

**INTERCETTAZIONI:  
COSA È CAMBIATO DOPO L'ENTRATA A REGIME DELLA RIFORMA?  
(TAVOLA ROTONDA - ALBA 20.5.2022)**

**LA C.D. "UDIENZA STRALCIO E LE MODIFICHE APPORTATE ALL'ART. 268 COD. PROC. PEN.**

L'attuale formulazione dell'art. 268 cod. proc. pen. prevede che:

- i verbali delle intercettazioni sono immediatamente trasmessi al p.m. per la conservazione, il quale li deposita entro 5 giorni – unitamente ai decreti di autorizzazione - nell'archivio di cui all'art. 269, comma 1, cod. proc. pen.;
- effettuato il deposito, il pubblico ministero ne dà immediatamente comunicazione ai difensori che hanno facoltà di esaminare gli atti e di ascoltare le registrazioni entro il termine stabilito dallo stesso, che può essere prorogato dal giudice;
- se dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, il giudice può disporre il differimento non oltre la chiusura delle indagini preliminari;
- scaduto il termine per l'esame degli atti da parte dei difensori, si avvia la fase destinata alla selezione del materiale probatorio, eventualmente mediante la partecipazione delle parti all'udienza "stralcio";
- la trascrizione integrale delle intercettazioni, da effettuare con le forme della perizia, può avvenire anche nel corso dell'attività di formazione del fascicolo per il dibattimento;
- i difensori hanno facoltà di estrarre copia delle trascrizioni e far eseguire la trasposizione delle registrazioni su idoneo supporto.

Dal mero raffronto tra l'originaria formulazione e quella attuale dei commi da 4 a 7 dell'art. 268 cod. proc. pen., emerge *ictu oculi* come le differenze siano minime, per cui può ben dirsi che l'intervento normativo in esame ha sostanzialmente eliminato il regime, decisamente innovativo, che era stato apprestato dalla riforma cd. "Orlando".

In particolare, la fase relativa all'individuazione delle comunicazioni ritenute rilevanti non ha subito alcuna sostanziale modifica; l'*iter* prevede che, dopo il deposito delle intercettazioni e l'avviso ai difensori, questi possono esaminare gli atti ed ascoltare le comunicazioni entro il termine loro assegnato.

Alla scadenza di tale termine, il giudice dispone l'acquisizione delle intercettazioni "*indicate dalle parti*", sicché si richiede che queste formulino un **elenco con l'esatta specificazione di quali sono le comunicazioni ritenute rilevanti** mentre, almeno secondo la formulazione letterale della norma, non sembra che il giudice possa disporre d'ufficio l'acquisizione di conversazioni ulteriori.

La disposizione di cui all'art. 268, comma 4 cod. proc. pen., dunque, prevede che i verbali e le registrazioni sono **immediatamente** trasmessi al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, cod. proc. pen. Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, essi sono depositati presso l'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, cod. proc. pen. insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, l'articolo, pertanto, distingue la fase della consegna dei verbali e delle registrazioni da parte della p.g., che deve avvenire "immediatamente", da quella in cui il P.M. deposita detto materiale all'archivio **entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni**.

Secondo una prima interpretazione, dal contenuto della disposizione, parrebbe potersi dedurre che la Polizia giudiziaria sia onerata di un **obbligo di trasmissione immediata dei singoli verbali e delle registrazioni effettuate**, anche prima della conclusione delle operazioni, limite temporale previsto esclusivamente quale *dies a quo* per la trasmissione in archivio. In base a questa lettura la polizia giudiziaria dovrebbe spogliarsi immediatamente della disponibilità di tali atti, verosimilmente per l'esigenza di scongiurare **indebite diffusioni del contenuto delle intercettazioni**. Ne deriva che, laddove nascesse l'eventuale necessità da parte della polizia giudiziaria di dover consultare il materiale già intercettato per ulteriori necessità investigative, ovvero per elaborare una sintesi, anche parziale, delle risultanze già acquisite, il pubblico ministero, onerato della trasmissione in archivio solo a conclusione delle operazioni, ben potrebbe autorizzare la consultazione del materiale ancora giacente presso il suo ufficio.

Secondo una diversa lettura l'avverbio "*immediatamente*" contenuto nella norma parrebbe riferirsi, invece, al momento della chiusura delle operazioni, atteso l'utilizzo del plurale (ai verbali e alle registrazioni): così interpretata la norma, **la chiusura delle operazioni costituirebbe il termine "ultimo" per la trasmissione dei verbali e delle registrazioni**, e prima di tale momento la polizia giudiziaria conserverebbe la disponibilità della documentazione relativa alle intercettazioni già svolte.

Frutto di un compromesso potrebbe risultare l'opzione secondo la quale l'immediata trasmissione deve essere riferita alla chiusura delle operazioni per singolo decreto; tale soluzione, tuttavia, si espone alle medesime criticità segnalate in relazione alla prima interpretazione prospettata, atteso che spesso vi è una stretta interdipendenza investigativa tra i vari "bersagli" intercettati e che pertanto, per una maggiore intelligibilità delle operazioni svolte in relazione ad uno specifico bersaglio potrebbe essere necessario continuare ad avere nella propria disponibilità anche i risultati di un "bersaglio" differente.

Un'ulteriore problematica posta dalla disposizione in oggetto è costituita dalla circostanza che l'immediata trasmissione dei verbali e delle registrazioni, comunque la si intenda, priva, di fatto, la polizia giudiziaria della possibilità materiale di consultare la documentazione necessaria per la redazione della relativa informativa di reato.

