

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

1/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocolo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vignoni, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

IL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA NELLA NUOVA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI

Note a margine del decreto legge n. 161 del 2019

di Giuseppe Santalucia

Il decreto legge n. 161 del 2019 interviene in modifica della riforma della disciplina delle intercettazioni con cui si era chiusa la precedente Legislatura e che, in forza di reiterati interventi normativi, è rimasta per lungo tempo inefficace. Nelle dichiarazioni programmatiche di inizio Legislatura si paventava una riforma dai contenuti innovativi e di ampio respiro. Si tratta, invece, di un sostanziale ripiegamento verso il passato, per più parti frenato e corretto proprio da alcuni principi della precedente riforma (cd. riforma Orlando). Questa, nonostante sia rimasta priva di efficacia, ha rappresentato un (parziale) punto di non ritorno sul terreno della tutela del diritto alla riservatezza, anche dei terzi, e del bilanciamento con il diritto di difesa e con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, e quindi di efficienza ed efficacia degli strumenti di indagine.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La formazione dei cd. brogliacci di ascolto. – 3. Il ruolo della polizia giudiziaria. – 4. Il divieto di trascrizione delle comunicazioni e conversazioni col difensore. – 5. La selezione del materiale intercettativo. – 6. La cd. udienza stralcio. – 7. Il regime di segretezza dei risultati intercettativi non rilevanti. – 8. Divieto di pubblicazione. – 9. L'ambito di ammissibilità del cd. *trojan horse*. – 10. Utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni a mezzo *trojan* per reato diverso. – 11. La disciplina transitoria. – 12. Una breve conclusione.

1. Premessa.

Il decreto legge n. 161 del 30 dicembre 2019 – contenente modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni –, che pone fine alla catena di rinvii con cui si era prorogato il momento di acquisto d'efficacia delle disposizioni riformatrici del d. lgs. n. 216 del 2017 (noto come riforma Orlando), rivela immediatamente l'intento di ripristinare il regime normativo precedente a detta riforma, seppure questo fosse stato ritenuto quasi unanimemente insoddisfacente.

Era invece sembrato, anche in ragione di qualche dichiarazione di intenti del Ministro della giustizia, che il tempo delle varie proroghe sarebbe dovuto servire ad una rielaborazione della riforma Orlando, per emendarla da asserite complessità

procedurali¹ o, ancor di più, che quelle sospensioni avrebbero dovuto consentire la messa a punto di un nuovo progetto capace di coniugare nel miglior modo possibile il diritto alla riservatezza delle comunicazioni con il diritto di difesa e con il principio di obbligatorietà dell'azione penale².

L'impressione è invece che abbia prevalso, fors'anche per la particolare difficoltà dell'impegno programmatico, la tentazione di ritornare al passato, soluzione certo più comoda ma che non rende giustizia di tante condivise critiche a quell'impianto normativo, che troppe volte ha mostrato nei fatti di non essere adeguato al compito di regolare, senza ingiustificati sacrifici, gli interessi potenzialmente confliggenti.

La riforma Orlando ha però funto da argine nei confronti di questa tentazione contro-riformatrice, ne ha contenuto l'impatto, ne ha ridimensionato gli effetti.

L'esame dei contenuti del decreto legge deve allora avvalersi di due parametri di raffronto: la riforma Orlando, che non ha mai, per la sua gran parte, acquistato efficacia, e il sistema normativo ad essa precedente, che ha regolato la materia sin dall'entrata in vigore del codice del 1988.

¹ La distinzione tra verbali delle operazioni e annotazioni di polizia giudiziaria per la necessaria comunicazione preventiva al pubblico ministero circa conversazioni o comunicazioni apparentemente irrilevanti, e quindi da non trascrivere, sembra essere alla base del diffuso giudizio – per molte voci critiche, pregiudizio – di complessità e macchinosità procedurale, quasi che la differenziazione nominalistica delle forme di documentazione potesse veramente generarle. È sufficiente rammentare che l'annotazione null'altro è, in fin dei conti, che una forma semplificata di verbalizzazione, per dissipare le ombre agitate in molti commenti, ove le critiche sono incentrate su questa previsione di cautela finalizzata a mantenere, quanto più possibile, il segreto sulle informazioni irrilevanti Cfr., G. GIOSTRA, *L'impraticabile meccanismo di selezione delle intercettazioni*, in *Sole 24 Ore*, 20 dicembre 2017; e la nota critica inviata ai Presidenti delle Commissioni "Giustizia" di Camera e Senato, dai Procuratori della Repubblica di Firenze, Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino, in data 20 novembre 2017, in cui si legge di «diritto di difesa a rischio», «procedure dannosissime per le indagini», «creazione, questa sì veramente pericolosa, di brogliacci informali della polizia giudiziaria», «procedura macchinosa e irrealistica».

