



SEZIONE QUINTA

**GLI ACCERTAMENTI
COMPLEMENTARI NELLE
INDAGINI PRELIMINARI**

RACCOLTA ILLECITA DI INFORMAZIONI E PROCEDIMENTO INCIDENTALE PER LA DISTRUZIONE DEI DATI

di Fabrizio Siracusano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una disciplina dettata da un'emergenziale *occasio legis*. – 3. Dalla decretazione d'urgenza alla legge di conversione. – 4. Le persistenti ambiguità della disciplina. – 5. La messa a punto della Corte costituzionale: dal contraddittorio "eventuale" al contraddittorio "necessario". – 6. Il "rinnovato" perimetro partecipativo dell'udienza di distruzione. – 7. Il "nuovo" contenuto del verbale. – 8. *Segue*: la reale consistenza dell'arricchimento contenutistico del "verbale sostitutivo". – 9. Quale effettività per le garanzie rinsaldate dalla Corte costituzionale?

1. Premessa.

Il procedimento incidentale disciplinato dall'art. 240 c.p.p. è stato definito, quanto alla sua scaturigine e alla relativa tecnica di redazione, uno dei "frutti dell'attuale temperie politico-legislativa"¹. Costituisce la risposta – non del tutto convincente, sin dall'intitolazione del provvedimento legislativo che ha introdotto tale procedura² – ad una delle questioni più dibattute,

¹ Così C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti, un intervento non risolutivo*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3537.

² Sia la rubrica del d.l. 22 settembre 2006, n. 259, sia quella della l. conv. 20 novembre 2006, n. 281, alludono ad una finalità di "Riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche". V. GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, Milano, 2009, p. 32, segnala a tal proposito, fra le tante anomalie dello strumento, come si tratti "di una ... sbandata lessicale del legislatore". Del medesimo avviso C. MARINELLI, *Le "inter-*

negli ultimi anni, sui temi della giustizia e della tutela dei diritti del cittadino rispetto alle esigenze dell'accertamento penale.

L'istituto è finalizzato all'immediata distruzione dei materiali che veicolano informazioni di carattere personale, raccolte "illegalmente". Una distruzione che, negli scopi della legge, deve prevenire il rischio che queste informazioni vengano impiegate in sede mediatica o giudiziaria, con grave pregiudizio del soggetto "vittima" della captazione abusiva o dell'attività di dossieraggio.

L'operazione non è certo agevole. Essa va realizzata attraverso l'elaborazione di un *iter* procedimentale, che tenga conto dell'esigenza di incidere con estrema cautela, senza alterarne il necessario equilibrio, sui diversi parametri costituzionali in gioco: da una parte, la libertà e la segretezza delle comunicazioni, e il diritto alla riservatezza; dall'altra, il diritto al contraddittorio, di difesa e di azione³. Proprio la difficile conciliabilità fra gli stessi (senza, cioè, realizzare evidenti plusvalenze degli uni rispetto agli altri), unita ad alcune vistose incongruenze sistematiche, ha operato quale ostacolo per un immediato approdo ad una disciplina convincente nei suoi passaggi salienti e ha reso necessario l'intervento additivo del Giudice costituzionale⁴. Ciò nonostante il "prodotto" finale appare pur sempre approssimativo. Come è stato efficacemente sottolineato, "quando un istituto ha così tante falle, più che rammendarlo sarebbe forse il caso di gettarlo via e ritesserlo da capo"⁵.

2. Una disciplina dettata da un'emergenziale *occasio legis*.

La materia delle captazioni abusive, dell'utilizzo delle notizie così illecitamente carpite e della detenzione dei supporti materiali in cui esse sono

cettazioni illegali" al vaglio della Corte costituzionale: prospettive e limiti di un intervento conservativo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 2053, che sottolinea quanto l'intitolazione del provvedimento normativo sia "fuorviante": "sembra riguardare il mezzo di ricerca della prova regolato dagli artt. 266 e seguenti del codice di rito, che invece non ha subito alcuna modifica".

³ In questo senso cfr. P.P. RIVELLO, *Apprezzabile sforzo del giudice delle leggi di non intervenire in chiave demolitoria*, in *Guida dir.*, 2009, n. 29, p. 42.