Per ovviare a tale inconveniente la previgente formulazione del comma 4 dell'art. 268 cod. proc. pen. prevedeva la possibilità per il P.M. di disporre con proprio decreto, il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni, fissando prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso.

La disposizione è stata tuttavia espunta dal testo approvato, ragione per la quale tale possibilità sembrerebbe oggi da escludere, con la conseguenza che **per garantire alla polizia giudiziaria il tempo necessario per la redazione dell'informativa, o per altre attività, il pubblico ministero potrebbe inoltrare la richiesta al gip di ritardato deposito** in archivio e, *nelle more*, consentire alla polizia giudiziaria la consultazione degli atti depositati.

Le problematiche evidenziate assumeranno rilievo ancor maggiore all'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 2, comma 5, d.lgs. 30 dicembre 2019, n. 161 in tema di deposito esclusivamente telematico degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni, momento in cui verrà eliminata del tutto la documentazione cartacea.

### **L'UDIENZA "STRALCIO".**

L'aspetto di maggior interesse disciplinato dall'art. 268 cod. proc. pen. è sicuramente quello concernente le modalità mediante le quali si deve procedere alla **selezione delle intercettazioni rilevanti**.

La novella in esame, dunque, ha disposto l'abrogazione degli artt. 268-bis, 268-ter e 268-quater, cod. proc. pen. introdotti con la riforma "Orlando" e che disciplinavano in maniera particolarmente articolata la cernita tra le intercettazioni non rilevanti ai fini del giudizio e che, pertanto, erano destinate a restare nell'archivio riservato, coperte da segreto, e quelle che invece transitavano nel fascicolo del pubblico ministero e, poi, in quello per il dibattimento.

A seguito di tale abrogazione, la disciplina applicabile è quella contenuta nell'originaria previsione dell'art. 268, comma 6, cod. proc. pen., norma alla quale è stata apportata solo **una modifica marginale**.

Tale disposizione prevede che, ai difensori delle parti, è immediatamente dato avviso della facoltà di esaminare gli atti ed ascoltare le registrazioni, per via telematica e mediante l'accesso all'archivio informatico di cui all'art. 269 cod. proc. pen., entro il termine assegnato. In tale fase, ai difensori non spetta anche la copia integrale delle trascrizioni, come recentemente affermato dalla Suprema

Corte, secondo cui «è legittimo il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari respinga la richiesta di copia integrale delle tracce foniche ed audiovisive, atteso che l'art. 268 cod. proc. pen. **non attribuisce un diritto indiscriminato all'estrazione di copia, bensì il diritto all'ascolto, finalizzato ad attivare il subprocedimento per la selezione delle registrazioni non manifestamente irrilevanti, di cui è consentita la riproduzione, previo stralcio di quelle di cui è vietata l'utilizzazione**» (Sez. 6, n. 16583 del 28/03/2019, A., Rv. 275725 - 02).

Scaduto il termine per esame, il giudice dispone l'acquisizione delle intercettazioni indicate dalle parti che non appaiano irrilevanti, salva restando la facoltà di stralciare quelle inutilizzabili.

La principale innovazione concerne la possibilità riconosciuta al giudice di disporre lo **stralcio anche delle intercettazioni che riguardano particolari dati personali**, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza.

All'attività di stralcio hanno diritto di partecipare il p.m. ed i difensori delle parti, che sono avvisati **24 ore prima**.

L'udienza stralcio, pertanto, mantiene la natura di **fase incidentale meramente eventuale**, che si instaura solo nel caso in cui il giudice rilevi "anche" d'ufficio intercettazioni che non possono essere acquisite.

Pur in mancanza di una espressa previsione, deve ritenersi che nulla impedisca alle parti processuali di depositare memorie con le quali eccepire l'inutilizzabilità o la non rilevanza di intercettazioni indicate dalla controparte. In tal senso depone il tenore del comma 6, lì dove prevede che il giudice procede allo stralcio "anche" d'ufficio, sottintendendo che **può attivare tale fase pure su impulso di parte**.

Per completezza, occorre precisare che la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che «*la violazione del diritto del difensore di partecipare alle operazioni di stralcio delle registrazioni e dei verbali a norma dell'art. 268, comma 6, cod. proc. pen., seppur possa farsi rientrare tra le nullità di ordine generale di cui all'art. 178 lett. c) cod. proc. pen., non può che riguardare esclusivamente le suddette operazioni, e in nessun caso può dar luogo, per il principio di tassatività, a nullità delle conversazioni intercettate, né può comportarne l'inutilizzabilità, riferibile esclusivamente all'inosservanza delle disposizioni di cui agli artt. 267 e 268, commi primo e terzo, stesso codice*» (Sez. 6, n.10890 del 22/11/2005, (dep. 2006 ) Palazzoni, Rv. 234102).

Tale principio dovrebbe mantenere inalterata la sua validità, posto che a seguito della riforma la disciplina dell'udienza "stralcio" è rimasta sostanzialmente immutata, non essendosi in alcun modo subordinata la legittimità dell'acquisizione delle intercettazioni allo svolgimento di tale fase meramente eventuale.

## **LE INTERCETTAZIONI SUSCETTIBILI DI “STRALCIO”.**

La norma in questione individua due distinte categorie di intercettazioni che il giudice deve procedere a stralciare.

La prima è quella delle registrazioni di cui è **vietata l'utilizzazione**: si tratta, quindi, delle sole intercettazioni svolte in violazione di un divieto di legge, categoria rispetto alla quale la novella non ha apportato modifiche e che **il giudice deve stralciare “anche d'ufficio”**.