² Ha ricordato C. GITTARDI, *La riforma delle intercettazioni: le Procure in mezzo al guado*, in *giustiziainsieme.it* che le ragioni della proroga sono state indicate l'11 luglio 2018 in sede di audizione del Ministro della Giustizia, on. Alfonso Bonafede, avanti alle competenti Commissioni parlamentari. "Da un lato si prospettano ragioni tecniche relative ai tempi necessari per l'esecuzione nelle Procure dei lavori per la creazione e per l'approntamento dei supporti logistici, informatici e strumentali per gli archivi riservati e per le sale ascolto per gli avvocati. Dall'altro lato, in modo in parte non coerente rispetto alle indicate ragioni tecniche, vengono evidenziati rilievi fortemente critici sul contenuto della riforma Orlando. Si sottolinea infatti in quella sede come la riforma "... Non riesca nell'obiettivo di assicurare un effettivo contemperamento dei diversi interessi richiamati. Le modifiche introdotte, anzi, appaiono come un dannoso passo indietro sulla strada della qualità ed efficacia delle indagini e rispetto alla corretta distribuzione dei compiti funzionali tra i diversi soggetti coinvolti. Si tratta di un testo che ha suscitato i rilievi critici tanto dei magistrati requirenti, quanto della classe forense..." Tanto da annunciare come si fosse "scelto di avviare sin da subito dopo l'insediamento del nuovo Governo una capillare fase di ascolto e confronto, partendo dalle concrete esperienze vissute dalle Procure e dagli avvocati, in modo da giungere alla definizione di una base di lavoro condivisa che possa fungere da piattaforma su cui innestare la riscrittura della disciplina delle intercettazioni".

2. La formazione dei cd. brogliacci di ascolto.

La disciplina circa l'indicazione, nel verbale delle operazioni, dei contenuti delle comunicazioni intercettate è stata ripristinata nei contenuti precedenti alla riforma Orlando.

Il codice ora, come prima, si limita a prevedere la trascrizione anche sommaria del contenuto delle comunicazioni oggetto di ascolto, ed è venuto meno il divieto di trascrizione del materiale irrilevante per le indagini, ivi compreso il materiale afferente a dati personali cd. sensibili.

Le critiche al divieto, evidentemente recepite, sono state tanto ferme e decise quanto poco attente al dato letterale delle disposizioni riformatrici e quindi al loro significato prescrittivo.

Con la riforma Orlando si chiedeva ai pubblici ministeri di seguire passo dopo passo l'andamento degli ascolti e di intervenire subito per scartare, e dunque non trascrivere nei cd. brogliacci, le comunicazioni prive di interesse investigativo, specie quando attenessero alla vita privata dei colloquianti o dei terzi la loro menzionati.

Il recupero del materiale scartato sarebbe stato sempre possibile e rimesso esclusivamente al pubblico ministero, che delle conversazioni o comunicazioni non trascritte non perdeva traccia; gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto sarebbero stati obbligati a informarlo per tempo, ove avessero ritenuto alcune comunicazioni insignificanti, con sintetica annotazione scritta circa il contenuto, che sarebbe stata conservata al pari dei verbali e che quindi ne avrebbe agevolato l'individuazione successiva alla luce di nuove consapevolezze investigative.

Al pubblico ministero sarebbe spettata la decisione, potendo disporre o l'immediata trascrizione nei verbali di quelle comunicazioni o, eventualmente, il loro recupero postumo.

Il controllo in progress del pubblico ministero era sembrato l'unico efficace antidoto per evitare abusi e superficialità di approccio e quindi la formazione di brogliacci d'ascolto inutilmente arricchiti di notizie capaci di ledere riservatezza e reputazione delle persone, una volta oggetto di divulgazione pur non indebita.

È invece prevalsa l'idea che la costante attenzione selettiva dei pubblici ministeri avrebbe prodotto guasti alle indagini e quindi all'accertamento dei fatti, e si è preferito allentare i presidi posti a tutela dei diritti delle persone coinvolte anche solo occasionalmente dalle operazioni di intercettazione.

La riforma Orlando ha comunque lasciato una non marginale eredità, perché l'art. 268 cod. proc. pen., nella formulazione del decreto legge, prescrive che il pubblico ministero debba dare indicazioni – evidentemente destinate agli ufficiali di polizia delegati all'ascolto – e debba vigilare – evidentemente sul loro operato – in modo da sottrarre al pericolo di indebite divulgazioni le comunicazioni irrilevanti e relative ad aspetti della vita privata – art. 268, comma 2-bis, cod. proc. pen. –.

3. Il ruolo della polizia giudiziaria.

Nel porre questo dovere di vigilanza il legislatore del decreto riconosce implicitamente un ruolo proprio alla polizia giudiziaria nell'esecuzione delle operazioni di intercettazione, a differenza di quanto fatto dal codice dell'88 prima e dalla riforma Orlando poi.

Sia il codice che l'indicata novella eleggevano il pubblico ministero ad unico destinatario di poteri e doveri in materia. La polizia giudiziaria era menzionata unicamente come possibile delegata al materiale ascolto, ma il soggetto di riferimento del legislatore era solo e soltanto il pubblico ministero in quanto autorità giudiziaria.

Il decreto legge, invece, eleva la polizia giudiziaria ad attore ordinario delle operazioni di intercettazione nella misura in cui chiama il pubblico ministero a compiti di vigilanza sullo svolgimento di attività, evidentemente altrui, che prima gli erano direttamente imputate. Il dovere di vigilanza è tipico del rapporto di delega ed entro quell'ambito non merita di essere isolato e considerato autonomamente; se, di contro, ad esso il legislatore pone specifica attenzione, sorge la questione se si sia ancora di fronte ad una mera relazione di delega per l'esercizio di un potere proprio del delegante o di cogestione, seppure non paritaria, di una attività d'indagine.

Il fatto che le ricadute pratiche di questa distorsione non saranno significative, dato che è notorio che il pubblico ministero deleghi sempre la polizia giudiziaria all'ascolto e non provveda (quasi) mai direttamente a questo incombenza, non priva di rilevanza l'osservazione critica.

