

# Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

**Note e Commenti**

## NOVITÀ SUL SEGRETO INVESTIGATIVO NEL D.L. N. 161 DEL 2019 IN TEMA DI INTERCETTAZIONI

Andrea Zampini

### Abstract

[Changes to the investigation secret in the “wiretaps” law decree no. 161 of 2019]  
After two years of numerous referrals in the wiretaps reform (legislative decree no. 216 of 2017), the government has decided to take on the matter with an emergency intervention (law decree no. 161 of 2019, which is currently awaiting its conversion in to law). Investigative secret is one of the various aspects faced by the decree. If compared to the 2017 reform, secrecy is confirmed in its perimeter in the authorization phase (art. 329 CCP) and reduced in its general duration (art. 269 CCP). Partly due to the well-known negligence of the legislator in law drafting techniques, these innovations show a legal system on which remain doubts because of its total inadequacy to grant at least minimum levels of guarantee for the fundamental rights involved.

### Key Words:

Wiretaps, reform, Investigation secret, publish ban, Privacy

Vol. 7 (2020)





# Novità sul segreto investigativo nel d.l. n. 161 del 2019 in tema di intercettazioni

Andrea Zampini\*

## 1. Un decreto legge inaspettato

Le tormentate sorti della riforma delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni varata dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, avevano rafforzato l'ormai diffusa convinzione secondo cui «in Italia nulla è stabile fuorché il provvisorio»<sup>1</sup>, quando – pochi giorni prima che scadesse l'ultimo differimento temporale relativo all'efficacia della “nuova” disciplina – il Governo ha deciso di intervenire in materia con decreto legge.

La scelta di ricorrere a tale strumento per mettere mano a norme in vigore da ormai due anni, che nessuna delle “camaleontiche” maggioranze parlamentari *medio tempore* succedutesi aveva né abrogato, né reso pienamente operativa, non ha mancato di suscitare critiche in dottrina<sup>2</sup>. Oltretutto, la circostanza che sia prevista un'acquisizione di efficacia “ritardata” delle disposizioni introdotte con decreto rafforza i dubbi sulla carenza dei presupposti di cui all'art. 77 Cost.<sup>3</sup>. Anche a volerle ravvisare, le sole ragioni di «necessità e d'urgenza» costituzionalmente necessarie invocabili a fondamento di tale opzione erano state colposamente determinate dal legislatore: si trattava di evitare che acquisisse efficacia

---

\* Andrea Zampini è Dottorando di ricerca in Diritto e Procedura penale presso l'Università ‘La Sapienza’ di Roma.

Indirizzo mail: andrea.zampini@uniroma1.it

<sup>1</sup> La celebre massima di Prezzolini (*Codice della vita italiana*, capitolo VI, § 40), col passare del tempo, sembra aderire sempre più ad un panorama normativo in cui il legislatore, certamente a causa delle precarie maggioranze parlamentari che riescono a coagularsi intorno ad una proposta politica, approva norme che entrano in vigore e di cui viene puntualmente rinviata l'acquisizione di efficacia. Una sorte simile, anche se apparentemente meno rocambolesca, sembra toccata alla nuova disciplina sulla prescrizione del reato introdotta con legge n. 3 del 2019 che ha recentemente acquisito efficacia.

<sup>2</sup> A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen.* on-line, 7 gennaio 2019, p. 1.

<sup>3</sup> Già S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, disponibile in *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, 1950, p. 309, notava che «la necessità deve essere urgente, e questa urgenza sarebbe negata dallo stesso Governo col differirne l'esecuzione nel momento stesso in cui lo libera».

un impianto normativo le cui oggettive criticità erano state ampiamente segnalate da tutti gli operatori giuridici<sup>4</sup>.

Il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, è frutto di un precipitoso compromesso politico, una “sintesi a freddo” tra le posizioni di chi aveva redatto il d.lgs. n. 216 del 2017 (c.d. decreto Orlando) e quelle di chi ne ha finora differito l’entrata in vigore, senza nascondere l’aspirazione a farne *tabula rasa*, ritenendo tale provvedimento espressione di un pessimo bilanciamento tra i diritti fondamentali in gioco, quando non causa di un «bavaglio all’informazione» e di limitazioni rispetto alla «possibilità di portare avanti le indagini in maniera efficace»<sup>5</sup>.

Queste ultime intenzioni hanno prevalso. Il decreto legge n. 161 del 2019 è intervenuto in modo rilevante sull’assetto prefigurato dal d.lgs. n. 216 del 2017. La disciplina del *trojan horse* ha subito manipolazioni volte ad ampliarne lo spettro applicativo in materia di reati contro la pubblica amministrazione<sup>6</sup>. Sono stati corretti alcuni degli aspetti più controversi e portanti del c.d. decreto Orlando: al labirintico meccanismo “ordinario” e «oltremodo complesso» di acquisizione<sup>7</sup> si è preferito il ripristino – con ritocchi minimi – dell’udienza di stralcio *ex art.* 268 c.p.p.; all’acquisizione “cautelare”, con cui si anticipava la selezione delle intercettazioni in fase di applicazione di una misura restrittiva della libertà personale, è stata sostituita una forma di selezione collocata al termine delle indagini<sup>8</sup>; il potere selettivo attribuito alla polizia giudiziaria è tornato in

---

<sup>4</sup> Senza la pretesa di addentrarsi in *munere alieno* e consapevoli che la “tipizzazione” dei «casi straordinari di necessità e d’urgenza» impegnano da tempo la dottrina costituzionalistica (per una panoramica sul problema, v. AA. VV., *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, a cura di A. Simoncini, EUM, 2006, *passim*; nonché L. GIANNITI-P. STELLA RICHTER, voce *Urgenza (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1992. vol. XLV, p. 901 ss.), ci sembra che la scelta dell’atto avente forza di legge fosse la migliore tra le insoddisfacenti soluzioni possibili. L’alternativa rappresentata da un’ulteriore proroga avrebbe comunque prestato il fianco a rilievi di incompatibilità costituzionale, ma senza avere il merito di porre fine ad un indecoroso e umiliante susseguirsi di rinvii. Peraltro, anch’essa avrebbe necessariamente assunto la forma della decretazione d’urgenza, se non dell’emendamento privo di pertinenza rispetto all’oggetto del disegno di legge “a pronta disposizione” (come avvenuto con le prime proroghe dell’efficacia del d.lgs. n. 217 del 2018, per cui si è approfittato perfino della legge di bilancio). Soprattutto in ordine alla prima evenienza, si consideri che se «la necessità della proroga venga avvertita con un certo anticipo rispetto alla sua scadenza e non si provvede tuttavia con legge ordinaria» è lecito dubitare che possano sussistere i presupposti dell’art. 77 Cost. (così F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Diritto e società*, 1974, n. 3, p. 526 ss.).

<sup>5</sup> Così, in più occasioni, si è espresso il ministro della Giustizia, Bonafede. Tra le molte fonti disponibili, v. *La Repubblica*, 24 luglio 2018.

<sup>6</sup> G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina*, cit., p. 57 ss.; A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, cit., p. 2.

<sup>7</sup> Così C. GABRIELLI, *Dall’esecuzione delle operazioni di ascolto all’acquisizione delle captazioni rilevanti*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra-R. Orlandi, Giappichelli, 2018, p. 3 ss. Sul punto, per un’analisi complessiva sul meccanismo ordinario di selezione delle intercettazioni pensato dal legislatore del 2017, si rinvia anche a F. CAPRIOLI, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, in *L’intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. Bene, Carocci, 2018, p. 125 ss.