La seconda riguarda le intercettazioni indicate dalle parti e che appaiano al giudice **“irrilevanti”**, rispetto alle quali va solo segnalata la difficoltà per lo stesso giudice di effettuare un giudizio prognostico di irrilevanza ai fini probatori in una fase, qual è quella delle indagini preliminari, in cui ben potrebbe non avere una cognizione completa delle esigenze istruttorie future.

L'unica innovazione di rilievo è data dall'inserimento di un'ulteriore possibilità di stralcio da parte del giudice, il quale potrà escludere l'acquisizione delle registrazioni **“che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza”**.

Si tratta di una previsione che indirettamente richiama la previsione contenuta all'art. 268, comma 2-bis, cod. proc. pen., lì dove, però, le conversazioni insuscettibili di trascrizione sono meglio individuate con riguardo, in particolare, a quelle lesive della reputazione delle persone o che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge.

Dal raffronto tra il comma 2-bis ed il comma 6, dell'art. 268 cod. proc. pen. emerge chiaramente come non vi sia una sovrapposibilità letterale delle due disposizioni che, tuttavia, nella sostanza fanno entrambe riferimento all'esigenza di escludere le intercettazioni irrilevanti e concernenti **dati di natura strettamente personale**.

Per quanto concerne le conversazioni potenzialmente lesive della reputazione dei soggetti coinvolti, che non vanno trascritte neppure in sede di svolgimento della captazione, si applica la regola generale secondo cui, ove irrilevanti, dovranno essere stralciate. Ovviamente la non rilevanza ai fini probatorio comporta un vaglio che non potrà che essere svolto in ottica prognostica e con l'inevitabile parziale conoscenza degli atti che avrà il g.i.p. al momento in cui si svolge l'udienza stralcio. Sicché è plausibile ritenere che, a fronte dell'indicazione di conversazioni di dubbia rilevanza, **il criterio di giudizio sarà improntato a salvaguardare l'acquisizione della prova per non pregiudicare le parti nello svolgimento della successiva attività probatoria dibattimentale**.

Più rigorosa, invece, è la previsione che consente lo stralcio delle registrazioni **“che riguardano categorie particolari di dati personali”**, dicitura che chiaramente – come meglio si vedrà in seguito – riguarda i **dati sensibili** propriamente intesi.

Con riguardo alle intercettazioni concernenti **“categorie particolari di dati personali”** è ammessa l'acquisizione **“sempre che ne sia dimostrata la rilevanza”**.

Il tenore letterale della norma introduce un **parametro maggiormente restrittivo**, non essendo sufficiente che le intercettazioni in questione **non appaiano irrilevanti**, bensì **se ne deve “dimostrare” la rilevanza**. La conseguenza è che, rispetto ai dati personali maggiormente sensibili, la parte interessata all’acquisizione debba fornire una giustificazione rafforzata della rilevanza dell’acquisizione probatoria; occorre, pertanto, un giudizio in positivo circa l’utilità probatoria, supportato non già dalla generica “indicazione” della rilevanza, ma da una **concreta dimostrazione** di tale requisito.

Tale soluzione, pur confortata dal dato letterale dell’art.268, comma 6, cod. proc. pen., deve pur sempre essere letta tenendo conto della particolarità della fase in cui tale criterio selettivo si inserisce.

È ragionevole ritenere che lì dove la norma richiede la “dimostrazione” della rilevanza probatoria delle intercettazioni ricadenti su dati personali, non impone alle parti un vero e proprio onere probatorio, bensì si limita a richiedere **l’allegazione di elementi specifici e idonei a dimostrare la necessità in concreto del dato conoscitivo**.

In buona sostanza, il criterio selettivo si fonderà pur sempre sull’esame in contraddittorio e nell’ambito dell’udienza stralcio delle ragioni per cui una determinata captazione è rilevante rispetto al più generale *thema probandum*, salvo restando che tale giudizio non potrà essere svolto con i canoni valutativi tipici della fase del giudizio, dovendosi privilegiare una valutazione basata sulla mera “utilità” probatoria del dato acquisito con le intercettazioni.

#### **LE PARTI AMMESSE A PARTECIPARE ALLO STRALCIO.**

L’art. 268, comma 6, cod. proc. pen., prevede che l’avviso di deposito delle intercettazioni venga dato “*ai difensori delle parti*”, in tal modo adottando una formulazione diversa rispetto alla previsione originariamente contenuta nel testo del d.l. n. 161 del 2019, lì dove si prevedeva che l’avviso di deposito dovesse essere dato ai soli difensori dell’imputato.

In sede di conversione, il Legislatore ha infatti preferito eliminare il riferimento al solo imputato, ripristinando la norma così com’era nel suo tenore originario, contenente il generico richiamo ai difensori “delle parti”.

Invero, anche a seguito del ripristino della previsione più ampia, pare corretto affermare che, nel corso delle indagini preliminari e, quindi, nella fase in cui tipicamente si svolge l’attività di selezione delle intercettazioni rilevanti, **è il solo indagato a poter partecipare alle suddette operazioni**.

In particolare, ai sensi dall’art. 90 cod. proc. pen., la persona offesa non ha il ruolo di parte essendo un mero soggetto processuale che può esercitare esclusivamente le facoltà ad essa espressamente riconosciute dalla legge, tra le quali non era previsto, neppure nel regime *ante* riforma, l’interlocuzione in merito alla selezione delle intercettazioni suscettibili di acquisizione.

Ad analoga conclusione deve giungersi anche per la parte civile, atteso che quest'ultima può costituirsi solo dopo l'esercizio dell'azione penale e, quindi, le è necessariamente preclusa la partecipazione alle attività concernenti l'acquisizione delle intercettazioni che si svolge, al più tardi, al termine delle indagini preliminari.