A volte, alcune modifiche normative apparentemente di scarso significato, e magari prodotte senza particolare consapevolezza, concorrono a mutare, e non in meglio specie se assecondanti le prassi, la cultura del processo e delle garanzie in capo agli operatori, con conseguenze – seppure non nell'immediato – non commendevoli. Il modo con cui gli attori processuali, al di là dei profili di mera tecnica, approcciano le norme è infatti fattore che condiziona in misura non marginale la possibilità che si dispieghino al meglio le scelte di valore che la legge sottende.

4. Il divieto di trascrizione delle comunicazioni e conversazioni col difensore.

Della riforma Orlando il decreto legge conserva integra la previsione, di cui all'art. 103, comma 7, cod. proc. pen., sul divieto di verbalizzazione dei colloqui col difensore casualmente intercettati.

Come è noto, le conversazioni e comunicazioni del difensore (degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari) e quelle tra costoro e i loro assistiti non possono essere intercettate. Non può escludersi, però, che siano oggetto di intercettazione casuale e, ove ciò accada, il rimedio consiste, storicamente, nel divieto di utilizzazione.

Da ultimo, proprio con la riforma Orlando, la tutela è stata rafforzata col divieto di trascrizione anche sommaria nei verbali, e quindi nei cd. brogliacci.

Il presidio di garanzia non è stato eliminato dal decreto legge, seppure sia del tutto omogeneo a quello che si era adottato per la selezione in corso d'opera delle intercettazioni relative a comunicazioni irrilevanti e relative a profili di vita privata.

È appena il caso di osservare che la decisione di non trascrivere le conversazioni o comunicazioni del difensore è soltanto del pubblico ministero, come lo sarebbe stata quella di non riassumere nei verbali le comunicazioni o conversazioni che avrebbero esposto inutilmente a pericolo il diritto alla riservatezza delle persone. È certo buona cosa che questo divieto di trascrizione sia rimasto, perché le prerogative difensive devono essere rinforzate, ma non si comprende a questo punto perché sia stato spazzato via il divieto, del tutto omologo, posto a tutela di altri diritti fondamentali.

Se il meccanismo di tutela è identico quanto a modalità di attuazione, resta un quesito dalla non facile risposta perché si sia avvertita l'esigenza di rimuoverlo per la generalità dei casi e di mantenerlo operativo soltanto in riguardo al rapporto difensivo. Si è forse ceduto al timore che un suo impiego massivo si sarebbe risolto in un insopportabile aggravio di lavoro per il pubblico ministero, e si è così scelto di lasciarlo soltanto per quel limitato settore, o, più banalmente, quella piccola ma importante modifica dell'articolo 103 cod. proc. pen. è sfuggita all'attenzione del provvedimento d'urgenza?

5. La selezione del materiale intercettativo: gli aspetti di novità.

Il decreto legge ripristina quasi integralmente la disciplina della cd. udienza stralcio contenuta nel codice di rito sino alla riforma Orlando.

Una prima e non secondaria novità attiene al criterio di selezione del materiale intercettativo.

Il giudice, a chiusura delle operazioni di intercettazione e dopo il decorso del termine assegnato dal pubblico ministero ai difensori per prendere visione del materiale depositato presso l'archivio di cui all'articolo 269 cod. proc. pen.³ al più tardi contestualmente alla chiusura delle indagini⁴, provvede all'acquisizione delle

³ Il deposito presso l'archivio e non presso la segreteria è un aspetto di novità.

⁴ In dottrina la riforma Orlando è stata criticata anche per una asserita compressione dei diritti della difesa. Si sosteneva che "la struttura bifasica del deposito e selezione del materiale intercettato rilevante ai fini di prova riserva ridottissimi tempi al difensore, per la tutela del proprio assistito, obbligandolo a stazionare nei locali della Procura senza poter estrarre copia degli atti relativi ai dialoghi captati, fino alla loro acquisizione al fascicolo delle indagini, disposta dal gip. È evidente la compressione dello spazio di manovra del difensore, sol che si pensi ai casi in cui il gip ritenga di instaurare il contraddittorio nell'udienza di stralcio, al fine di valutare quale materiale selezionare ed avviare al fascicolo delle indagini" – così F. VERGINE, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata*, in *processopenaleegiustizia.it* –. wLa critica, che prospettava violazioni degli artt. 24 e 111 Cost., aveva ad oggetto una disciplina che, rispetto al passato e rispetto alle novità del decreto legge, ampliava le garanzie difensive in termini di spazio temporale riservato per la consultazione dei risultati delle intercettazioni. La riforma Orlando assegnava alle difese un termine ordinario di almeno dieci giorni per formulare al giudice le richieste di acquisizione e/o di eliminazione delle conversazioni e comunicazioni indicate come rilevanti dal pubblico ministero, termine che poteva essere ampliato dal giudice di altri dieci giorni, "in ragione della

conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti che non siano irrilevanti, e non più, come un tempo, manifestamente irrilevanti. L'onere di parte diviene più gravoso se si tratta di far acquisire, ritenendone la rilevanza, registrazioni e verbali riguardanti "categorie particolari di dati personali" – art. 268, comma 6, cod. proc. pen. –, ossia, par di capire, quelli che attengono più strettamente alla sfera di riservatezza, perché in tal caso occorre che gli interessati "ne dimostrino la rilevanza", non potendo bastare che la indichino solamente.

La manifesta irrilevanza era filtro troppo lasco per impedire il travaso nel fascicolo anche di quel che non sarebbe servito e si è compreso che la mera rilevanza orienta, con maggiore specificità e cogenza, le scelte selettive al tema di prova.