<sup>8</sup> Sul “vecchio” sistema di selezione in sede cautelare v. L. GIULIANI, *Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento de libertate*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., p. 49 ss., nonché F. CAPRIOLI, *La nuova procedura di selezione*, cit., 164 ss. Per i primi commenti in ordine alla nuova disciplina dettata dall’art. 415 comma 2-bis c.p.p. si rinvia a W. NOCERINO, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sist. pen.*, 2020, f. 1, p. 73 e ad A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, cit., p. 3.

mano al pubblico ministero<sup>9</sup>. Per quel che ci interessa in particolare, la durata – ma non la portata – del segreto investigativo in tema di captazioni è stata profondamente rivista.

### 2.1. La falla ancora aperta nella segretezza “cautelare”

Tra le poche novità introdotte dal d.lgs. n. 216 del 2017 risparmiate dalla “controriforma” del dicembre 2019 c’è il riformulato art. 329 c.p.p. Secondo la sua originaria versione, il segreto era destinato a persistere sugli «atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria» fin «quando l’imputato non ne po[tesse] avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari». La norma presentava un duplice limite: escludeva dall’ambito applicativo del segreto sia gli atti non di indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, sia gli atti del giudice per le indagini preliminari.

Rimediando a una «macroscopica carenza, da tempo inutilmente segnalata dalla dottrina»<sup>10</sup>, la rimodulazione ad opera del “decreto Orlando” ha esteso il segreto anche alle «richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e [agli] atti del giudice che provvedono su tali richieste». Un’addizione che, ad esempio, in materia di intercettazioni risulta risolutiva, proiettando finalmente la copertura del segreto tanto sulla richiesta del pubblico ministero di captare conversazioni e comunicazioni quanto sul provvedimento autorizzativo del giudice<sup>11</sup>, che in precedenza non ne godevano: l’una perché non atto di indagine *stricto sensu* inteso, l’altra in quanto né atto di indagine, né atto proprio di uno dei soggetti del procedimento menzionati dall’art. 329 c.p.p.

Pur realizzando un convincente ampliamento del perimetro del segreto in tema di intercettazioni e, più in generale, di tutti gli atti di indagine compiuti all’esito di procedimenti che implicano un meccanismo di richiesta-autorizzazione (come ad esempio la perquisizione nello studio del difensore ai sensi dell’art. 103 comma 4 c.p.p.<sup>12</sup>), il novellato art. 329 c.p.p. lascia ancora scoperto un nodo nevralgico: al di fuori della “cinta muraria” del segreto continuano a restare la richiesta e l’ordinanza cautelari, non essendo tali atti ascrivibili al novero delle richieste di autorizzazione al compimento di «atti di indagine» e dei provvedimenti che su queste decidono.

Se nel 2017 la scelta del legislatore delegato di non farsi carico del problema poteva giustificarsi invocando le limitazioni imposte dalla delega<sup>13</sup>, il d.l. n. 161 del 2019, libero

---

<sup>9</sup> G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina*, cit., p. 50.

<sup>10</sup> Così G. GIOSTRA, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., p. 119.

<sup>11</sup> Come pure, si può ritenere in via interpretativa, il decreto di convalida ai sensi dell’art. 267 comma 2 c.p.p.

<sup>12</sup> Peraltro, in questo caso il segreto si attegga in modo assai particolare, considerato che «nell’accingersi a eseguire (...) una perquisizione (...) l’autorità giudiziaria a pena di nullità avvisa il consiglio dell’ordine forense del luogo perché il presidente o un consigliere da questo delegato possa assistere alle operazioni». Dunque, sembra che l’atto possa essere reso noto al Consiglio forense prima che venga a conoscenza dell’indagato e, quindi, quando ancora segreto. Ad ogni modo, come notava in un differente panorama normativo F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, p. 298, «l’esecutore cauto manda l’avviso quando sia già sul posto».

<sup>13</sup> La legge 23 giugno 2017, n. 103, non prevedeva espressamente alcuna estensione dei confini del segreto né in materia di intercettazioni, né in materia cautelare e se nel settore delle captazioni la strada era stata comunque percorsa era perché si poteva farla rientrare in un’ottica di migliore tutela della riservatezza delle comunicazioni, cioè a dire l’obiettivo principe della riforma Orlando. Al contrario, nel sistema normativo

dai vincoli di cui all'art. 76 Cost., ben avrebbe potuto rimediare a tale falla; sarebbe bastato introdurre un inciso nell'art. 329 comma 1 c.p.p. – «le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine, le richieste di applicazione di misure cautelari e gli atti che provvedono su tali richieste» – per ricomprendere i provvedimenti restrittivi della libertà nel perimetro del segreto, fino a quando l'ordinanza non giunga a conoscenza dell'imputato attraverso l'esecuzione o la notifica. Ma così non è avvenuto. Si potrebbe ancora aggiustare il tiro *in extremis* in sede di conversione del decreto legge, ma non c'è da scommettere sull'attenzione del legislatore verso un aspetto, la segretezza degli atti cautelari, finora dimenticato sebbene di importanza decisiva per l'efficacia delle misure in questione.

Come pure, si sarebbe dovuto approfittare del d.l. n. 161 del 2019 per “bonificare” l'art. 114 comma 2 c.p.p. dell'opinabile aggiunta introdotta dal “decreto Orlando”: un'eccezione alla regola del divieto di pubblicazione, anche parziale, fino al termine delle indagini o dell'udienza preliminare degli atti non più segreti «per l'ordinanza indicata dall'articolo 292» c.p.p. Questa, nelle intenzioni del legislatore del 2017, avrebbe potuto essere divulgata non solo nel contenuto, ma anche nella sua “versione letterale”. Una *ratio* astrattamente condivisibile, se tale ordinanza fosse stata – appunto – segreta. Mancando la regola, tuttavia, perde di senso l'eccezione. Il legislatore avrebbe dovuto eliminare un inciso che, dando «per presupposto quanto si sarebbe dovuto prevedere, ma non si è previsto»<sup>14</sup>, crea contraddizioni sistematiche che potrebbero disorientare l'interprete.

## 2.2. (segue) e le nuove criticità della fase esecutiva

Poco solerte nel preservare l'efficacia della misura cautelare, non avendo esteso la copertura del segreto all'ordinanza che la dispone e alla relativa richiesta, la “riforma Orlando” si era opportunamente fatta carico di impedire che questi atti rappresentassero veicolo di diffusione dei contenuti delle intercettazioni irrilevanti.

È assodato che il pubblico ministero è libero di selezionare gli «elementi su cui la richiesta si fonda» in base a «quel che ritiene opportuno», non essendo «questione da poco» il «fin dove gli conviene svelare le carte»<sup>15</sup>. Tuttavia, considerato che l'art. 291 c.p.p. impone anche di inviare al giudice della cautela «tutti gli elementi a favore dell'imputato», non è escluso che l'organo dell'accusa – al fine di evitare un'involontaria violazione del precetto – decida di trasmettere al giudice per le indagini preliminari tutto il materiale captato (o buona parte di esso), con l'eccezione delle sole intercettazioni inutilizzabili<sup>16</sup>. A

---

delineato dal d.lgs. n. 216 del 2017 l'inserimento della richiesta e dell'ordinanza cautelari entro il perimetro del segreto avrebbe rischiato di collocarsi al di là dell'argine costruito dalla legge delega. Ciò perché la parentesi cautelare costituiva proprio una delle modalità acquisitive delle intercettazioni, attraverso cui si dividevano i destini delle conversazioni rilevanti, destinate al fascicolo di cui all'art. 373 comma 5 c.p.p. (così il fu art. 268-ter comma 1 c.p.p.), e di quelle irrilevanti, relegate all'interno dell'archivio. Dunque, pur esistendo molti validi motivi che già allora suggerivano l'attribuzione del crisma agli atti di cui agli artt. 291 e 292 c.p.p., nessuno di essi era valorizzabile nell'ottica di tutela della riservatezza delle conversazioni intercettate, già messa al riparo proprio attraverso il meccanismo acquisitivo.