Peraltro, **l'esclusione della persona offesa e della "costituenda" parte civile** non pare in grado di determinare alcun *vulnus* di tutela per costoro, posto che tali soggetti, una volta terminata la fase investigativa, avranno ampia possibilità di accedere al materiale captato ed avanzare eventuali richieste di acquisizione di conversazioni erroneamente non ritenute rilevanti.

Ciò può sicuramente avvenire ove l'azione penale sia stata esercitata, nel qual caso la parte civile ben può esaminare gli atti e formulare richieste di integrazione del materiale istruttorio; a tal fine, è utile rammentare che l'art. 268, comma 7, cod. proc. pen. prevede espressamente che il giudice possa disporre la trascrizione delle intercettazioni rilevanti anche nel corso della formazione del fascicolo per il dibattimento e, quindi, in una fase in cui la parte civile ha avuto la possibilità di costituirsi e partecipare appieno all'udienza preliminare.

Per quanto concerne, in particolare, la posizione della persona offesa, deve ritenersi che la possibilità di accedere all'esame degli atti relativi alle intercettazioni ed al loro diretto ascolto, dovrebbe collocarsi successivamente alla notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare o del decreto di citazione diretta a giudizio. Applicando la disciplina generale contenuta agli artt. 419, comma 2, cod. proc. pen. e 131 disp. att. cod. proc. pen., la persona offesa, durante il termine per comparire e fino alla conclusione dell'udienza preliminare, ha facoltà di "prendere visione" degli atti indicati nella richiesta di rinvio a giudizio ed estrarre copia di tali atti.

In tale fase, tuttavia, la persona offesa potrà consultare unicamente le intercettazioni selezionate dal pubblico ministero, ma non potrà richiedere al g.i.p. l'acquisizione di ulteriori conversazioni rilevanti. Tuttavia, nulla esclude che in tale fase ed anche qualora la persona offesa non si costituisca parte civile, ben potrebbe esercitare le facoltà sollecitatorie dell'attività del pubblico ministero, in relazione a conversazioni o comunicazioni di cui conosce l'esistenza e che non siano state acquisite.

Nella diversa ipotesi in cui l'indagine sfoci in una richiesta di archiviazione e la persona offesa ne sia avvisata, deve ritenersi che quest'ultima – ai sensi dell'art. 408, comma 3, cod. proc. pen. – avrà accesso anche agli atti delle intercettazioni telefoniche, con la conseguente possibilità di indicare al g.i.p. eventuali conversazioni utili nell'ottica di pervenire all'imputazione coatta, ovvero ad un'integrazione di indagine.

## **LA TRASCRIZIONE DELLE COMUNICAZIONI O DELLE CONVERSAZIONI.**

Una volta individuate le intercettazioni rilevanti ed utilizzabili ai fini del giudizio, eventualmente mediante espletamento dell'udienza "stralcio", l'art.268, comma 7, cod. proc. pen. disciplina le modalità e la tempistica per addivenire alla **trascrizione integrale delle registrazioni**, ovvero alla stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi informatici.

La norma, nel testo originario, non forniva alcuna indicazione temporale in merito alla fase procedimentale entro la quale la trascrizione dovesse avvenire, limitandosi a stabilire – con formula ribadita anche dalla novella – che le trascrizioni sono inserite nel fascicolo per il dibattimento.

Finora la prassi applicativa seguiva soluzioni diversificate a seconda della tipologia del procedimento, della complessità della trascrizione e della possibilità o meno che il giudizio venisse definito con uno dei riti alternativi.

L'espletamento della **perizia di trascrizione**, infatti, comporta un'inutile e dispendiosa attività in tutti quei casi in cui il giudizio si definisca con il rito abbreviato, per il quale la giurisprudenza riconosce pacificamente la possibilità di utilizzare le trascrizioni sommarie eseguite dalla polizia giudiziaria.

Proprio per tale ragione, oltre che per esigenze di contenimento dei termini di durata dell'udienza preliminare, sovente la trascrizione veniva rinviata alla fase del dibattimento.

Considerando i termini necessari per l'espletamento della perizia di trascrizione, nei procedimenti particolarmente complessi non era neppure opportuno provvedervi in udienza preliminare, soprattutto se vi erano imputati sottoposti a misure cautelari. L'art. 304, comma 2, cod. proc. pen., infatti, prevede che i termini di fase possono essere sospesi nel caso di dibattimento di particolare complessità, tale potendosi definire anche quello in cui è necessario l'espletamento di una perizia per la trascrizione delle intercettazioni avente il carattere della necessità ed inevitabilità (Sez. 5, n. 53234 del 17/07/2018, Rv. 274163); analoga possibilità, invece, non è prevista per l'ipotesi dell'udienza preliminare relativa a procedimento complesso, sicché il dispendio di tempo occorrente per le trascrizioni poteva in concreto comportare la scadenza dei termini di fase cautelari.

La soluzione di demandare la trascrizione alla fase dibattimentale era stata chiaramente preferita nella riforma cd. "Orlando", mediante l'inserimento dell'art. 493-bis cod. proc. pen. finalizzato proprio ad individuare nel dibattimento il momento in cui effettuare le trascrizioni.

Rispetto al quadro normativo pregresso, la novella è intervenuta abrogando l'art. 493-bis cod. proc. pen. ed apportando una parziale modifica dell'art. 268, comma 7, cod. proc. pen. precisando che il **giudice "anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 dispone la trascrizione integrale"**.



Si tratta di una previsione che non pare particolarmente innovativa, atteso che si limita ad aggiungere la possibilità di disporre la trascrizione in fase di formazione del fascicolo per il dibattimento, senza escludere che tale attività possa essere svolta in precedenza.