⁴ V. Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4647, nonché – nel ribadire i contenuti – Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 12, in *www.giurcost.org*.

⁵ Le parole sono di C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3544.

conservate, era sfornita di un'adeguata tutela penale e di uno strumento volto ad arginarne l'incontrollata diffusione. Tale lacuna, enfatizzata dai *media* e dal ceto politico⁶, venne colmata con "urgenza" dal Governo. Si ritenne, infatti, necessario provvedere con le forme del decreto legge, onde fronteggiare il rischio di un'inopinata fuga di notizie, relative ad informazioni acquisite illegalmente su un elevatissimo numero di soggetti (tra cui personaggi di primissimo piano anche delle istituzioni)⁷. Solo così si sarebbero scongiurati i possibili effetti destabilizzanti per l'intero Paese che tale diffusione avrebbe potuto comportare⁸.

Le soluzioni adottate attraverso la decretazione d'urgenza, pur se condivise negli scopi di tutela⁹, vennero immediatamente tacciate di approssimazione¹⁰: suscettibili di necessari aggiustamenti in sede di conversione; sottoponibili, magari, ad un'attenta rivisitazione in un contesto più allargato di riorganizzazione dell'intera disciplina delle intercettazioni¹¹.

Il modello congegnato dal Governo denotava, infatti, un totale appiat-

⁶ Attraverso l'uso di toni che A. GAITO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., p. 151, definisce "roboanti, da guerra senza quartiere alle microspie e alle telecamere nascoste".

⁷ Si ricorderà come questo fenomeno di degenerazione nei rapporti fra soggetti istituzionali, gestori telefonici ed esercenti attività investigative, degenerò in un vero e proprio scandalo, definito dalla stampa come il caso dello "spionaggio Telecom": così C. MARINELLI, *Le "intercettazioni illegali"*, cit., p. 2052.

⁸ G. GIOSTRA, *Quale utilizzabilità delle intercettazioni abusive?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3492, parlò, a tal proposito, del rischio di "un fangoso tsunami di indiscrezioni, di veleni, di notizie riservate e di delicati segreti".

⁹ Cfr. M. CHIAVARIO, *Passi avanti sulle intercettazioni illegali ma c'è bisogno di un ampio ripensamento*, in *Guida dir.*, 2006, n. 39, p. 12; F. CAPRIOLI, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., p. 134; L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 154; G. FRIGO, *Rispetto delle garanzie per gli atti irripetibili*, in *Guida dir.*, 2006, n. 39, p. 41 s.; G. GIOSTRA, *Quale utilizzabilità*, cit., p. 3493; D. MANZIONE, *Intercettazioni illegali: soluzioni davvero "urgenti" ed "adeguate"?*, in *Leg. pen.*, 2007, p. 202; F. PALAZZO, *Tolleranza zero per le intercettazioni illecite?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1326.

¹⁰ Il d.l. n. 259/2006 venne definito "impresentabile" da G. GIOSTRA, *Quale utilizzabilità*, cit., p. 3493: sia a causa di un'ingiustificata urgenza, sia perché – probabilmente a causa della medesima urgenza – caratterizzato dall'utilizzo di una "onomastica giuridica maccheronica". Altrettanto caustico F. CAPRIOLI, *Intercettazioni illecite*, cit., p. 135, nel qualificare tale provvedimento legislativo "di una sciatteria avvilente". Pressoché negli stessi termini, L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 153.

¹¹ Fortemente critico è G. GIOSTRA, *Quale utilizzabilità*, cit., p. 3495, con quella che egli definisce la "deleteria prassi (...) di legiferare 'a rate'".

timento sulle esigenze di tutela della riservatezza¹². Esso imponeva genericamente all'autorità giudiziaria (senza specificare, in altre parole, se dovesse trattarsi del p.m. o di un giudice), entrata in possesso di dati illecitamente raccolti, di provvedere direttamente alla loro distruzione. Tale obbligo processuale, come è stato autorevolmente sottolineato, costituiva una derivazione assai coerente – seppur non automatica – con gli scopi della fattispecie incriminatrice di detenzione di documenti illegali, introdotta con il medesimo decreto¹³: “un’offesa di tipo ‘seriale’, consistente nel rischio insito nella circolazione ed accumulo di notizie illecite, capace di produrre gravi alterazioni e distorsioni delle condizioni di vita sociale a prescindere dalla lesione alla riservatezza di singole persone”¹⁴.