<sup>14</sup> «E cioè che richiesta e ordinanza di misura cautelare debbano essere coperte dal segreto sino a quando la seconda non venga eseguita o notificata» (G. GIOSTRA, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, cit., p. 122).

<sup>15</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 514.

<sup>16</sup> Per quanto si sa, questo era l'operato di molte procure (si vedano sul punto le *Linee guida sulle intercettazioni* della Procura di Torino, pubblicate il 31 gennaio 2017 sul sito *web* dell'Associazione nazionale magistrati). Un operato forse censurabile: immaginiamo che elementi chiaramente favorevoli all'imputato, magari

prescindere da quali intenzioni avessero mosso il pubblico ministero, era frequente che il giudice “travasasse” in maniera indiscriminata il materiale trasmesso nell’ordinanza cautelare, senza alcun vaglio in ordine alla sua effettiva rilevanza<sup>17</sup>. Una poco commendevole abitudine, che rendeva le ordinanze cautelari uno strumento formidabile per la divulgazione del contenuto di intercettazioni irrilevanti ai fini del procedimento<sup>18</sup>.

La “riforma Orlando” del 2017 aveva affrontato il problema su due fronti. Per un verso, attraverso la nuova scansione delle modalità acquisitive delle captazioni rilevanti: se del materiale intercettativo fosse stato utilizzato a fondamento della richiesta cautelare, il pubblico ministero avrebbe dovuto trasmettere al giudice i verbali «limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti» (interpolazione dell’art. 291 comma 1 c.p.p., da leggere insieme all’art. 268-ter comma 1 c.p.p.). Eventuali intercettazioni irrilevanti che fossero pervenute al g.i.p. avrebbero dovuto essere restituite al magistrato dell’accusa, affinché questi le destinasse nuovamente all’archivio riservato (art. 92 comma 1-bis disp. att. c.p.p.).

Per altro verso, il legislatore aveva prescritto al pubblico ministero e al giudice di seguire specifiche accortezze nella redazione, rispettivamente, della richiesta e dell’ordinanza cautelari, quando richiamavano il contenuto di intercettazioni (artt. 291 comma 1-ter e 292 comma 2-quater c.p.p.): in entrambe gli atti dovevano essere riprodotti «soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni». Per la prima volta ci si è preoccupati nel codice di rito di impartire una prescrizione relativa all’impiego di un elemento probatorio nella redazione di un atto, nel condivisibile intento di «responsabilizzare il p.m. e il giudice costringendoli ad un’opera di cernita attenta del materiale frutto delle intercettazioni»<sup>19</sup>. Si tratta di un precetto giuridicamente vincolante, a differenza degli ormai piuttosto diffusi strumenti di *soft law* elaborati in materia di

---

scagionanti, siano contenuti in una captazione inutilizzabile. Ragionevole escluderne l’invio? Offrono una risposta negativa, tra gli altri, L. FILIPPI, *L’intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 1997, p. 240; I. ABRUSCI, “*Damnatio memoriae*”. *La soppressione incidentale di informazioni nel processo penale*, Giappichelli, 2014, p. 95.

<sup>17</sup> D’altronde, più in generale, si rammenti che il legislatore è stato costretto a intervenire per arginare le prassi di motivare le ordinanze cautelari *per relationem*. Sul punto si vedano di recente – anche per le questioni relative all’interpretazione della legge del 2015 – le osservazioni di P. SPAGNOLO, *Il controllo di legittimità sui provvedimenti cautelari personali in tema di gravi indizi*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 2757 ss.; D. GIUNTI, *Motivazione dell’ordinanza di custodia cautelare e pericolo di recidiva: la Corte di cassazione conferma le proprie posizioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, f. 3, p. 79 ss.

<sup>18</sup> In attesa di un intervento legislativo, si era tentato di affrontare la questione attraverso l’emanazione di linee guida con cui si sollecitava il pubblico ministero ad operare una prima selezione del materiale da trasmettere senza limitarsi al solo vaglio di utilizzabilità, ma estendendo il controllo alla rilevanza probatoria. Si segnalano in particolare: 1) la *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni* adottata dal Consiglio superiore della magistratura con delibera del 29 luglio 2016, secondo cui il criterio da seguire nella scelta si assesta sulla “non manifesta irrilevanza”, ricalcando il canone decisorio dell’allora vigente formulazione dell’art. 268 comma 6 c.p.p.; 2) le *Linee guida sulle intercettazioni* emanate dal procuratore della Repubblica di Torino, Armando Spataro, nel gennaio 2017 e disponibili sul sito *web* dell’Associazione nazionale magistrati, secondo cui non è opportuno trasmettere ai sensi dell’art. 291 c.p.p., oltre alle intercettazioni inutilizzabili quelle che compromettono la prosecuzione di indagini, quelle “assolutamente non pertinenti” o “non pertinenti e contenenti dati sensibili” ai fini dell’accertamento della responsabilità penale.

<sup>19</sup> G. GIOSTRA, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, cit., p. 129. Sul punto v. anche A. NOCERA, *Esigenze di riservatezza: conservazione, modalità di stesura delle ordinanze e acquisizione del captato oltre le indagini preliminari*, in AA. VV., *L’intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 176, secondo cui le norme sulla redazione dei provvedimenti costituiscono «naturale completamento» della nuova disciplina di acquisizione del materiale captato attivata in fase cautelare ai sensi dell’art. 268-ter c.p.p.

redazione dei provvedimenti giudiziari<sup>20</sup>. Tuttavia, come tutte le prescrizioni normative sprovviste di sanzione<sup>21</sup>, la sua osservanza era rimessa esclusivamente allo scrupolo professionale degli operatori<sup>22</sup>.

Il d.l. n. 161 del 2019 ha abrogato il meccanismo di selezione delle intercettazioni introdotto dal “decreto Orlando” e la modifica apportata all’art. 291 comma 1 c.p.p., lasciando sopravvivere soltanto le regole riguardanti la tecnica di redazione degli atti del pubblico ministero e del giudice, nonché – eccezion fatta per il lemma “riservato”, riferito all’archivio – il comma 1-*bis* all’art. 92 disp. att. c.p.p. Soprattutto quest’ultima norma solleva dubbi interpretativi, là dove prescrive al giudice di restituire al pubblico ministero, «contestualmente» alla trasmissione dell’ordinanza che dispone la misura cautelare, gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili «per la conservazione nell’archivio di cui all’articolo 89-*bis*» c.p.p. Alla luce di quanto detto, il quesito è: sul materiale restituito al pubblico ministero viene meno il segreto investigativo?

Nell’ottica di *disclosure* finalizzata ad attivare il contraddittorio con la difesa in un procedimento fino a quel momento monopolizzato dal dialogo tra pubblico ministero e giudice, l’art. 293 comma 3 c.p.p. prescrive che, dopo la notificazione o l’esecuzione, l’ordinanza cautelare debba essere depositata nella cancelleria del giudice, insieme alla richiesta e agli atti presentati dal pubblico ministero. La novellata disciplina non pare mutare sensibilmente il diritto di accesso del difensore rispetto all’intervento legislativo del 2017, che segue ancora un duplice binario: per un verso, questi potrà avere diritto di copia dei verbali depositati in cancelleria e di trasposizione su idoneo supporto digitale dei corrispondenti *file* audio<sup>23</sup>; per altro verso, potrà prendere visione dei verbali e ascoltare i contenuti delle intercettazioni non rilevanti restituite dal giudice al pubblico ministero in sede di applicazione di una misura cautelare direttamente nell’archivio, senza diritto di copia e di trasposizione, espressamente escluso dalla lettera dell’art. 89-*bis* comma 4 disp. att. c.p.p.<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> A tale fenomeno è annoverabile, ad esempio, il Protocollo d’intesa tra il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense siglato il 19 luglio 2018, che all’art. 6 suggerisce di adottare – tra le varie possibili – determinate strutture e scansioni argomentative nella stesura della motivazione della sentenza.