Il criterio di restrizione è stato introdotto dalla riforma Orlando che ipotizzava un percorso in più tappe in vista del confezionamento della prova da intercettazioni. Secondo quel modello le comunicazioni e conversazioni intercettate erano destinate in prima battuta all'area della segretezza costituita dall'archivio riservato in cui esse naturalmente sarebbero confluite; per essere acquisite al fascicolo delle indagini avrebbero dovuto essere selezionate dal giudice su richiesta delle parti e previo contraddittorio cartolare o, se del caso, camerale; questa selezione era prevista come momento obbligatorio, non aggirabile, e propedeutico alla successiva eventuale fase della trascrizione nella forma della perizia, da farsi in dibattimento quando sarebbe stato ormai non possibile un diverso epilogo per mezzo di uno dei vari procedimenti speciali che consentono l'utilizzazione probatoria dei cd. brogliacci.

Una seconda novità, assai più discutibile, riguarda i soggetti coinvolti nelle operazioni di selezione. Rispetto alla precedente disciplina, anche nella versione modificata dalla riforma Orlando, l'avviso di deposito, propedeutico all'esercizio dei poteri e delle facoltà di esame del materiale intercettato e quindi di selezione del rilevante, aveva come destinatari i difensori delle parti, e non solo, come invece ora prescrive il decreto legge, i difensori dell'imputato.

L'espressione "difensori delle parti" non era delle più chiare, perché di parti in una fase preprocessuale non può tecnicamente dirsi. La persona offesa non è parte ma è un mero soggetto processuale e la parte civile può fare il suo ingresso in scena solo dopo che si è dato inizio al processo.

complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni" – articolo 268-ter, commi 2 e 3, cod. proc. pen. -. Nello spazio temporale dato (in luogo di quello concesso dal pubblico ministero e non predeterminato dalla legge del testo precedente e di quello ora riproposto dal decreto legge) i difensori avrebbero potuto consultare tutti gli atti, le registrazioni e i documenti conservati nell'archivio riservato, secondo una formula in nulla dissimile, quanto all'attribuzione di poteri e facoltà, da quella del precedente testo codicistico e di quella riproposta dal decreto legge, perché per entrambe i difensori hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, senza riferimento alcuno alla facoltà di estrazione di copia. La diversità risiede piuttosto – a prescindere dal fatto che la consultazione dell'archivio possa avvenire, per il decreto legge, soltanto per via telematica – nella selezione dei destinatari di questi diritti e facoltà, che non sono più i difensori delle parti, secondo la previsione che la riforma Orlando aveva conservato, ma unicamente i difensori dell'imputato.

Pur con queste difficoltà di lettura, la formula consentiva comunque il coinvolgimento di soggetti diversi dall'imputato, meglio: indagato, perché non impediva, senza necessità di particolari forzature interpretative, di individuare tra i destinatari, nonostante la non precisa attribuzione di parte, anche la persona offesa⁵.

6. La cd. udienza stralcio.

Il legislatore del decreto legge torna all'antico e ripristina la vecchia cd. udienza stralcio con il suo carico di inefficienza sperimentata in tutti questi anni in cui, per la gran parte, è stata sostanzialmente elusa nella prassi giudiziaria.

Ha però mostrato consapevolezza del fatto che meccanismo non sarà in grado di soddisfare l'esigenza di una puntuale cernita del materiale da acquisire, perché le Procure della Repubblica continueranno a chiedere il ritardo del deposito del materiale intercettativo e a farlo coincidere con la chiusura delle indagini quando lo svolgimento di una selezione dinnanzi al giudice potrebbe rivelarsi adempimento capace di produrre allungamento dei tempi in vista di un rapido esercizio dell'azione penale.

Ha allora previsto quanto già suggerito in alcune delle circolari che i Procuratori della Repubblica elaborarono prima che fosse approvata la riforma Orlando, anche per dimostrare che le buone prassi possono prendere il posto della legge nel mettere a punto soluzioni soddisfacenti quando sono in gioco interessi potenzialmente contrapposti.

Ha quindi stabilito che, quando non si è proceduto alla selezione ad opera del giudice ai sensi del ripristinato art. 268 cod. proc. pen. – nelle parti in cui prevede il deposito del materiale intercettativo, l'avviso alle parti e quindi la selezione ad opera del giudice – il pubblico ministero con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari avverta indagato e difensore della facoltà di esaminare per via telematica gli atti relativi alle intercettazioni e di ascoltare le registrazioni (ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche), oltre che della facoltà "di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero", che, pertanto, deve prima formare l'elenco del materiale che intende acquisire⁶.

⁵ F. VERGINE, *La riforma della disciplina delle intercettazioni, cit.*, in *processopenaleegustizia.it*, ha invece criticato duramente la disposizione della riforma Orlando, seppure questa prevedesse che fosse dato immediato avviso "ai difensori delle parti", sì come la disposizione previgente, affermando che "totalmente esclusa è la persona offesa dal reato, che in alcun modo può partecipare alle operazioni di selezione delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova, né esserne edotta". Questa critica, a prescindere dal merito, va ora rivolta al decreto legge che ha esplicitato quel che questa voce critica ha ritenuto di cogliere, al di là del dato letterale delle disposizioni, ingiustamente trascurato, nella riforma Orlando.