Peraltro, vi sono plurimi elementi che inducono a dubitare dell'effettiva utilità della modifica normativa.

La **formazione del fascicolo del dibattimento**, per come disciplinata dall'art. 431 cod. proc. pen., consiste in una attività sostanzialmente ricognitiva del materiale raccolto nel corso delle indagini preliminari, al fine di selezionare gli atti che devono essere messi immediatamente a disposizione del giudice dibattimentale. Proprio in considerazione della tipologia di attività sottesa alla formazione del fascicolo per il dibattimento, l'art. 431 cod. proc. pen. prevede che la stessa si svolga immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio ed in contraddittorio tra le parti, essendo consentito il differimento ad una nuova udienza, non oltre il termine di 15 giorni, solo su istanza di parte.

Rispetto alla cadenza processuale in cui si inserisce la formazione del fascicolo ex art. 431 cod. proc. pen., lo svolgimento della perizia di trascrizione pare difficilmente compatibile e, soprattutto, potrebbe ritardare eccessivamente il passaggio alla fase del giudizio.

Ove si consideri che anche in procedimenti di media complessità frequentemente le conversazioni da trascrivere sono numerose, pare corretto ipotizzare che **lo svolgimento della perizia, con i conseguenti tempi** imposti dalla convocazione del perito, dal deposito della relazione e, soprattutto, dallo svolgimento materiale della registrazione, **è scarsamente compatibile con i tempi imposti dall'art. 431 cod. proc. pen.**

Ne deriva che, ove si ritenga di disporre la perizia in fase di formazione del fascicolo per il dibattimento, la soluzione preferibile dovrebbe essere quella di dare avvio alle operazioni peritali per poi differirne il termine alla fase del dibattimento, valorizzando il principio secondo cui *«In tema di intercettazioni di conversazioni telefoniche o ambientali, la perizia trascrittiva disposta ex art. 268, comma 7, cod. proc. pen. ed espletata successivamente all'udienza fissata per la formazione del fascicolo per il dibattimento ex art. 431 cod. proc. pen. può essere legittimamente depositata nel corso del dibattimento, mediante inserimento nel relativo fascicolo, con conseguente piena utilizzabilità della stessa, senza alcuna violazione del contraddittorio attesa la possibilità per il difensore ex art. 491, comma 2, cod. proc. pen. di dedurre, anche tardivamente, le questioni sull'inserimento della perizia nel fascicolo per il dibattimento»* (Sez.2, n.14948 del 11/12/2017, dep. 2018, Panuccio Rv. 272644; in senso sostanzialmente conforme si veda anche Sez. 6, n. 55748 del 14/09/2017, Magri, Rv. 271742).

In alternativa, le soluzioni concretamente percorribili sono le medesime che finora la prassi ha già adottato e, cioè, disporre la trascrizione nel corso dell'udienza preliminare, specie nei casi in cui questa non appare di immediata

definizione, ovvero differire la trascrizione alla fase del dibattimento, di modo che si possa consentire il parallelo svolgimento dell'istruttoria e dell'espletamento della perizia.

Sul punto, si è anche recentemente ribadito che legittimamente il giudice del dibattimento può disporre la trascrizione delle intercettazioni e proseguire nell'istruttoria nelle more del deposito della relazione; in tal caso, infatti, l'imputato non subisce alcuna lesione del diritto di difesa, in quanto la perizia comporta la mera trasposizione grafica delle intercettazioni, mentre la prova è costituita dalle registrazioni alle quali la parte ha ampio accesso prima ed a prescindere dalla trascrizione (Sez. 6, n. 46007 del 6/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280).

### **LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA IN FASE DI PERIZIA.**

La necessità di procedere all'espletamento di una perizia per la trascrizione integrale delle comunicazioni rilevanti determina ovviamente la necessità che al perito sia consentito l'accesso alle tracce audio originali ovvero ai flussi telematici.

Nel vigore della disciplina *ante* riforma, pur a fronte di prassi non del tutto omogenee, sovente si verificava che venissero consegnate al perito le registrazioni in originale, senza operare alcuna selezione delle conversazioni rilevanti e rimettendo al perito l'onere di individuare quelle di cui era stata richiesta la trascrizione.

In tal modo, pertanto, il perito aveva la disponibilità integrale delle captazioni, ben potendo ascoltare anche conversazioni di per sé irrilevanti e potenzialmente pregiudizievoli per i soggetti coinvolti. Ciò determinava un evidente rischio di diffusione di materiale non utile in termini probatori, come pure non garantiva che le eventuali copie predisposte dal perito per lo svolgimento dell'incarico venissero effettivamente restituite o distrutte al termine dello stesso.

A seguito della riforma in commento, si pone in termini chiaramente più pressanti l'esigenza di evitare che al perito venga consentito l'accesso ad intercettazioni che, in quanto giudicate non rilevanti o inutilizzabili, non sono destinate a confluire nel fascicolo del dibattimento e devono restare custodite nell'archivio informatico.

Del resto, non pare vi sia un'effettiva esigenza per il perito di accedere alle registrazioni nella loro integralità, ben potendo svolgere la trascrizione delle sole comunicazioni indicate dalle parti.

Quanto detto dovrebbe potere indurre a ritenere dunque che, all'atto del conferimento dell'incarico peritale, al tecnico vadano consegnate unicamente le registrazioni di cui è stata disposta l'acquisizione, mentre tutte le altre devono restare nell'archivio informatico.