<sup>21</sup> Ciò non toglie che non potesse essere prevista almeno una «responsabilità disciplinare a carico del magistrato (p.m. o g.i.p.) che non bonifichi i propri atti dalle intercettazioni di cui sia indubbia l’irrelevanza» (G. GIOSTRA, *Segreto processuale, tra esigenze di giustizia, diritti individuali e controllo democratico*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 747).

<sup>22</sup> Peraltro, in molti casi sarebbe stato difficile stabilire se l’eventuale sanzione avrebbe dovuto trovare applicazione, essendo spesso labile il confine che separa il rilevante dall’irrilevante.

<sup>23</sup> Dubbi in relazione all’esistenza del diritto di estrazione dei *file* audio delle captazioni prodotte dal pubblico ministero sono stati fugati dalla Corte costituzionale, che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 268 c.p.p. là dove non prevede espressamente tale diritto, anche quando le captazioni non siano ancora state ordinariamente depositate (Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3753, con nota di ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*); nonché dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (Sez. un., 22 aprile 2010, n. 20300, in *Cass. pen.*, 2011, p. 461 ss., con nota di MILANI, *Sul diritto del difensore alla piena conoscenza delle risultanze delle intercettazioni utilizzate nel procedimento cautelare: le Sezioni unite non sciolgono tutti i dubbi*), le quali hanno stabilito che il mancato rilascio di copia dei file audio al difensore in tempo utile ad esperire riesame «non comporta l’inutilizzabilità degli esiti delle intercettazioni effettuate, perché questa scaturisce solo nelle ipotesi indicate dall’art. 271 c.p.p., comma 1», bensì «una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell’art. 178 c.p.p., lett. c), soggetta al regime, alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p.» (cfr. §7.11 della decisione).

<sup>24</sup> F. CAPRIOLI, *La nuova procedura di selezione*, cit., p. 165-166; v. anche L. GIULIANI, *Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento de libertate*, cit., p. 58-59.

In altri termini, il “ritorno” di parte del materiale all’archivio – benché precluda la facoltà di ottenerne copia – non impedisce al difensore di prenderne cognizione, dovendo essere questa garantita con riferimento a tutte le intercettazioni allegare alla richiesta del pubblico ministero ai sensi dell’art. 291 c.p.p. La conseguenza è presto detta: in assenza di una norma che estenda fino ad un diverso momento processuale la durata del segreto, quest’ultimo viene meno, anche sulle captazioni rispedite al mittente dal giudice della cautela, a partire dal deposito dell’ordinanza cautelare e del fascicolo cautelare, cioè a dire – secondo la regola generale – da quando la difesa può averne conoscenza.

Non vale osservare che il d.l. n. 161 del 2019 ha abrogato gli ultimi due periodi del comma 3 dell’art. 293 c.p.p., i quali avevano il merito di mettere nero su bianco il diritto del difensore «di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate» e alla «trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni». Se in materia di diritto di cognizione e di copia l’addenda normativa non aveva aggiunto nulla al sistema ricavabile dall’interpretazione delle norme del codice e dall’analisi della giurisprudenza costituzionale<sup>25</sup>, allora la sua elisione non toglierà nulla<sup>26</sup>. Del pari, non sembra possano prodursi attraverso tale abrogazione ripercussioni sul regime di segretezza delle intercettazioni prodotte dal pubblico ministero in sede cautelare.

Certo, le disposizioni sopravvissute al recente intervento novellatore diminuiscono il rischio che intercettazioni irrilevanti siano oggetto di propalazione per mezzo degli atti del procedimento cautelare fino all’esecuzione della misura: il divieto di copia delle intercettazioni respinte dal giudice limita la circolazione del relativo materiale; l’obbligo di riportare, solo quando necessario, esclusivamente i brani essenziali dei verbali verosimilmente scongiura che i provvedimenti del pubblico ministero e del giudice fungano da “ripetitore” per le captazioni processualmente terze. Tuttavia, il venir meno del segreto investigativo su tutto il materiale allegato alla richiesta di misura cautelare non scongiura i rischi per la riservatezza dei soggetti intercettati.

In questo senso, avrebbe forse potuto essere considerata l’idea di conservare la modifica apportata all’art. 291 comma 1 c.p.p., là dove imponeva di allegare alla richiesta cautelare soltanto le intercettazioni «rilevanti». Magari adeguandola al nuovo contesto normativo e specificando che la rilevanza – ormai sganciata dal meccanismo acquisitivo di cui all’abrogato art. 268-ter comma 1 c.p.p. – avrebbe dovuto essere parametrata alla necessità di prova a fini cautelari.

### **3. Segreto e materiale captato: un’odissea (per ora) senza lieto fine**

#### **3.1. Il ritorno alla regola generale sull’obbligo del segreto**

In materia di intercettazioni telefoniche il d.l. n. 161 del 2019 ha anticipato il momento processuale in cui il “flusso dell’alta marea” del segreto si ritira. Ciò amplia il novero degli atti su cui viene meno l’arcano investigativo e consegna al mondo emerso del conoscibile un arenile costellato di sedimenti captativi di cui non è ancora stata vagliata la rilevanza<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> V. nota 21.

<sup>26</sup> V. però le osservazioni di L. GIULIANI, *Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento de libertate*, cit., p. 60-62.

<sup>27</sup> C. GABRIELLI, *Dall’esecuzione delle operazioni di ascolto all’acquisizione delle captazioni rilevanti*, cit., p. 4, nota che «in assenza di qualsiasi selezione preliminare del materiale da portare a conoscenza della difesa, con l’adempimento previsto dall’art. 268 comma 6 c.p.p. divenivano legittimamente divulgabili notizie estranee al *thema probandum*, arrecando rispetto alla riservatezza dei soggetti coinvolti un pregiudizio costituzionalmente indifendibile e intollerabile in termini di etica civile».

Non deve trarre in inganno il fatto che la norma codicistica generalmente posta a presidio dell'obbligo del segreto, l'art. 329 c.p.p., abbia acquisito efficacia nella versione rimodellata dal d.lgs. n. 216 del 2017, senza essere ritoccata dal d.l. n. 161 del 2019.

Infatti, le disposizioni con cui la riforma del 2017 aveva esteso i confini temporali del segreto processuale in tema di intercettazioni erano state collocate non già in seno all'art. 329 comma 1 c.p.p. – che avrebbe in effetti rappresentato la sede naturale per siffatta norma – ma in luoghi “speciali” ed extravaganti, perseguendo comunque uno scopo chiaro: esso avrebbe dovuto perdurare dal momento dell'ascolto fino all'acquisizione al procedimento delle conversazioni rilevanti<sup>28</sup>. Dunque, il *dies a quo* era individuato dall'art. 269 comma 1 c.p.p., secondo cui «i verbali e le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo, sono conservati integralmente in apposito archivio riservato (...) e sono coperti da segreto». La fine era dettata, alternativamente, dalla selezione cautelare *ex artt.* 268-*ter* comma 1 e 269 comma 1-*bis* c.p.p., là dove si specificava che le captazioni utilizzate dal pubblico ministero per la richiesta cautelare traslano «nel fascicolo di cui all'art. 373 comma 5» c.p.p. e che esse «non sono copert[e] da segreto»; ovvero, nel caso del procedimento acquisitivo ordinario, dall'ordinanza con cui il giudice decide sulla rilevanza delle captazioni con cui parimenti, ai sensi dell'art. 268-*quater* comma 3 c.p.p., «viene meno il segreto»<sup>29</sup>. Tutte le norme ora menzionate sono state espressamente abrogate dal d.l. n. 161 del 2019<sup>30</sup>.