⁶ È poi previsto con una modifica dell'art. 454, a cui è aggiunto il comma 2-bis, e per evidenti ragioni di coerenza sistematica, che allo stesso modo il pubblico ministero debba procedere, sempre che non si sia dato luogo in precedenza agli adempimenti di cui all'art. 268 commi 4, 5 e 6, quando fa richiesta di giudizio immediato e quindi viene omesso l'adempimento dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Cfr., a tal ultimo proposito, Sez. 1, n. 9429 del 17/12/2014, dep. 2015, Pancotto, Rv. 262645 che, conformemente all'unanime giurisprudenza, precisa che "nel giudizio immediato, l'art. 453 cod. proc. pen. non prevede che la richiesta di giudizio debba essere preceduta dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari".

Si instaura in tal modo un confronto tra pubblico ministero e difesa, perché il primo ha il dovere di indicare quali comunicazioni o conversazioni intenda acquisire siccome rilevanti, e la difesa può, a sua volta, depositare il proprio elenco di registrazioni rilevanti, evidentemente non comprese nell'indicazione d'accusa, con la richiesta di estrazione di copia di quelle rilevanti per l'accusa.

Su ambedue le richieste, di acquisizione di ulteriore materiale intercettativo e di rilascio di copia delle registrazioni utili per l'accusa, provvede il pubblico ministero, senza che debba intervenire il giudice.

Questi, invece, è adito in caso di contrasto tra le parti, e cioè se il pubblico ministero rigetta la richiesta di acquisizione del materiale indicato dalla difesa o, deve ritenersi, anche quando è rigettata la richiesta di rilascio di copia delle registrazioni ritenute rilevanti dall'accusa, e se la difesa nega la rilevanza delle registrazioni indicate dall'accusa.

In tutte queste ipotesi il giudice è richiesto di procedere nelle forme della cd. udienza stralcio e quindi di provvedere all'acquisizione del materiale rilevante sulla base delle prospettazioni di parte.

Anche per tale aspetto il decreto legge è debitore della riforma Orlando. E infatti, in ogni caso, si dia o meno luogo alla cd. udienza stralcio, il pubblico ministero deve comporre l'elenco delle registrazioni che ritiene rilevanti e darne comunicazione alla difesa dell'indagato: Per questa via è tenuto, sia pure soltanto alla chiusura delle operazioni e delle indagini preliminari, a vagliare il materiale informativo formatosi con le operazioni di intercettazione e scegliere soltanto le registrazioni che possano essere di utilità nel prosieguo processuale, onde evitare che si riversi nel fascicolo e quindi nel processo una mole di informazioni per la gran parte inutile e per altra potenzialmente dannosa per i diritti delle persone.

7. Il regime di segretezza dei risultati intercettativi non rilevanti.

Le registrazioni – prescrive il decreto legge – sono immediatamente trasmesse al pubblico ministero. Sullo stesso punto la disciplina della riforma Orlando aveva cura di meglio specificare la nozione dell'avverbio "immediatamente", precisando che l'invio tempestivo dovesse essere fatto subito dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga; aggiungeva quindi, a conferma della cogenza della previsione, che il pubblico ministero avrebbe potuto disporre, con apposito decreto, il differimento della trasmissione, ove la prosecuzione delle operazioni avesse consigliato, data la complessità delle indagini, che l'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto potesse custodirle per consultazione.

Il decreto legge elimina questo inciso, lasciando maggiore libertà agli operatori di modulare in concreto il significato della prescrizione sull'immediato invio, adattandolo a non meglio individuabili esigenze organizzative; conserva, però, un aspetto essenziale della disciplina introdotta con la riforma Orlando, ossia la previsione di un apposito archivio nel quale far confluire i verbali e le registrazioni ed ogni altro atto ad esse relativo.

La gestione e la tenuta di questo archivio ricadono sotto la responsabilità del Procuratore della Repubblica che ha richiesto l'autorizzazione alle intercettazioni, il quale ne ha la direzione ed esercita la sorveglianza su di esso. Rispetto alla riforma Orlando, l'attuale articolo 269 cod. proc. pen. non qualifica l'archivio come "riservato" e soprattutto non dice che verbali e registrazioni, e gli altri atti unitamente custoditi, sono coperti da segreto.

Coerentemente il decreto legge abroga il comma 1-*bis* dello stesso articolo (269), che era stato introdotto per chiarire e ribadire che il segreto su verbali e registrazioni sarebbe venuto meno una volta che fossero acquisiti al fascicolo delle indagini preliminari, di cui all'articolo 373, comma 5, cod. proc. pen., in una delle codificate modalità, ossia con la selezione in contraddittorio tra le parti ad opera del giudice o con l'utilizzazione per l'adozione di una misura cautelare – articolo 268-*ter* cod. proc. pen., pur esso abrogato –.

Quale sia il senso delle modifiche apportate alla disciplina dell'archivio non è facile comprendere.

L'archivio è mantenuto, ma è privato, almeno formalmente, dell'attributo che ne giustificava l'istituzione, ossia l'idoneità, in quanto riservato, ad assicurare la segretezza – a beneficio dei diritti fondamentali della persona – di tutte quelle informazioni captate con le intercettazioni, mezzo particolarmente incisivo sulla sfera di libertà delle persone seppure investigativamente e probatoriamente molto efficace, che non si fossero rilevate utili né alle indagini né al processo.

L'interpretazione della nuova disciplina è ancor più complicata dalla disposizione di cui all'art. 89-*bis* disp. att. cod. proc. pen., articolo introdotto dalla riforma Orlando proprio per specificazioni di dettaglio sull'archivio riservato, che al comma 2 precisava che l'archivio sarebbe stato gestito – anche informaticamente – “con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita”, tanto che il procuratore della Repubblica avrebbe avuto il potere-dovere di impartire, “con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito”.