### **L'ACQUISIZIONE DELLE VERBALIZZAZIONI SOMMARIE.**

In sede di conversione del d.l. n.169 del 2019, il Legislatore ha inserito un'ulteriore previsione all'art. 268, comma 7, cod. proc. pen., secondo cui *"il giudice, con il consenso delle parti, può disporre l'utilizzazione delle trascrizioni delle registrazioni ovvero delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini. In caso di contestazioni si applicano le disposizioni di cui al primo periodo"*.

La norma, invero, pare essere una mera applicazione del principio generale contenuto all'art. 431, comma 2, cod. proc. pen., secondo cui le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti di indagine.

Anche prima dell'introduzione della richiamata disposizione, del resto, non si dubitava della possibilità per le parti di concordare l'acquisizione delle verbalizzazioni sommarie, senza procedere alla perizia di trascrizione.

La Corte, anche recentemente, ha ribadito che nel giudizio ordinario non sono utilizzabili ai fini della decisione i c.d. brogliacci relativi alle conversazioni telefoniche intercettate, trattandosi di trascrizioni informali compiute nel corso delle indagini dalla polizia giudiziaria, **salvo il consenso delle parti alla loro acquisizione al fascicolo per il dibattimento** (Sez. 6, n. 24744 del 28/03/2018, Liccione, Rv. 273619).

Pur senza innovare espressamente sul tema, la norma introduce un aspetto di non agevole interpretazione lì dove precisa che *"in caso di contestazioni si applicano le disposizioni di cui al primo periodo"*.

Invero, ove si parta dal presupposto che l'acquisizione e l'utilizzazione dibattimentale dei brogliacci può avvenire solo con il consenso delle parti, **le eventuali "contestazioni" determinano il venir meno dell'accordo** e, per ciò solo, si renderebbe necessaria la trascrizione, nelle forme della perizia, di tutte le intercettazioni ritenute rilevanti.

Optando per tale soluzione, la disposizione in esame risulterebbe obiettivamente priva di rilievo pratico, traducendosi in una mera ripetizione del principio secondo cui l'acquisizione dei brogliacci richiede l'accordo delle parti.

Invero, una diversa soluzione ermeneutica potrebbe essere quella di ritenere che il riferimento alle "contestazioni" riguarderebbe non già l'intero compendio delle intercettazioni, bensì solo una parte di queste.

In sostanza, ben potrebbe verificarsi che le parti decidano di acquisire le trascrizioni sommarie, pur sollevando "contestazioni" in ordine alla verbalizzazione di singole conversazioni. In tal caso, il giudice – anziché procedere alla trascrizione integrale di tutte le intercettazioni – potrebbe limitare l'oggetto della perizia alle sole comunicazioni di cui è controversa la verbalizzazione sommaria.

Tale soluzione consentirebbe di salvaguardare le esigenze di celerità ed economia processuale, circoscrivendo l'oggetto della perizia, ed al contempo

salvaguarderebbe il principio per cui, in difetto dell'accordo delle parti, non è consentita l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti di indagine.

### **LA SELEZIONE ALL'ESITO DELLA CONCLUSIONE DELLE INDAGINI.**

Il procedimento per individuare le intercettazioni che *“non appaiono irrilevanti”* disciplinato dall'art. 268 cod. proc. pen. non costituisce l'unico iter mediante il quale individuare le captazioni suscettibili di costituire mezzo di prova.

Qualora il pubblico ministero sia stato autorizzato al ritardato deposito, ai sensi dell'art. 268, comma 5, cod. proc. pen., il termine ultimo per addivenirsi alla *discovery* del materiale captato è infatti fissato in quello della **chiusura delle indagini preliminari**.

Tale evenienza, pur essendo prevista come eccezione rispetto alla regola generale che richiede l'immediato deposito, rappresenta nella prassi un epilogo privilegiato, essendo del tutto evidente che l'organo inquirente ha, di norma, un legittimo interesse a non disvelare la pendenza delle indagini comunicando all'indagato l'esistenza delle intercettazioni.

Ne consegue che, tranne i casi nei quali il pubblico ministero richieda ed ottenga una misura cautelare fondata anche sulle intercettazioni telefoniche, è frequente nella prassi che queste ultime vengano depositate solo all'atto della chiusura delle indagini preliminari.

A tal riguardo, è utile rammentare che la giurisprudenza ha già affermato che *«in caso di autorizzazione al ritardato deposito, il termine di cui all'art. 268, comma 5, cod. proc. pen. coincide con quello di cui all'art. 415-bis stesso codice, sicché si fa luogo ad un unico deposito e l'indagato ed il suo difensore possono esercitare anche le facoltà di cui all'art. 268, comma 6 del codice di rito»* (Sez. 6, n. 14248 del 01/03/2017, Marinelli, Rv. 270025).

Il novellato art. 415-bis, comma 2-bis, cod. proc. pen. ha sostanzialmente recepito l'interpretazione giurisprudenziale resa nel vigore del precedente assetto normativo.

La norma in esame stabilisce che *“Qualora non si sia proceduto ai sensi dell'articolo 268, commi 4, 5 e 6, l'avviso contiene inoltre l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti relativi ad intercettazioni ed ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche e che hanno la facoltà di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero. Il difensore può, entro il termine di venti giorni, depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6”*.

La disposizione in esame affida in prima battuta il compito di selezionare le intercettazioni “rilevanti” al pubblico ministero, limitando l’intervento del giudice solo ai casi di disaccordo tra accusa e difesa, in particolare sulle ulteriori conversazioni o comunicazioni di cui la difesa volesse sollecitare l’acquisizione.

Pare utile segnalare che, mentre l’art. 268, comma 6, cod. proc. pen. utilizza come criterio di selezione quello della “non irrilevanza”, l’art. 415-*bis* cod. proc. pen. impiega quello della “rilevanza”, verosimilmente perché in questa fase processuale, chiuse le indagini, l’ipotesi accusatoria è ormai delineata.