Ciò implica, dal punto di vista sistematico, che il segreto sul materiale captato torni ad essere disciplinato dalla norma generale in materia – cioè a dire dall'art. 329 c.p.p. – sussistendo «fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari».

### **3.2. Alcune “bussole normative”: un archivio «digitale», ma non più «riservato»**

Sul ritorno al momento di caduta del segreto precedente al “decreto Orlando”, la lettera del codice di rito ci sembra abbastanza chiara e, oltretutto, supportata da numerosi indici normativi collaterali. Significativo, ad esempio, che l'archivio abbia perso l'aggettivo «riservato»<sup>31</sup>, acquisendo – pur in maniera non uniforme, essendo talvolta indicato con detto appellativo e talaltra senza<sup>32</sup> – l'appellativo «digitale».

---

<sup>28</sup> Una soluzione suggerita al legislatore da alcuni autori, tra cui 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. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del Convegno dell'associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano 5-7 ottobre 2007, Giuffrè, 2009, p. 403; F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, p. 557. Per «soluzioni – pur periodicamente riproposte – che riuscirebbero soltanto ad aggravare la situazione» v. G. GIOSTRA, *L'informazione giudiziaria non soltanto distorce la realtà rappresentata, ma la cambia*, in AA. VV., *L'informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, Pacini, 2016, p. 82.

<sup>29</sup> G. GIOSTRA, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, cit., p. 124, n. 16, segnalava peraltro una sorta di «ecologia normativa» nelle due disposizioni.

<sup>30</sup> Art. 2 comma 1 lettere f) n. 2 e g).

<sup>31</sup> Vedi gli artt. 268-*quater* comma 5, 269 comma 1 c.p.p., ma anche l'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p., in cui muta perfino la rubrica, e l'art. 92-*bis* comma 1-*bis* disp. att. c.p.p.

<sup>32</sup> Il lemma «digitale» compare nelle sole disposizioni di attuazione, agli artt. 89 comma 3 e 89-*bis* comma 1.

Difficile credere che interventi di chirurgia normativa così puntuali siano accidentali. La mutata nomenclatura parrebbe piuttosto il segnale che ciò che è custodito in archivio non è più sempre e comunque coperto da segreto<sup>33</sup>.

Nel sistema immaginato dal “decreto Orlando” il segreto sul materiale captato cadeva solo con uno dei due già evocati procedimenti selettivi. Dunque, esso veniva meno su quanto ritenuto processualmente rilevante, che “fuoriusciva” dall’archivio ed era acquisito al procedimento mediante inserimento nel fascicolo di cui all’art. 373 comma 5 c.p.p., mentre continuava a perdurare sul materiale giudicato irrilevante, che restava confinato nel *caveau* della procura della Repubblica, salve successive occasioni di acquisizione<sup>34</sup>.

Ora l’assetto muta, giacché il segreto non cade all’esito delle due modalità acquisitive delineate dal d.l. n. 161 del 2019, ma “fisiologicamente” al loro avvio, considerato che sia l’avviso di conclusione delle indagini (art. 415-*bis* c.p.p.), sia l’avviso di avvenuto deposito del materiale intercettato (art. 268 comma 6 c.p.p.) implicano la conoscibilità degli atti investigativi compiuti. Sempre ammesso, naturalmente, che il segreto sul materiale captato non sia venuto meno in momenti processuali precedenti, come ad esempio quello in cui si esegue un’ordinanza cautelare, limitatamente agli atti in quella sede utilizzati. O, ancora, quello in cui si dà luogo a una perquisizione il cui decreto è motivato in base alle conversazioni telefoniche ascoltate e riportate nel provvedimento.

Tuttavia, esistono anche “spie” che indicano, almeno all’apparenza, una soluzione contraria, fonte di perplessità ermeneutiche. La stessa relazione che accompagna il disegno di legge di conversione sembra contraddittoria là dove afferma che «con riferimento all’articolo 269 l’intervento reintroduce il sistema vigente prima della riforma del 2017 in materia di conservazione della documentazione relativa alle intercettazioni con il *mantenimento*, tuttavia, della previsione dell’archivio tenuto sotto la vigilanza della procura della Repubblica e del *regime di segretezza* degli atti ivi custoditi, salvi i diritti della difesa e i poteri del giudice»<sup>35</sup>.

In tale contesto si colloca anche la nuova disciplina riguardante l’archivio in cui vanno custodite le intercettazioni e gli atti ad esse relativi. Una delle criticità riguarda

---

<sup>33</sup> La scomparsa del termine “riservato” è invece «*sine causa*» per A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, cit., p. 3. Anche G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina*, cit., p. 55 esprime perplessità sulle modifiche apportate alla disciplina dell’archivio, di non facile comprensione.

<sup>34</sup> Sulla cui individuazione v. C. GABRIELLI, *Dall’esecuzione delle operazioni di ascolto all’acquisizione delle captazioni rilevanti*, cit., p. 28.

<sup>35</sup> Relazione di accompagnamento al d.d.l. relativo alla *Conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Atti Senato*, n. 1659, XVIII legislatura, p. 5. Si segnala che le Note di lettura al d.d.l. hanno offerto una versione differente, là dove si afferma che «la lettera f), punti 1)-3), interviene sull’art. 269 c.p.p. relativo alla conservazione della documentazione eliminando le previsioni della riforma relative alla disciplina del segreto sugli atti relativi alle intercettazioni. In particolare, con la modifica del comma 1, il decreto-legge specifica che gli atti dovranno essere conservati nell’archivio gestito dal Procuratore della Repubblica (v. *infra*, art. 89-*bis* disp. att. c.p.p.) ed elimina la disposizione in base alla quale tali atti sono coperti da segreto; per coordinamento, è abrogato il comma 1-*bis*, in base al quale i soli verbali e le registrazioni acquisiti al fascicolo delle indagini non sono più coperti da segreto». Sulla stessa lunghezza d’onda il *Dossier* parlamentare sul d.d.l. in parola, del 28 gennaio 2020, secondo cui la novella «interviene sulla disciplina della conservazione della documentazione eliminando le previsioni della riforma del 2017 relative alla disciplina del segreto sugli atti relativi alle intercettazioni. In particolare, specifica che gli atti dovranno essere conservati nell’archivio gestito dal Procuratore della Repubblica ed elimina la disposizione in base alla quale tali atti sono coperti da segreto» (p. 8); il medesimo documento specifica che «dal momento del deposito cade il segreto sui verbali di intercettazione ai sensi dell’art. 329 c.p.p. (ex segreto istruttorio)» (p. 22).

L'attuale formulazione dell'art. 89-*bis* comma 2 disp. att. c.p.p., che il d.l. n. 161 del 2019 propone in una versione in parte aggiornata rispetto a quella del d.lgs. n. 216 del 2017. In particolare, oggi si dispone che «l'archivio è gestito con modalità tali da assicurare la *segretezza* della documentazione relativa alle intercettazioni» (comma 2, primo periodo) e che «il procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a mantenere la tutela del *segreto* su quanto ivi custodito» (comma 2, secondo periodo).