Detto articolo è sopravvissuto con una modifica alla rubrica ove ora il riferimento è all'archivio delle intercettazioni e non più all'archivio riservato delle intercettazioni, e ciò in coerenza con la modifica apportata alla corrispondente norma del codice.

Il contenuto di disciplina – ed è questa la stranezza – non è stato modificato nelle parti di maggior rilievo, perché si continua a prevedere che “l'archivio è gestito con modalità tali da assicurare la segretezza della 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”; e che il Procuratore della Repubblica ha il potere-dovere di impartire”, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito”.

Quale è allora il senso dell'eliminazione sia dell'attributo di riservato, prima assegnato all'archivio, sia della previsione che il materiale intercettativo non acquisito al processo è coperto dal segreto?

Nonostante le modifiche, infatti, la disciplina che residua mantiene lo stesso contenuto prescrittivo, dato che chiama il procuratore della Repubblica alla tutela del segreto sul materiale custodito in archivio che, all'evidenza, non può che essere posto dalla legge.

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, costituito dall'obbligatorietà del percorso di emersione probatoria da una prima necessaria dimensione di segretezza, prima ed obbligata destinazione di tutto il materiale prodotto dalle operazioni di intercettazione, ad una seconda tappa di acquisizione al fascicolo processuale, con possibilità di utilizzazione sia nei procedimenti cautelari che nei procedimenti cd. speciali, e quindi ad una eventuale terza di confezionamento come prova in senso stretto attraverso la trascrizione nelle forme della perizia, in vista dell'utilizzazione dibattimentale.

Le conversazioni e comunicazioni oggetto di intercettazione sono pertanto, ancora oggi, destinate in prima battuta all'area del segreto, da cui sono sottratte per mezzo della procedura acquisitiva con la presenza solo eventuale del giudice.

La disposizione di cui al nuovo articolo 268, comma 6, cod. proc. pen. in tema di cd. udienza stralcio, nella parte in cui stabilisce che il giudice, scaduto il termine entro il quale i difensori hanno facoltà di esaminare gli atti, ascoltare le registrazioni, ecc. ecc., "dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni...", nonostante sia identica a quella della versione precedente alle modifiche introdotte con la riforma Orlando, si è arricchita di un significato peculiare.

L'acquisizione segna ora un passaggio ben più caratterizzato, facendo transitare quel materiale informativo da una dimensione di estraneità al processo, delineata dalla paratia del segreto, al piano processuale.

Non è più come un tempo, quando l'acquisizione giudiziale percorreva una direzione esattamente contraria e serviva a scartare dal complessivo materiale già confluito interamente nella dimensione processuale, per il solo fatto di essere stato captato e quindi registrato e sommariamente verbalizzato, quella parte, decisamente minore, valutabile in termini di irrilevanza manifesta, a prescindere ovviamente da quella segnata da divieti di utilizzazione.

8. Divieto di pubblicazione.

Il ragionamento sino ad ora svolto, in apparenza coerente, si inceppa di fronte alla previsione di cui all'articolo 2, comma 1, lett. a) del decreto legge, che interviene sull'articolo 114 cod. proc. pen. con l'aggiunta di un comma, il 2-*bis*, per stabilire che "è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415-*bis*".

Si tratta di una disposizione del tutto nuova, perché con la riforma Orlando il divieto di pubblicazione delle intercettazioni non acquisite era contenuto, data l'espressa previsione di copertura col segreto, nel comma 1 dell'art. 114 cod. proc. pen., che

appunto fa divieto di pubblicazione, anche parziale o per riassunto, degli atti coperti da segreto, o anche soltanto del loro contenuto,

La scelta di porre un divieto di pubblicazione omogeneo a quello che già il sistema conosce per gli atti di indagine non più coperti da segreto, fino a quando le indagini preliminari non siano state concluse ovvero fino al termine dell'udienza preliminare, segna una vistosa distonia con le altre previsioni del decreto legge – come prima si è cercato di argomentare – proprio in punto di segretezza delle conversazioni o comunicazioni intercettate e non (ancora) acquisite al procedimento.

In buona sostanza, se segreto c'è – come si è inteso desumere – non ha senso vietare la pubblicazione nei termini appena ricordati: se segreto non c'è, però, non ha parimenti senso gravare il procuratore della Repubblica del dovere di assicurare la segretezza del materiale intercettativo custodito nell'archivio di cui all'articolo 269 cod. proc. pen., secondo quanto prescritto dall'articolo 89-bis disp. att. cod. proc. pen.

La contraddizione non sembra rimediabile per via interpretativa e rivela con quanta incertezza si sia mosso il legislatore del decreto legge, evidentemente stretto tra quanti avrebbero voluto un ritorno pieno al sistema precedente alla riforma Orlando e quanti, di contro, avrebbero preferito far sì che acquistasse efficacia questa riforma, senza ridimensionamenti o aggiustamenti di sorta.

9. L'ambito di ammissibilità del cd. *trojan horse*.

Come si ricorderà, la riforma Orlando prevedeva che l'uso del virus informatico su dispositivi elettronici portatili per l'intercettazione tra presenti in ambito domiciliare fosse consentito, senza limiti, soltanto ove si fosse proceduto per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, commi 3-bis o 3-*quater*, cod. proc. pen.; mentre in tutti gli altri casi, ossia di procedimenti per delitti per i quali fosse ammesso il ricorso allo strumento intercettativo, l'uso del virus informatico per intercettazioni ambientali in ambito domiciliare sarebbe stato soggetto alla condizione dello svolgimento in atto, in quel luogo, di attività criminose. Per le intercettazioni tra presenti al di fuori dei luoghi domiciliari, quella riforma avrebbe consentito l'uso del virus informatico per dispositivi elettronici portatili purché fossero indicate nella richiesta di autorizzazione le ragioni di necessità del ricorso a questa modalità d'intercettazione e sempre che fossero indicati il luogo e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazioni ai quali sarebbe stato attivato il microfono da remoto.