Circa il valore oggi attribuito allo statuto costituzionale della *privacy*, è bene ricordare come secondo la Corte di cassazione “anche il diritto alla riservatezza, o più in generale il diritto al rispetto della vita privata, abbia un riconoscimento costituzionale nell’art. 2 Cost., al quale si aggiungono come norme più specifiche l’art. 8 Conv. eur. dir. umani e l’art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici” (così Cass. pen., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1347).

Si stabiliva, altresì, un divieto assoluto di utilizzo del contenuto di quanto acquisito: esso “non costituisce in alcun modo notizia di reato, né può essere utilizzato a fini processuali o investigativi”¹⁵. Il divieto operava, cioè, ad ampio spettro. Inibiva non solo l'utilizzo del contenuto di quanto illecitamente carpito quale prova, ma anche il suo “sfruttamento” endoprocedimentale: sia quale *notitia criminis*; sia come spunto investigativo, da cui gli organi inquirenti potessero muovere alla ricerca di una notizia di reato. La perentorietà del divieto trovava ampia giustificazione nella “volontà di escludere ogni remota possibilità che il materiale fornito o acquisito attraverso illecite interferenze nella vita dei cittadini potesse, anche solo indirettamente ovvero attraverso il paravento delle esigenze di giustizia, venire un giorno divulgato danneggiando le vittime di tali interferenze”¹⁶.

¹² Così C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento “claudicante”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 196.

¹³ Il riferimento è alla fattispecie di reato introdotta dall’art. 3 del d.l. 22 settembre 2006, n. 259, conv. con modificazioni nella l. 20 novembre 2006, n. 281.

¹⁴ Così F. PALAZZO, *Tolleranza zero*, cit., p. 1326.

¹⁵ Secondo C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 95, “il decreto legge aveva introdotto una forma di ‘inutilizzabilità rafforzata’ dalla distruzione automatica e immediata”.

¹⁶ Così R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La distruzione immediata della prova rischia di ledere i diritti dell'imputato*, in *Guida dir.*, 2006, n. 39, p. 24.

Per prevenire possibili abusi la “nuova” disciplina derogava sia alla normativa ordinaria in tema di conservazione del corpo del reato¹⁷, prevedendone un’immediata distruzione da parte dell’“autorità giudiziaria”¹⁸, sia a quella in materia di documenti anonimi alla quale, inspiegabilmente, veniva ancorata¹⁹.

3. **Dalla decretazione d’urgenza alla legge di conversione.**

Note le tappe successive dell’articolato *iter* di elaborazione dell’attuale disciplina. Dalle soluzioni originarie adottate con il decreto legge si è passati, dapprima, ad una conversione affrettata²⁰; poi, al definitivo abbandono dei propositi di riscrittura dell’intera disciplina – in una prospettiva di migliore organizzazione sistematica – innestandola e coordinandola alle disposizioni sulle intercettazioni; infine, alla parziale rivisitazione di alcuni snodi fondamentali da parte della Corte costituzionale.

Dopo il frettoloso parto attuato con il d.l. n. 259/2006, anche la legge di conversione (con modificazioni) n. 281 del medesimo anno appare da subito caratterizzata da un ordito procedimentale chiaramente sbilanciato²¹: an-

¹⁷ Si pensi, ad esempio, alla disciplina dettata dall’art. 271 c.p.p. relativa ai divieti di utilizzazione delle intercettazioni “illegittime” o riguardanti conversazioni o comunicazioni coperte dal segreto professionale. Anche per esse il giudice dispone, in ogni stato e grado del processo, la distruzione: con esclusione, però, dei casi in cui tale documentazione costituisca corpo del reato

¹⁸ È proprio muovendo dal carattere derogatorio della disciplina in parola rispetto a quella, di carattere generale, relativa all’utilizzazione processuale e alla destinazione delle cose sequestrate, che la Corte costituzionale attraverso la sentenza n. 173/2009 (v. diffusamente *infra*, § 5) certifica l’“eccezionalità” della normativa scrutinata. Di qui, a norma dell’art. 14 disp. prel. c.c., il divieto di interpretare analogicamente l’elencazione degli *acta distruggibili* (contenuta nel comma 2 dell’art. 240 c.p.p.), includendovi anche “la captazione di conversazioni attuate senza l’ausilio di mezzi tecnici di teletrasmissione”. Conseguenziale la dichiarata inammissibilità della questione sollevata dal tribunale di Vibo Valentia.