La disposizione in parola è senz'altro suscettibile di interpretazioni diverse. Improbabile che si tratti di una svista del legislatore, che avrebbe omesso di eliminare le espressioni «segretezza» e «segreto», già presenti nella versione dell'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p. entrata in vigore con il d.lgs. n. 216 del 2017<sup>36</sup>. Peraltro, anche la profonda – e senz'altro opinabile – interpolazione dell'ultima parte del primo periodo del comma 2 suggerisce che non si tratti di una “mancata elisione”, per cui la «segretezza» e il «segreto» sarebbero rimasti involontariamente incistati nella nuova disciplina: se è biasimevole dimenticarsi di espungere una disposizione incompatibile con un nuovo sistema quando essa è topograficamente collocata in norme diverse da quelle su cui si interviene; sarebbe imperdonabile commettere lo stesso errore quando la “scoria” normativa è inserita nello stesso comma cui si mette mano. Ciò vale anche se si tratta di una riformulazione che consegna al diritto vigente una norma in “difficoltà di senso”, dato che la segretezza è oggi riferita «alla documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia».

*Ictu oculi* rilevabile una superfetazione: è pleonastico riferirsi alle intercettazioni «non necessarie per il procedimento» e a quelle «irrilevanti», non essendo rinvenibile un convincente spartiacque tra le due categorie nel codice di rito.

Solo apparentemente un *referens sine relato*, invece, quello alle «categorie particolari di dati personali», anche considerato il successivo rinvio alla «legge» o al «regolamento in materia»: allusioni certamente da ricondurre al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, e al regolamento UE/679/16. Tra le due fonti, in realtà, il referente normativo privilegiato è senz'altro da individuare in quello europeo, in cui la medesima locuzione è rinvenibile nella rubrica dell'art. 9, che al suo § 1 attribuisce la qualifica di “particolari” ai «dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché [ai] dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona». Infelice, invero, il riferimento alla legge in materia, giacché l'art. 4 comma 1 lett. *d*) d.lgs. n. 196 del 2003 – in cui era contenuta la definizione di «dato sensibile» – è stato abrogato dall'art. 27 d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, proprio per consentire il pieno adeguamento del nostro ordinamento al regolamento europeo. Dunque, sarebbe stato preferibile dal punto di vista dell'uniformità semantica utilizzare la definizione «categorie particolari di dati personali», oltre che nell'art. 89-*bis* comma 2 disp. att. c.p.p. e nell'art. 268 comma 6 c.p.p., anche nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 268 c.p.p., che invece si riferisce anacronisticamente ai «dati sensibili».

---

<sup>36</sup> Il comma 2, primo periodo, era declinato, sul punto, con una costruzione sintattica differente «l'archivio è gestito (...) con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione [ivi] custodita»; mentre il comma 2, secondo periodo, era identico all'attuale, eccezion fatta per il sostantivo “procuratore” scritto con la maiuscola, *unicum* nel codice di rito.

Nonostante gli inciampi, ci sembra che il comma 2 dell'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p. menzioni la «segretezza» e il «segreto» con una precisa volontà legislativa. Eppure, la disposizione in parola non solo è idonea a giustificare esegeticamente il mantenimento di un impianto della disciplina sul segreto delle intercettazioni sovrapponibile a quello delineato dal d.lgs. n. 216 del 2017<sup>37</sup>, ma addirittura si colloca tutto sommato armonicamente nel complessivo funzionamento del “nuovo” archivio.

A nostro parere le «modalità tali da assicurare la segretezza», che si declinano nelle attente precauzioni imposte dal legislatore all'art. 89-*bis* commi 2, 3 e 4 disp. att. c.p.p., servono sì, in prima battuta, a scongiurare l'ipotesi che intercettazioni tecnicamente coperte dal segreto siano oggetto di propalazione indebita; ma anche, in un secondo momento, a limitare quanto più possibile – grazie alla stretta supervisione degli accessi – che il materiale non più segreto si diffonda con facilità. In fondo, sarebbe arduo sostenere che due sostantivi («segretezza» e «segreto») collocati nelle norme di attuazione possano essere idonei a derogare alla disciplina generale dettata dal codice di rito sull'obbligo del segreto.

Non si è più di fronte al «luogo della segretezza»<sup>38</sup>, dunque, giacché una parte dei suoi contenuti sono legittimamente divulgabili, ma è innegabile che la nuova configurazione dell'archivio rappresenti comunque un salto di qualità rispetto al passato, se pensiamo che, prima delle novelle oggetto della nostra attenzione, in alcuni uffici giudiziari si era addirittura consolidata la prassi di inserire i verbali delle intercettazioni «nel fascicolo del p.m., pure allegando i nastri delle registrazioni, e così mettendoli a piena disposizione delle parti fin dal momento del deposito a norma dell'art. 415-*bis* c.p.p.»<sup>39</sup>.

L'ingresso limitato a poche categorie di soggetti legittimati (il giudice che procede e il pubblico ministero, oltre ai rispettivi ausiliari, ma anche il difensore delle parti, accompagnato se del caso da interprete); gli accessi monitorati e registrati, con annotazione del momento di ingresso e di uscita, oltre che degli atti consultati; il limitato diritto di copia degli atti, possibile solo dopo la loro formale acquisizione al procedimento: attraverso tali stringenti regole si mira a garantire che quanto custodito nell'archivio non fuoriesca<sup>40</sup>. Nel caso in cui fuoriuscisse, tuttavia, le conseguenze sarebbero differenti a seconda del regime a cui esso è sottoposto ai sensi dell'art. 329 c.p.p.: se atto segreto, i responsabili della fuga di notizie sarebbero chiamati a rispondere delle deterrenti – dal punto di vista sanzionatorio – fattispecie di rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.) o

---

<sup>37</sup> Sembra suggerire questa soluzione G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina*, cit., p. 56, «sembra che, sia pure con qualche ambiguità lessicale e una non spiegabile ritrosia nel confermare scelte di sistema già compiute, non sia stato smantellato il nucleo della riforma Orlando».

<sup>38</sup> *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, in *Atti Senato*, XVII leg., n. 472-*bis*, § 8

<sup>39</sup> E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, in *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo I, a cura di A. Scalfati, Utet, 2009, p. 509 ss.

<sup>40</sup> Per un'attenta ricognizione delle norme in questione – in larga parte immutate rispetto al d.lgs. n. 216 del 2017 – si rinvia ad A. CAMON, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 63 ss.

Si tengano presenti, oltre alle disposizioni di legge, anche le circolari delle procure della Repubblica, destinate ad integrare e a declinare concretamente la normativa sull'archivio. In particolare, già nella circolare della procura della Repubblica di Velletri si poteva leggere che «il locale archivio sarà presidiato da strumenti di video sorveglianza e di monitoraggio degli ingressi mediante apparecchi sensori delle impronte digitali» (*Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 15 gennaio 2018, p. 9); con specifico riferimento alla nuova disciplina v. procura della Repubblica di Sondrio, *Linee guida e direttive per l'applicazione delle disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni introdotte in via d'urgenza con Decreto Legge 30.12.2019 n. 161 in modifica del Decreto Legislativo 29.12.2017 n. 216*, in *Sist. pen.*, 20 gennaio 2020, p. 14-15.

di rivelazione di segreti inerenti a un procedimento penale (art. 379-*bis* c.p.)<sup>41</sup>, a seconda dello *status* soggettivo del divulgatore; se atto non segreto, *tamquam non esset*, almeno per quanto riguarda la realizzazione di fattispecie incriminatrici di natura delittuosa<sup>42</sup>.

### 3.3. Un rinnovato divieto di pubblicazione

Il tassello finale nella ricostruzione della disciplina del segreto elaborata dal d.l. n. 161 del 2019 risiede nella nuova perimetrazione del divieto di pubblicazione degli atti, contenuto che ci sembra pienamente coerente con il resto dell'impalcatura normativa. All'art. 114 c.p.p. è stato introdotto il comma 2-*bis*, secondo cui «è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415-*bis*» c.p.p. Evidente che la norma in parola certifica quanto già detto sulla modifica del momento in cui viene meno il segreto sulle intercettazioni: se la loro incomunicabilità fosse sempre garantita dallo stazionamento in archivio fino al momento dell'acquisizione, la protezione dell'interesse alla loro non pubblicabilità sarebbe già sistematicamente garantita dal comma 1 dell'art. 114 c.p.p.

