'ascolto attiene ad un momento percettivo ed entrambi richiedono più tempo dello scorrere del flusso sonoro della registrazione.

Ancora, posto che l'ascolto è consentito soltanto al difensore, senza riconoscergli la possibilità di acquisirne integralmente il contenuto, mentre alla parte non è consentito neppure l'accesso all'archivio riservato, nonostante l'art. 6 par. 3 lett. c) C.E.D.U. preveda come principio fondamentale l'autodifesa e l'art. 415 bis comma 3 c.p.p. conferisca le relative facoltà indiscriminatamente al difensore e all'indagato, in concreto si impedisce il confronto tra questi ed il suo assistito, il cui inevitabile precipitato logico e giuridico è il documento che pariteticamente subiscono la difesa tecnica e l'autodifesa.

Mentre all'organo dell'accusa è assicurata la possibilità di disporre fisicamente di tutto il materiale relativo alle intercettazioni sia prima, sia dopo l'intervento selettivo del giudice, questa possibilità è interdetta alla difesa, depotenziando così il suo intervento nelle decisioni che riguardano lo stralcio e rendendo di fatto impossibile, nei momenti successivi del processo, ricontrollare le conversazioni scartate e concretamente innescare un virtuoso recupero del materiale inizialmente definito non rilevante.

La diminuzione di effettività per il diritto di difesa si concretizzerebbe maggiormente rispetto a conversazioni in dialetto ed, ancor di più, nell'ambito dei procedimenti (notoriamente più complessi) per i reati di criminalità organizzata in considerazione della frequenza di conversazioni dialettali intercettate.

Per altro verso, l'esercizio del diritto di difesa subisce una ulteriore limitazione in ragione della ristrettezza dei termini a disposizione per l'ascolto. Essi sono sganciati dal dato quantitativo delle registrazioni né sono "parametrati" alla complessità del procedimento penale per il numero delle parti (dovendo gli uffici della Procura della Repubblica attrezzarsi con postazioni utilizzabili da più difensori) ovvero per il numero e la gravità degli addebiti. Si consideri che la situazione concreta può non consentire il riascolto.

D'altra parte, la mancata previsione del diritto di copia ed il divieto esplicito ex art. 89 bis disp att cpp non



possono giustificarsi con l'esigenza di tutela della riservatezza. Essa invero subisce una compressione inevitabile, che se può dirsi giustificata a tutela dell'interesse della collettività alla repressione dei reati, dovrà in pari misura ritenersi giustificata a garanzia di interessi costituzionali di pari rango (diritto di difesa).

La mancata previsione ed il divieto in esame pongono dunque un ostacolo alla effettività del diritto di difesa in violazione dell'art. 24 Cost. e introducono una irragionevole disparità di trattamento tra il difensore dell'imputato ed il pubblico ministero in violazione sia dell'art. 3 e 111 della Costituzione, sia dell'art. 117 della Costituzione in relazione all'art. 6 par. 3 lett. b) e c) C.E.D.U.

Alla luce di quanto finora argomentato, si ritiene che la normativa introdotta con il decreto legislativo 216/2017 sia incostituzionale nella parte in cui:

- prevede il divieto di trascrizione, anche sommaria, da parte degli Ufficiali di P.G. delle *“comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini dell'indagine, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge”* (art. 268 comma 2 bis c.p.p.), in quanto non viene consentito alla difesa, anche in ragione della rigida scansione temporale (dieci giorni, decorrenti dall'avviso ex art. 268 bis comma 2 c.p.p., prorogabile per altri dieci giorni ex art. 268 ter comma 3 c.p.p.) prevista per la definizione della procedura di c.d. stralcio funzionale alla acquisizione delle intercettazioni nel fascicolo ex art. 373 comma 5 c.p.p., di avere conoscenza particolareggiata e qualificata di tutto il materiale informativo oggetto di captazione, non essendo allo scopo sufficiente il mero diritto all'ascolto (art. 269 c.p.p) presso l'archivio riservato di cui all'art. 89 bis disp.att. c.p.p.
- non prevede che le annotazioni ex art. 267 comma 4 c.p.p. siano redatte con riferimento a tutte le conversazioni di cui è vietata, ai sensi dell'art. 268 comma 2 bis c.p.p., la trascrizione anche sommaria poiché, nel silenzio della norma sulla gestione di tali annotazioni, le uniche a poter, almeno in astratto, in base alla normativa varata, consentire alle parti di orientarsi tra le conversazioni archiviate e consentire concretamente un effettivo meccanismo di recupero di informazioni probatoriamente utili, anzitempo accantonate.
- non prevede, al momento del deposito di tutti gli atti relativi alle intercettazioni effettuate, il diritto del difensore e della parte di estrarre copia di quanto si ritenga necessario, ma unicamente la facoltà per il solo difensore della parte di prenderne visione, ovvero di procedere all'ascolto delle registrazioni e di avere cognizione dei flussi informatici e telematici (art. 268 bis comma 2, 269 comma 1 c.p.p., e 89 bis disp. Att. c.p.p.), poiché in tale modo si cristallizza una irragionevole (art. 3 e 111 Cost.) disparità tra le funzioni che spettano al P.M. (112 cost.) che materialmente ha a disposizione tutto il materiale per effettuare le proprie valutazioni e quelle appannaggio della difesa (art. 24 comma 2 e 111 comma 2, 3, 4 Cost., art. 6 par. 3 lett. b) e c) C.E.D.U.), che, invece, non può avere la materiale disponibilità degli atti, ma solo il diritto alla consultazione e all'ascolto, peraltro subordinato alle esigenze e agli orari di cancelleria della Procura della Repubblica. D'altronde, la negazione delle possibilità di

disporre della copia dei verbali di trascrizione, anteriormente alla decisione del Giudice sulla acquisizione (art. 268 *bis* e 268 *quater* c.p.p.) e delle annotazioni (art. 267 comma 4 c.p.p.), nonché delle registrazioni, investe il contenuto minimo del diritto di difesa, poiché, come già messo in evidenza, il fatto che in concreto sia inibito un confronto tra la difesa tecnica e l'indagato e/o imputato sul contenuto delle intercettazioni (non potendosi ritenere che il mero diritto del difensore di consultazione consenta una riflessione completa con il proprio assistito) non conferisce, anche in ragione della tempistica imposta dalla nuova normativa, pienezza alle garanzie di cui all'art. 111 comma 3 Cost. e 6 par. 3 lett. b) e c) C.E.D.U., in forza delle quali il cittadino deve disporre delle condizioni e del tempo necessario alla propria difesa, e, quindi, una partecipazione attiva ed effettiva al procedimento di formazione del fascicolo delle intercettazioni che, peraltro, essendo mezzo di ricerca della prova, i relativi contenuti hanno idoneità a divenire prova effettiva nel processo, senza che sulla selezione del relativo materiale si sia verificato un concreto contraddittorio, e ciò in aperta violazione dell'art. 111 co. 4 Cost.

- non prevede il diritto della parte (indagato o imputato) di accedere, una volta che si sia proceduto all'avviso di deposito ex art. 268 *bis* c.p.p. sia presso la cancelleria del P.M., sia presso l'archivio ex art. 89 *bis* disp.att. c.p.p., al fine di consultare gli atti (verbali trascrittivi e annotazione) relativi alle intercettazioni, ovvero di procedere all'ascolto delle intercettazioni, in quanto previsione del tutto irragionevole e incoerente rispetto alle disposizioni costituzionali (art. 24 comma 2 e 111 co. 3 cost.) e convenzionali (art. 6 par. 3, lett. b) e c) C.E.D.U.) che valorizzano ai fini del realizzazione dei principi del giusto processo proprio il diritto della parte all'autodifesa, e cioè di essere parte attiva nel processo a suo carico.

Alla luce delle precedenti considerazioni, quindi, nei singoli procedimenti potrebbe essere il caso di provocare con istanze e richieste di parte decisioni applicative della disciplina fin qui commentata lesive in concreto delle prerogative difensive, in modo da poter eccepire o l'inutilizzabilità delle fonti di prova acquisite con protocolli lesivi del diritto di difesa, o la nullità del procedimento acquisitivo della prova per lesione del diritto di intervento, assistenza e rappresentanza dell'imputato (art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.), ovvero sollecitare il giudice *a quo* a sollevare incidente di costituzionalità delle norme sopra specificamente indicate che regolano il procedimento acquisitivo delle intercettazioni al fascicolo ex art. 373 comma 5 c.p.p., per violazione con i parametri di cui agli artt. 3, 24 comma 2, 111 comma 3 della Costituzione e 117 cost. in relazione all'art. 6, par. 3, lett. b) e c) C.E.D.U.