Su questo impianto è poi intervenuta la legge n. 3 del 2019, cd. spazzacorrotti, che ha equiparato, per questi aspetti, i procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la reclusione non inferiore nel limite massimo a cinque anni, a quelli per i delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis o 3-*quater*, cod. proc. pen., e ciò con l'innesto nelle disposizioni di cui agli articoli 266, comma 2-bis, e 267, comma 1, cod. proc. pen., come introdotti e modificati proprio dalla riforma Orlando, di un'aggiunta relativa alla categoria criminosa indicata,

Le modifiche apportate dalla legge cd. spazzacorrotti – con ogni probabilità mai divenute operative perché innestate nel corpo di disposizioni oggetto delle reiterate

previsioni di rinvio, nel tempo, dell'acquisto di efficacia – sono state interpolate dal decreto legge con la specificazione che i delitti contro la pubblica amministrazione a cui è riferimento sono quelli commessi, oltre che dai pubblici ufficiali, anche dagli incaricati di pubblico servizio.

La precisazione, apparentemente banale, potrebbe ingenerare qualche incertezza.

L'indicazione della riforma Orlando ai "delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione" orientava, per l'individuazione del campo applicativo dello strumento tecnico, verso la categoria criminosa sì come delineata dalla collocazione codicistica in ragione dell'identità della formula che appunto intitola il capo I (dei Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione) del titolo II (dei Delitti contro la pubblica amministrazione) del Libro II (dei Delitti in particolare).

Il chiarimento, che ora il decreto legge opera sui possibili soggetti attivi, spezza questa corrispondenza e sembra autorizzare l'interprete alla ricerca delle condizioni di ammissibilità guardando a qualunque reato che, seppure estraneo al numero chiuso che compone la categoria sì come sistematizzata espressamente dal codice penale, abbia quei soggetti attivi e sia lesivo di interessi riconducibili alla pubblica amministrazione.

In tale prospettiva l'ambito applicativo delle disposizioni sulle intercettazioni per mezzo del cd. *trojan horse* si estende a procedimenti aventi ad oggetto delitti diversi, ad esempio a quello di truffa per il conseguimento di erogazione pubbliche o, ancora, al delitto di turbata libertà degli incanti, sempre che siano commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio.

Si realizza in tal modo un'estensione dell'ambito applicativo dello strumento in assenza di una sufficientemente chiara indicazione di campo da parte del legislatore.

10. Utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni a mezzo *trojan* per reato diverso.

Il rigore con cui la riforma Orlando aveva inteso disciplinare le intercettazioni effettuate mediante *trojan horse* si era tradotto anche nella previsione che i risultati non potessero essere utilizzati per la prova di reati diversi, salvo che fossero indispensabili per la prova di reati particolarmente gravi, quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Il riferimento ai "reati diversi" invece che ai "procedimenti diversi", che serve a regolare la stessa vicenda al di fuori dell'uso del virus informatico su dispositivo portatile⁷, aveva il fine di restringere l'ambito di operatività, sia pure indiretta, del *trojan horse*, perché non avrebbe consentito l'utilizzazione per altri reati oggetto dello stesso procedimento se non alle medesime condizioni di indispensabilità probatoria e sempre che per tali altri reati fosse previsto l'arresto obbligatorio.

⁷ Cfr., da ultimo, Sez. un., 28 novembre 2019, n. 51, dep. 2020, Cavallo ed altro, non ancora massimata, secondo cui il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempre che rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge.

La formula di rigore non è stata mantenuta dal decreto legge: viene infatti ribaltata la struttura della disposizione che, da norma di divieto (...i risultati ...non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi...), si atteggia a norma di autorizzazione (i risultati ... possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi...) – art. 270, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. –, con l’unica condizione che i reati da provare rientrino nelle categorie di quelli per i quali il ricorso al *trojan horse* è ammesso.

Il venir meno del requisito dell’indispensabilità probatoria comporterà inevitabilmente un ampliamento della possibilità di utilizzazione per l’accertamento di reati, meglio: di ipotesi criminose, non indicati nella richiesta di autorizzazione che, giova ricordare, deve contenere l’indicazione delle “ragioni che rendono necessaria tale modalità – di intercettazione, ossia tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile – per lo svolgimento delle indagini”; ma, dall’altro, la sostituzione del catalogo criminoso di riferimento, pur connotato da particolare gravità, potrà creare un irragionevole impedimento probatorio a fronte delle necessità di ricostruzione di fatti particolarmente gravi, collocati tra quelli per i quali è previsto l’arresto obbligatorio in flagranza, anche se non ricompresi nel catalogo meno ampio costituito dall’elencazione di cui all’articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen.

11. La disciplina transitoria.

Il decreto legge modifica il codice di rito, e le relative disposizioni di attuazione, nelle parti su cui era già intervenuta la riforma Orlando. Questa aveva differito di sei mesi l’efficacia delle nuove disposizioni in modo da dare tempo agli uffici dell’amministrazione giudiziaria di prepararsi organizzativamente⁸; la norma che rinviava l’acquisto d’efficacia è stata poi più volte modificata per spostare in avanti, sino da ultimo al 31 dicembre 2019 il momento dal quale la nuova disciplina si sarebbe dovuta applicare, avendo come riferimento temporale l’emissione del provvedimento autorizzativo. Una previsione particolare aveva ad oggetto il nuovo regime di pubblicabilità dell’ordinanza applicativa di misura cautelare, che avrebbe acquistato efficacia decorsi dodici mesi dall’entrata in vigore del decreto legislativo.