Pur in mancanza di una specifica previsione in tal senso, dal tenore complessivo della norma in esame è lecito desumere che il pubblico ministero, nel formulare l’avviso di conclusione delle indagini, dovrà **espressamente indicare le comunicazioni giudicate rilevanti e di cui intende avvalersi**.

In tale fase, sarà sufficiente la mera **indicazione dei dati identificativi** delle comunicazioni e, quindi, la data, il **numero progressivo ed il numero di Registro delle intercettazioni telefoniche (RIT)**, in modo da consentire alla difesa non solo di procedere alla consultazione delle comunicazioni, ma anche di verificare la corrispondenza rispetto ai decreti autorizzativi. Individuate le comunicazioni che, a giudizio dell’organo inquirente, sono utilizzabili e rilevanti, al difensore dell’indagato è data facoltà di esaminare per via telematica tutti gli atti relativi alle intercettazioni ed ascoltare le registrazioni; il riferimento all’accesso “telematico” va evidentemente letto in correlazione alle modalità di istituzione e tenuta dell’archivio disciplinato dall’art. 89-*bis*, disp. att. cod. proc. pen., per il cui approfondimento si rinvia al prosieguo.

L’accesso all’archivio dovrà permettere la visualizzazione e l’ascolto di tutto il materiale ivi conservato, mentre diversa è la disciplina concernente l’estrazione di copie che è espressamente consentita con esclusivo riferimento alle registrazioni ed ai flussi informatici indicati come rilevanti dal pubblico ministero.

Qualora il difensore individui ulteriori captazioni ritenute rilevanti può, entro il termine di 20 giorni dall’avviso, indicarle al pubblico ministero chiedendo il rilascio di copia.

A fronte di tale richiesta, il pubblico ministero è chiamato a valutarla e, se la ritiene fondata, a rilasciare le copie, ovvero in caso contrario, dovrà emettere un decreto motivato di rigetto.

Solo a fronte del dissenso dell’organo dell’accusa si innesta la fase che vede il controllo da parte del giudice, nelle forme di cui all’art. 268, comma 6, cod. proc. pen., per la cui attivazione è comunque richiesta **un’istanza da parte del difensore che si è visto rigettare la richiesta da parte del pubblico ministero**.

Occorre aggiungere che, pur non essendo espressamente indicato dalla norma in questione, l’interlocuzione cartolare della difesa con il pubblico ministero e l’eventuale intervento del giudice per le indagini preliminari dovrebbero trovare applicazione anche nei casi in cui la difesa non contesti la mancata acquisizione

di intercettazioni ritenute rilevanti ed immotivatamente escluse dal pubblico ministero, ma anche qualora siano state acquisite **intercettazioni inutilizzabili o irrilevanti**, secondo il canone di giudizio descritto all'art. 268, comma 6, cod. proc. pen.

Una conferma in tal senso potrebbe ravvisarsi proprio nel disposto dell'art. 415-*bis*, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., lì dove la norma prevede che il difensore può sollecitare l'intervento del giudice non solo nel caso di rigetto dell'istanza di acquisizione di nuove intercettazioni, ma anche nella diversa ipotesi di "contestazione sulle indicazioni relative alle registrazioni rilevanti" per tale dovendosi intendere quelle selezionate dal pubblico ministero.

### **I "BROGLIACCI DI ASCOLTO": CONSULTAZIONE E COPIA.**

Le norme sopra indicate prevedono la possibilità per la difesa di esaminare gli "atti relativi alle intercettazioni" sicché pare corretto affermare che in tale nozione rientrano anche i brogliacci di ascolto, contenenti le trascrizioni sommarie eseguite dalla p.g. in fase di ascolto.

Occorre premettere che la consultazione dei brogliacci rappresenta un insostituibile strumento di rapida consultazione non solo per l'organo dell'accusa, ma soprattutto per la difesa che, nel termine di venti giorni, deve orientarsi in un numero potenzialmente molto elevato di intercettazioni, nell'ambito delle quali non è agevole verificare se e quali siano quelle utili a fini difensivi.

In buona sostanza, la consultazione dei brogliacci consente di verificare se, quando e tra chi siano intercorse comunicazioni suscettibili di utilizzo probatorio, acquisendo un'informazione sommaria circa il loro contenuto; solo all'esito di tale verifica preliminare pare concretamente possibile procedere ad un esame dettagliato del contenuto della comunicazione, mediante l'ascolto della versione integrale.

A fronte della centralità di tale documentazione, sia l'art.268, comma 6, cod. proc. pen., sia l'art. 415-*bis*, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. non menzionano espressamente la possibilità di esaminare ed estrarre copia dei brogliacci.

La questione potrebbe trovare soluzione ove si ritenga che i **brogliacci di ascolto costituiscono parte integrante dei verbali delle operazioni di intercettazioni**, destinati a confluire nell'archivio riservato.

L'art. 268, comma 2, cod. proc. pen. prevede espressamente che nel verbale delle operazioni compiute vada annotato il contenuto sommario delle comunicazioni; al contempo, l'art.89, disp. att., cod. proc. pen., nello specificare il contenuto del suddetto verbale, richiedendo l'indicazione degli estremi del decreto autorizzativo, delle modalità di registrazione e della data di inizio e fine, nonché dei nominativi delle persone coinvolte, non pare affatto escludere che tale

verbale contenga anche la trascrizione sommaria del contenuto della comunicazione.