Beninteso, anche in questo caso traspare dalla lettera della legge un carenza *drafting* normativo, considerato che si manifestano criticità intrinseche, rispetto al comma 2-*bis*, ed estrinseche, rispetto al resto dell'art. 114 c.p.p.

Non è chiaro, ad esempio, perché il legislatore abbia scelto di scostarsi dalla trama normativa delineata dal comma 1 dell'art. 114 c.p.p., che avrebbe potuto essere preso quale pedissequo modello da seguire – sarebbe bastato elaborare un nuovo comma in cui sostituire le parole «delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415-*bis*» a quelle «degli atti coperti dal segreto» – se non addirittura come paziente su cui intervenire attraverso un'operazione di microchirurgia additiva<sup>43</sup>. Invece, si è inibita la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni, omettendo però qualsiasi riferimento all'atto "in sé". Probabilmente l'intenzione del legislatore risiedeva nella volontà di proibire la pubblicazione con ambedue le menzionate modalità. Un approdo, questo, che sembra comunque raggiungibile in via interpretativa: l'interdizione della pubblicazione del contenuto sembra idonea a comprendere anche la pubblicazione, integrale o per riassunto, del verbale.

I compilatori del d.l. n. 161 del 2019 non sembrano neppure aver valutato la compatibilità tra il nuovo comma 2-*bis* e il comma 7 dell'art. 114 c.p.p., i quali non

---

<sup>41</sup> Nonostante la norma incriminatrice parli di rivelazione indebita di notizie da chi ha «partecipato o assistito ad un atto», è indubbio in giurisprudenza che tale locuzione sia idonea a ricomprendere non solo «l'atto del procedimento in quanto tale» ma anche «la sua documentazione». Per un approfondimento sull'art. 379-*bis* c.p., v. G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, tomo I, diretto da G. Marinucci-E. Dolcini, Giuffrè, 2005, p. 790 ss.

<sup>42</sup> Non è un caso che nei primi resoconti di stampa sul decreto sia sempre evidenziato – facendo giungere al lettore eco del sospiro di sollievo – che «il giornalista che pubblica una intercettazione non rischia più di essere incriminato per aver violato il segreto di ufficio» (v. per tutti Liliana Milella su *La Repubblica* on-line del 21 dicembre 2019), un contenuto che non viene neppure menzionato nel comunicato ufficiale relativo alla seduta n. 20 del 21 dicembre 2019 del Consiglio dei ministri.

<sup>43</sup> Ci si chiede, in altri termini, se non sarebbe stata sistematicamente più pregevole una rimodulazione in questo senso del comma 1 dell'art. 114: «è vietata la pubblicazione, anche parziale o per riassunto, con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, degli atti coperti da segreto e delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415-*bis*, o anche solo del loro contenuto». L'operazione in parola avrebbe comunque necessitato di un intervento che garantisse il raccordo con l'art. 114 comma 7 c.p.p., dove si sarebbe dovuto specificare che «è sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto ad eccezione delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415-*bis*».

rispettano i canoni della logica proposizionale: l'una impone «sempre» il divieto di pubblicazione del contenuto delle captazioni non acquisite, anche là dove abbiano *medio tempore* perso il crisma del segreto; l'altra consente «sempre» la pubblicazione del contenuto degli atti non segreti. Lo iato interno all'art. 114 c.p.p. deve essere ricomposto ermeneuticamente, partendo dal presupposto che è impossibile salvare entrambi gli «assoluti». Nel nuovo comma 2-*bis* ci sembra prevista un'eccezione alla regola di cui al comma 7, per cui nel novero degli atti non più segreti e pubblicabili nel contenuto non rientrano – almeno fino al momento dell'acquisizione – le intercettazioni.

La soluzione è confortata dal fatto che l'art. 114 comma 7 c.p.p. è già smentito da un'altra disposizione di legge, che funge da “precedente” interpretativo: l'art. 329 comma 3 lett. b) c.p.p. consente al pubblico ministero proibire la pubblicazione del contenuto di atti «anche quando (...) non sono più coperti dal segreto», purché ciò sia necessario per la prosecuzione delle indagini. Certo, nel caso in questione il rapporto tra regola ed eccezione è di più immediata evidenza grazie ad una più accorta tecnica legislativa.

Al netto degli sbandamenti lessicali in cui il legislatore incorre, la nuova norma sul divieto di pubblicazione risulta innovativa là dove infrange binomi tradizionali: da un lato, segreto e non pubblicabilità “assoluta” (art. 114 comma 1 c.p.p.); dall'altro, non segreto e pubblicabilità “nel contenuto” fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare (art. 114 comma 2 c.p.p.). L'art. 114 comma 2-*bis* c.p.p. introduce un inedito abbinamento nella fisiologia del codice, cioè a dire quello tra non segreto e non pubblicabilità (né parziale, né contenutistica)<sup>44</sup>, sempre avendo a mente che «a violare il segreto bastano i sussurri sotto banco. Altro è “pubblicare”; questo verbo designa le comunicazioni *ad vulgum*, con veicoli a destinatario indeterminato»<sup>45</sup>.

Quale la *ratio* della norma in parola? Probabilmente si collega alla *ratio* sottesa all'eliminazione della disciplina sul segreto introdotta dal d.lgs. n. 216 del 2017 all'art. 269 comma 1 c.p.p.: tale disposizione faceva sì che la pubblicazione del materiale intercettativo non ancora selezionato in punto di rilevanza determinasse l'applicazione delle severe norme penali poste a presidio del segreto (in particolare, l'art. 326 c.p.)<sup>46</sup>, di cui il giornalista sarebbe stato chiamato a rispondere in concorso con il pubblico ufficiale “rivelatore”. Il legislatore potrebbe aver considerato l'estensione della durata del divieto di pubblicazione quale valida alternativa alla riduzione della durata dell'obbligo del

---

<sup>44</sup> Accoppiata precedentemente prevista in via del solo tutto eccezionale, come detto, dall'art. 329 comma 3 lett. b) c.p.p.

<sup>45</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 351.

<sup>46</sup> La norma dispone: «1. Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. Se l'agevolazione è soltanto colposa, si applica la reclusione fino a un anno. 3. Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni».

segreto: una soluzione che consente di non applicare al giornalista una pena eccessivamente gravosa e, allo stesso tempo, di tutelare il diritto alla riservatezza<sup>47</sup>.

Una “compensazione” solo in astratto convincente, data l’ipotesi sanzionatoria riguardante la violazione dei precetti contenuti nell’art. 114 c.p.p. La contravvenzione di cui all’art. 684 c.p., che incrimina la «pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale», è obblazionabile *ex art.* 162-*bis* c.p., dunque totalmente priva di effetto deterrente<sup>48</sup>. Sul versante disciplinare, invece, l’art. 115 c.p.p. prescrive che la violazione del divieto di pubblicazione sia sanzionabile quando commessa «da impiegati dello Stato o di altri enti pubblici ovvero da persone esercenti una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato», secondo le regole proprie dell’organo titolare del relativo potere. Sul punto, ad essere invocata non è tanto l’intensificazione della risposta penale, benché un adeguamento dell’ammenda comminata dall’art. 684 c.p. ai canoni economici del nuovo millennio non sarebbe censurabile, quanto la predisposizione di un credibile meccanismo di reazione disciplinare, da calibrare necessariamente sul piano deontologico.