L'analisi della nuova normativa introdotta dal decreto legislativo 216/2017, sotto il profilo della sua tenuta costituzionale rispetto ai principi regolatori del giusto processo, sarebbe incompleta se non si affrontassero le modifiche che incidono sulla gestione, utilizzazione e conoscibilità delle intercettazioni utilizzate per l'applicazione di una misura cautelare. Il nuovo assetto normativo, infatti, conferma ed aggrava alcune limitazioni, sia per il Giudice che è chiamato ad emettere il titolo cautelare, sia per il soggetto destinatario della misura, sia per la difesa tecnica, da molti studiosi e operatori del diritto apprezzate in modo negativo, in quanto lesive del diritto difesa, peraltro in un momento, quello della limitazione della libertà personale, cui dovrebbe fare da contraltare il massimo riconoscimento delle garanzie difensive.

Nello specifico, nel procedimento diretto all'applicazione di una misura cautelare, fatto salvo il combinato disposto dei commi 2 e 2 bis dell'art. 268 c.p.p. che attribuisce la selezione del materiale rilevante da trascrivere agli Ufficiali di P.G., non è prevista alcuna procedura che consenta alla difesa, una volta adottata la misura, di verificare se la selezione del materiale intercettivo operata dalla P.A. sia stata corretta, o, al contrario, sia stata omessa la trascrizione, ovvero la trasmissione, di conversazioni e comunicazioni rilevanti ai fini difensivi. Dopo l'esecuzione della misura cautelare non è previsto alcun contraddittorio sulla selezione del materiale rilevante ai fini del giudizio di gravità indiziaria, potendo la difesa esclusivamente esaminare ed estrarre copia dei verbali di trascrizione delle conversazioni e delle comunicazioni utilizzate per la adozione della misura cautelare, nonché ottenere la trasposizione su idoneo supporto delle relative registrazioni, ma non ha accesso all'intero compendio intercettivo, né all'archivio di cui agli artt. 269 c.p.p. e 89 bis disp.att.c.p.p.

L'art. 291, comma 1 c.p.p., prevede specificamente che, in relazione alle intercettazioni, il P.M. trasmette al Giudice delle indagini preliminari solo i verbali di trascrizione sommaria *“limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti”*. Di conseguenza, non è imposto al P.M., successivamente all'esecuzione della misura cautelare, il deposito di tutto il materiale relativo alle intercettazioni ex art. 268 bis c.p.p., anche se in questo caso, il Giudice, a mente dell'art. 268 bis comma 3 c.p.p., non dovrebbe autorizzare il deposito differito, se le operazioni si siano ormai esaurite. Fatto sta, però, che non è collegata alcuna sanzione processuale all'inosservanza dei commi 1 e 3 dell'art. 268 bis c.p.p., con la conseguenza che non essendo specificamente previsto che contestualmente ad una misura cautelare il P.M. deve procedere all'avviso di deposito nel caso in cui le operazioni siano terminate, la conoscibilità, almeno potenziale, di tutto il materiale registrato nel corso delle intercettazioni effettuate è rimesso alla discrezionalità della P.A., con evidente nocumento per la difesa.

D'altronde, anche il fatto che il Giudice della cautela possa - *inaudita altera parte* - esercitare, a mente dell'art. 92 disp. att. c.p.p., un potere di controllo sulla selezione delle conversazioni rilevanti operata dal P.M. lascia perplessi, visto che la difesa non ha diritto di venire a conoscenza delle conversazioni che il G.I.P. ha ritenuto non rilevanti e ritrasmesso all'Ufficio di Procura perché siano conservate nell'archivio ex art. 89 bis disp. att. c.p.p. In particolare, il nuovo comma 1 bis dell'art. 92 disp.att. c.p.p. dispone che *“sono restituiti al pubblico ministero per la conservazione per la conservazione nell'archivio riservato di cui all'art. 89 bis gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili”*.

Tale norma, quindi, attribuisce al Giudice chiamato a pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione di una misura cautelare il potere di controllo sulla selezione delle intercettazioni, al pari di ciò che è previsto dall'art. 268 quater c.p.p., senza però che la difesa sia messa nelle condizioni di interloquire, almeno successivamente alla esecuzione della misura cautelare, sulla legittimità dell'esclusione di alcune conversazioni dal novero di quelle utili, e peraltro in base ad un parametro, quello della “irrilevanza”, diverso da quello della “manifesta irrilevanza” cui deve, invece, attenersi il Giudice nella procedura stralcio c.d. “ordinaria” .