In definitiva, parrebbe corretto poter ritenere che i brogliacci di ascolto – di norma redatti sotto forma di annotazione di p.g. e materialmente allegati al verbale delle intercettazioni – costituiscano parte integrante di tale atto e, in quanto tali, siano destinati a confluire nell'archivio riservato.

Ne consegue che il difensore dell'imputato ha diritto alla loro consultazione nel momento in cui viene disposto il deposito delle intercettazioni, sia che ciò avvenga nell'ambito del procedimento ordinario ex art. 268 cod. proc. pen., sia che si proceda al deposito solo al momento dell'avviso di conclusione delle indagini. L'unica differenza potrebbe riguardare la possibilità per il difensore di estrarre copia del verbale contenente i brogliacci di ascolto.

Gli artt. 268, comma 6, e 415-*bis* cod. proc. pen. contengono una previsione del tutto identica lì dove prevedono la facoltà di esaminare gli atti per via telematica, limitando la facoltà di estrarre copia delle sole registrazioni ritenute rilevanti (artt. 268, comma 8, e 415-*bis*, comma 2-*bis*, cod. proc. pen.).

Tuttavia, ove la selezione delle intercettazioni avvenga all'esito dell'avviso di conclusioni delle indagini, la disciplina specificamente dettata con riguardo alle intercettazioni va coniugata con quella generale che, a mente dell'art. 415-*bis*, comma 2, cod. proc. pen. consente in via generalizzata all'indagato ed al suo difensore di esaminare ed estrarre copia della documentazione relativa alle indagini, senza prevedere alcuna esclusione in relazione alla tipologia di atti.

Alla luce di tali considerazioni, parrebbe corretto sostenere che, una volta intervenuto l'avviso di conclusione delle indagini, il difensore dell'indagato potrà accedere all'archivio riservato per esaminare tutti gli atti e le registrazioni ivi custodite, ma al contempo potrà anche richiedere il **rilascio di copia dei brogliacci di ascolto**, in base alla disciplina generale prevista dall'art. 415-*bis* cod. proc. pen.

In tal modo, si consentirebbe una tutela effettiva delle prerogative difensive, mettendo in condizioni l'indagato di disporre di un supporto di agevole consultazione mediante il quale individuare le conversazioni da ascoltare integralmente, al fine di meglio comprenderne il contenuto, come pure di individuare ulteriori comunicazioni non ritenute rilevanti secondo l'ottica accusatoria, ma potenzialmente utili per la difesa.

### **IL DEPOSITO (PARZIALE) DELLE INTERCETTAZIONI NELL'IPOTESI DI MISURA CAUTELARE**

Si è sin qui detto del deposito che interviene al termine delle operazioni di intercettazione, deposito che comporta l'integrale conferimento di tutto il materiale ad esse relativo nell'Archivio Digitale, con il corrispondente diritto delle parti ad accedervi per prendere cognizione delle intercettazioni.

Esiste una seconda ipotesi di deposito delle intercettazioni nell'Archivio Digitale, ipotesi che, a differenza della prima,

- è parziale e

- non consente alle parti l'accesso all'Archivio Digitale.

**Quando venga richiesta l'applicazione di una misura cautelare nel corso delle indagini preliminari**, vanno trasmessi al giudice (art.291 co.1 c.p.p.) *"i verbali di cui all'articolo 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti"*, che vanno altresì *"conferiti nell'archivio di cui all'art.269"*. Non è invece necessario trasmettere materialmente al Giudice copia delle registrazioni utilizzate nella richiesta, non solo perché l'art. 291 co.1 c.p.p. limita la sua previsione ai *"verbali"*, ma anche perché il Giudice potrà comunque ascoltarle accedendo all'Archivio Digitale, nel quale dette registrazioni (e solo queste) saranno nel frattempo state conferite.

Con la richiesta di misura cautelare, quindi, viene effettuato un conferimento parziale nell'AD, relativo alle sole intercettazioni utilizzate nella richiesta di misura e comprendente i file audio, i verbali di trascrizione, i decreti che le hanno disposte, autorizzate o prorogate, nonché le annotazioni di PG sulle quali i decreti si sono fondati.

Anche in questo caso sarà necessario che il pubblico ministero alleggi alla richiesta di misura cautelare l'elenco delle *"comunicazioni e conversazioni rilevanti"* e che ne disponga il conferimento, unitamente ai *"verbali di cui all'articolo 268 comma 2"* (i c.d. "brogliacci"), nell'Archivio Digitale.

Qualora la richiesta di misura cautelare sia accolta<sup>30</sup> il difensore (art. 293 co.3 c.p.p.) *"ha diritto"*

- di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate di cui all'articolo 291, comma 1" e di

- ottenere copia *"delle relative registrazioni"*<sup>31</sup>.

Il difensore (in questo caso del solo indagato destinatario della misura cautelare) ha diritto all'ascolto ed alla copia di **tutte e solo** le intercettazioni ritenute rilevanti e trasmesse dal pubblico ministero al giudice. Non ha diritto invece ad accedere all'Archivio Digitale (dove del resto sono state depositate solo le intercettazioni delle quali ha diritto di ottenere copia e gli atti ad esse relativi).

**Nel corso delle indagini preliminari**, e sino al loro termine (salva l'ipotesi, verosimilmente residuale, in cui sia attivata l'udienza stralcio ai sensi dell'art. 268 co.6 e 7 c.p.p.), è **dunque escluso l'accesso del difensore all'ascolto di tutte le intercettazioni**. Anche nel caso di adozione di misura cautelare, infatti, può essere che le indagini siano ancora in corso; in ogni caso tutte le intercettazioni che non siano state oggetto di anticipata *discovery* conseguente alla trasmissione al GIP della richiesta di applicazione della misura cautelare rimangono coperte da segreto.