Anche questa norma è stata medio tempore modificata e l’ultimo termine fissato per l’applicabilità delle nuove regole era l’1 gennaio 2020.

Su questa previsioni è intervenuto l’articolo 1 del decreto legge in esame, che non solo ha ulteriormente postergato il momento di acquisto d’efficacia di quelle

⁸ L’eccezione al differimento ha riguardato l’art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017, che ha acquistato efficacia dalla data di entrata in vigore, ossia dal 26 gennaio 2018, e per il quale «nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni, determinata a norma dell’art. 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all’art. 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203». Anche questo articolo è stato modificato dal decreto legge in esame, con l’aggiunta del riferimento agli incaricati di pubblico servizio tra i soggetti attivi dei delitti contro la pubblica amministrazione, coerentemente a quanto fatto in tema di intercettazioni tra presenti a mezzo *trojan* – art. 2, comma 2, n. 7 –.

disposizioni, fissandolo al 29 febbraio 2020 e all'1 marzo 2020 per quanto attiene alla pubblicabilità dell'ordinanza cautelare; ma ha pure modificato il termine temporale di riferimento, dal provvedimento autorizzativo delle intercettazioni alla iscrizione della notizia di reato e quindi all'apertura del procedimento.

Le modifiche apportate dalla riforma Orlando al codice di rito, sì come ulteriormente modificato dal decreto legge, avranno pertanto efficacia nei procedimenti iscritti a far data dal 29 febbraio 2020; dall'1 marzo 2020, inoltre, acquisirà efficacia la disposizione per la quale l'ordinanza applicativa di misura cautelare può essere pubblicata ancor prima della conclusione delle indagini preliminari.

Con altra disposizione contenuta nell'articolo 2, comma 2, n. 8, il decreto legge ha ribadito la moratoria d'efficacia per tutte le modifiche ed innovazioni dallo stesso decreto apportate, stabilendo che tutte le disposizioni in esso contenute si applicheranno ai procedimenti iscritti successivamente al 29 febbraio 2020.

L'ulteriore previsione non è superflua, come potrebbe ritenersi di primo acchito, perché il decreto legge non si limita a modificare gli articoli del codice innovati dalla riforma Orlando, e quindi connesse alle disposizioni di diritto transitorio contenute nel decreto legislativo n. 216 del 2017, ma detta nuove regole interpolando articoli o parti di articoli non interessati dalla menzionata riforma (di pensi, tra l'altro, alla modifica dell'art. 114 cod. proc. pen., con l'aggiunta del comma 2-*bis* sul divieto di pubblicazione del materiale intercettativo prima dell'acquisizione, e di cui si è detto al par. 8).

12. Una breve conclusione.

La riforma Orlando è stata fortemente osteggiata dalle categorie professionali, magistratura ed avvocatura, e non è piaciuta neanche ai professionisti dell'informazione. Le ragioni di questa inusuale convergenza di vedute non sono da ricercare – ferma la perfettibilità di ogni prodotto – nella inadeguatezza delle scelte politiche e della loro traduzione normativa rispetto all'obiettivo dichiarato di meglio tutelare il diritto alla riservatezza senza depotenziare l'efficacia investigativa e probatoria delle intercettazioni, anzi, per alcuni aspetti e su alcuni terreni, rafforzandone le possibilità di impiego.

Il punto di forza di quella riforma, che faceva appello soprattutto al pubblico ministero e al difensore per un impegno di maggiore qualità professionale, si è trasformato in fattore di debolezza, perché la sollecitazione ad una costante attenzione selettiva, alla puntuale azione di separazione dell'utile dall'irrilevante, ha spaventato e non è stata accettata.

Dal canto suo, il mondo dell'informazione ha temuto di essere estromesso, in ragione della previsione di segretezza sull'irrilevante, da un patrimonio di notizie potenzialmente di interesse, sullo sfondo di un ancora non risolto quesito, e cioè se le informazioni e il sapere prodotti per il processo debbano servire al processo o se il processo, meglio: le indagini, possa(no) essere anche solo l'occasione per una raccolta di informazioni e di notizie che giovi ad altro e soltanto ad altro.

Il legislatore del decreto legge si è fatto carico di tutte queste preoccupazioni, non curandosi più di tanto di verificare se critiche e timori fossero espressione più di punti di vista interni ai corpi professionali che di una convergente prospettiva incentrata unicamente sull'interesse collettivo.

Si è mosso quindi con passo insicuro, proteso verso il sistema normativo del passato, dal bilancio unanimemente giudicato insoddisfacente, ma al quale gli operatori pratici si erano ormai adattati, sperimentando prassi non sempre in linea con le previsioni di legge.

La restaurazione del vecchio sistema ha però dovuto fare i conti col nuovo apparato di regole, che pure era stato sterilizzato, i cui principi portanti hanno resistito.

Il segreto sul materiale non utile al processo e una procedura acquisitiva diretta a far transitare le informazioni, in ragione della loro rilevanza processuale, dall'area di prima destinazione, quella della segretezza, al piano processuale sono due dati di novità che, con qualche incertezza, costituiscono ancora l'ossatura della disciplina e possono essere sufficiente presidio di tutela dei diritti troppo spesso ingiustamente sacrificati.