Volendo, quindi, immaginare un caso concreto trattato secondo la nuova disciplina, constatiamo che caduto il segreto ai sensi dell’art. 329 c.p.p. i contenuti delle conversazioni intercettate – pur custoditi “segretamente” nell’archivio – possono essere lecitamente rivelati dai soggetti che, sempre lecitamente, li conoscono (il pubblico ministero e il difensore, *in primis*). A questo punto, il giornalista che venga in possesso di un’intercettazione editorialmente interessante, ma non ancora acquisita – quindi non vagliata dal punto di vista della rilevanza processuale – e non pubblicabile, è posto davanti a una scelta: non pubblicarla e rispettare il disposto dell’art. 114 comma 2-*bis* c.p.p., oppure divulgarla e violare il divieto di pubblicazione. In quest’ultimo caso egli è conscio di realizzare una condotta incriminata dall’art. 684 c.p., ma può maliziosamente concludersi che accetterà il rischio di vedersi contestare la contravvenzione, data la sua minima portata sanzionatoria.

Nella migliore delle prospettive, non è escluso che il giornalista possa beneficiare di una delle cause di giustificazione ricavabili in via sistematica e riconducibili all’esercizio del diritto di cronaca. La loro sussistenza, pur non essendo prevista “in via speciale” dalle norme dell’ordinamento penale, si desume dalla lettura degli artt. 51 c.p., 21 Cost. e 10 C.e.d.u. L’ultima disposizione citata deve essere intesa per come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale riconosce nella stampa uno dei pilastri fondamentali di una società democratica: pur nel rispetto dell’etica giornalistica, secondo cui le notizie debbono essere espresse correttamente e sulla base di fatti precisi e di fonti affidabili, le compete comunicare «informazioni e idee su tutti i temi d’interesse generale»<sup>49</sup>.

Non tutti i dati gnoseologici occasionati dal procedimento penale sono, ovviamente, propalabili invocando il diritto di cronaca. Ci sembra, anzi, che solo una

---

<sup>47</sup> Ragionando secondo le definizioni tradizionali, potremmo dire che si è esteso il perimetro del segreto c.d. esterno. Per riferimenti a queste categorie v. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Giuffrè, 2003, p. 66 ss. e, in giurisprudenza, Cass., sez. I, 4 giugno 2014, n. 32846, in *C.e.d. Cass.*, n. 261195, secondo cui «va fatta distinzione tra atti coperti dal segreto e atti non pubblicabili, in quanto, mentre il segreto opera all’interno del procedimento, il divieto di pubblicazione riguarda la divulgazione tramite la stampa e gli altri mezzi di comunicazione sociale».

<sup>48</sup> La norma incrimina «chiunque pubblica, in tutto o in parte, anche per riassunto o a guisa d’informazione, atti o documenti di un procedimento penale, di cui sia vietata per legge la pubblicazione», sottoponendolo all’«arresto fino a trenta giorni» o ad un’«ammenda da euro 51 a euro 258».

<sup>49</sup> Così Corte eur., Grande Camera, 21 gennaio 1999, Fressoz e Roire c. Francia, in *Foro it.*, 2000, IV, p. 153. V. anche, più di recente, Corte eur., 13 febbraio 2018, Seferi Yilmaz c. Turchia, § 70, in *www.budoc.echr.coe.int*.

circostanza possa rendere “non costituente reato” la pubblicazione di un’intercettazione non più segreta, ma non ancora acquisita<sup>50</sup>: l’interesse pubblico alla conoscenza del contenuto della conversazione o della comunicazione<sup>51</sup>. A tale novero sono automaticamente iscrivibili le notizie volte a informare la collettività su ciò che attiene all’imputazione o – prima dell’esercizio dell’azione penale – alle attività investigative. Assumono, altresì, carattere di interesse pubblico quelle notizie che, pure estranee al *thema probandum*, consentano al cittadino di «essere informato nel modo più completo e corretto per poter esercitare consapevolmente i propri diritti politici». Va, quindi, operata una netta distinzione tra le questioni di interesse pubblico e quelle che suscitano il mero interesse *del* pubblico, le quali approfittano della vicenda giudiziaria al fine di alimentare del poco commendevole *gossip*<sup>52</sup>. Ad esempio, dare alle stampe un’intercettazione – non pubblicabile ai sensi dell’art. 114 comma 2-*bis* c.p.p. – da cui si evince la relazione extraconiugale di un protagonista delle istituzioni non sarà antigiuridico quando la notizia sia rilevante per il dibattito pubblico (una circostanza non ardua da verificare, nel caso in cui il soggetto in questione sia un sostenitore della cosiddetta “famiglia tradizionale”); al contrario, il giornalista andrà incontro alla sanzione penale se l’informazione sia finalizzata a soddisfare la pruderistica curiosità dei consociati.

Alla luce di quanto detto, un sistema come quello delineato dal d.l. n. 161 del 2019 non garantirà efficacemente il diritto alla riservatezza delle persone – di tutte le persone: non solo dei terzi estranei alle indagini, ma anche degli indagati, considerato che le distinzioni operate su base soggettiva troppo spesso sottendono la sacrificabilità della *privacy* di chi è iscritto nel registro *ex art.* 335 c.p.p. –, che potrà continuare ad essere leso dalla divulgazione di notizie processualmente irrilevanti e prive di interesse pubblico.

---

<sup>50</sup> Sul punto cfr. G. GIOSTRA, *L’informazione giudiziaria*, cit., p. 83, che suggerisce di fare ricorso alla scriminante in parola in seno a un modello legislativo suggerito *de iure condendo*, il quale prevede l’estensione del perimetro del segreto per le intercettazioni, in parte ispirandosi alle soluzioni adottate nella nota pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso delle “orecchie del presidente” (Corte eur., 7 giugno 2007, Dupuis e altri c. Francia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 812, con nota di L. FILIPPI, *La sentenza Dupuis c. Francia: la stampa “watchdog” della democrazia tra esigenze di giustizia, presunzione d’innocenza e privacy*).

<sup>51</sup> Sul fronte del diritto vivente interno, la Cassazione si sta orientando nel senso di applicare la scriminante del diritto di cronaca addirittura ai reati commessi *al fine* di pubblicare una notizia di «rilevante interesse pubblico». Sul punto v. Cass., sez. II, 7 giugno 2019, n. 38277, commentata da S. VIMERCATI, *L’applicabilità della scriminante del diritto di cronaca a reati commessi prima (e in funzione) della pubblicazione di una notizia*, in *Rivista di diritto dei media*, 2019, 197; la sentenza menzionata ha annullato con rinvio la decisione della Corte d’appello di Milano che aveva condannato due giornalisti per ricettazione, consistita nell’aver acquistato delle registrazioni frutto di reato, poi pubblicate (App. Milano, sez. V, 9 aprile 2018, n. 2528, commentata da E. ZUFFARDA, *Acquisizione di intercettazioni illegali: giornalisti condannati per ricettazione (caso Coop)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, f. 7-8, p. 206 ss.

<sup>52</sup> Sul punto v. di recente G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, 2020, p. 168, cui va attribuita la citazione che precede.

# Cultura giuridica e diritto vivente

---

## Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti

Co-direttori: Luigi Mari, Lucio Monaco, Paolo Morozzo Della Rocca.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

## Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Alberto Clini, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Maria Grazia Coppetta, Francesco Paolo Casavola, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Alberto Fabbri, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Realino Marra, Guido Maggioni, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Orlando Roselli, Eduardo Roza Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

## Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

[redazioneculturagiuridica@uniurb.it](mailto:redazioneculturagiuridica@uniurb.it)

## Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Massimo Rubechi.

## Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Iliara Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

---

*Cultura giuridica e diritto vivente* è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

---