È del tutto evidente, quindi, che al netto del dato normativo, nel corso dell'incidente cautelare la difesa non ha alcuna possibilità di esercitare in modo concreto ed effettivo i suoi diritti. La nuova normativa sul

piano delle garanzie difensive si limita, infatti, a prevedere – come detto - esclusivamente il diritto di esame e copia dei verbali trascrittivi delle conversazioni e comunicazioni, e a codificare la disciplina introdotta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 336 del 2008, i cui contorni sono stati ancor meglio specificati dalla sentenza delle Sezioni Unite “Lasala” del 22 aprile 2010 in ordine al diritto della difesa di ottenere la trascrizione delle relative registrazioni su idoneo supporto informatico, senza alcuna possibilità di accedere al materiale non trasmesso e ritenuto senza contraddittorio irrilevante dalla P.G, ovvero dal P.M. o dal G.I.P., al fine di innescare un virtuoso procedimento di recupero di materiale informativo erroneamente accantonato ed espunto dalla conoscenza dei vari soggetti (indagato, difesa tecnica, G.I.P. e Tribunale del Riesame) chiamati a valutare l’ipotesi investigativa.

D'altronde, in questa prospettiva deve essere pure evidenziato che la mancata indicazione di un termine entro cui gli Uffici giudiziari debbano obbligatoriamente, a pena di inutilizzabilità, mettere a disposizione della difesa i supporti informatici delle registrazioni delle conversazioni, indebolisce ulteriormente la concretezza e la pienezza dell’esercizio delle facoltà difensive rimesse alla diligenza e spirito di collaborazione degli Uffici, salva ogni valutazione sulla utilizzabilità nella fase cautelare delle intercettazioni in caso di non tempestiva messa a disposizione, così come evidenziato dalla Corte Suprema con la citata sentenza delle SS.UU. “Lasala”.

Pertanto, lo stesso fatto che sia il P.M. nella richiesta (art. 291 comma 1 ter c.p.p.), sia il G.I.P.(art. 292 comma 2 quater c.p.p.) siano tenuti a riportare nella richiesta e nella relativa ordinanza solo i brani essenziali delle conversazioni e comunicazioni rilevanti, quando sia necessario per l’esposizione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi, determina un ulteriore *vulnus* per la difesa e soprattutto per il cittadino sottoposto alla misura cautelare. È del tutto evidente, infatti, che nei ristrettissimi termini entro cui deve essere celebrato l’interrogatorio di garanzia, soprattutto per l’indagato che non può materialmente accedere presso la cancelleria del Giudice per esaminare la trascrizione delle conversazioni, sarà impossibile avere una conoscenza complessiva degli elementi di accusa posti a suo carico, prima di essere interrogato dal G.I.P.

In definitiva, nell’ambito dell’incidente cautelare, la nuova normativa mortifica in modo ingiustificato e irragionevole il diritto di intervento, partecipazione e assistenza del cittadino, il quale, neppure per mezzo del proprio difensore, può conoscere il contenuto di tutte le conversazioni intercettate non essendo previsto che contestualmente all’emissione di una misura cautelare si avvii la procedura di stralcio c.d. ordinaria ex art. 268 e ss c.p.p. che consenta anche il recupero di materiale eventualmente favorevole alla difesa. Inoltre, i ristretti tempi della procedura cautelare non consentiranno mai alla difesa tecnica, prima dell’interrogatorio di garanzia, di mettere a conoscenza il proprio assistito delle trascrizioni delle conversazioni sommariamente indicate nel provvedimento applicativo della misura cautelare, ovvero riprodotte solo in relazione ai brani essenziali.

Pertanto, anche con riferimento a queste norme si ritiene che sussistano tutti i presupposti per procedere ad innescare con istanze e richieste sub-procedimenti tesi a far emergere in modo concreto ed effettivo la lesione delle prerogative difensive in rapporto ai parametri costituzionali in epigrafe indicati, ma anche in relazione alle norme procedurali che tutelano il diritto di difesa dell’indagato.



Rimini, 9 giugno 2018

I Responsabili

Avv. Maria Teresa Zampogna – Avv. Eugenio Minniti – Avv. Giuseppe Scozzola