¹⁹ G. NICOLUCCI, *La nuova disciplina delle intercettazioni c.d. «illegali»*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1564, a tal proposito, parla di “improvvisa escrescenza (...) insinuata nell’art. 240 c.p.p., inopportuna sia dal punto di vista topografico che sistematico”.

²⁰ Sulle forti preoccupazioni che ne accompagnarono la stesura, anche in considerazione della coincidenza tra l’esame del disegno di legge di conversione e la data di decadenza del decreto legge, v. E. MARZADURI, *Intercettazioni: le troppe lacune di un testo approvato «con riserva»*, in *Guida dir.*, 2006, n. 47, p. 11.

²¹ Come ricorda C. GABRIELLI, *Captazioni illecite come notizia di reato: dai ripensamenti*

cora una volta attento, soprattutto, alla tutela della riservatezza dei soggetti “interessati”; poco incline a tutelare altri diritti costituzionalmente garantiti. Attraverso la “cristallizzazione” di alcune incongruenze sintattiche, il legislatore conia, in via definitiva, un modello del quale appaiono ben “chiarissimi gli scopi assai più che il funzionamento”²².

La legge di conversione adotta qualche accorgimento per rimediare alle più evidenti disfunzioni introdotte con il provvedimento d’urgenza²³. Giurisdizionalizzazione della procedura, “parziale” recupero del contraddittorio, rafforzamento del principio di obbligatorietà dell’azione penale (attraverso una riduzione dell’ambito di inutilizzabilità del contenuto “dei documenti, dei supporti e degli atti”): sono questi i passaggi più innovativi della conversione legislativa²⁴.

L’art. 240 c.p.p., riformulato dalla l. n. 281/2006, disegna “un modulo di intervento dell’autorità giudiziaria bifasico ed a ‘due stadi’”²⁵: prescrive che, nel caso in cui il Pubblico Ministero acquisisca documenti, supporti e atti “concernenti dati e contenuti di conversazioni relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti” ovvero “documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni”²⁶, debba chiederne entro quarantotto ore – dopo averne disposto l’immediata secretazione e custodia in luogo protetto – la distruzione al giudice per le indagini preliminari. Attraverso una sequenza procedimentale a “tappe forzate”²⁷, il giudi-

del legislatore alle prime risposte della giurisprudenza, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1302, molte erano le aspettative riposte nella legge di conversione. Secondo gli auspici di F. PALAZZO, *Tolleranza zero*, cit., p. 1327, il passaggio parlamentare avrebbe dovuto rappresentare un momento “di chiarezza e riflessione” idoneo a correggere gli aspetti più critici della disciplina varata con la decretazione d’urgenza.

²² Così C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3537.

²³ Secondo G. FRIGO, *Ridotti gli spazi di tutela penale*, in *Guida dir.*, 2006, n. 47, p. 27, il passaggio dal decreto legge alla legge di conversione si segnalava per lo scopo “di procurare il rispetto dei canoni fondamentali del contraddittorio e del ‘giusto processo’”.

²⁴ In tale direzione un fondamentale ruolo trainante fu esercitato dal Parere del C.S.M., approvato in data 28 settembre 2006 su richiesta dell’allora Guardasigilli Mastella, relativo al testo del decreto legge concernente le “Disposizioni per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche”.

²⁵ Così G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali: fra fairness giurisdizionale ed esigenze di tutela costituzionale*, in *Giust. pen.*, 2007, III, c. 661.

²⁶ C. MARINELLI, *Le “intercettazioni illegali”*, cit., p. 2052, sottolinea come il procedimento incidentale di distruzione riguardi “due classi eterogenee” di “sostrati rappresentativi”.

²⁷ È da ritenere, comunque, che tutti i termini che governano la procedura disciplinata dall’art. 240, comma 2 e ss., c.p.p. siano da intendere come “ordinatori”; nessuna conse-

ce – entro quarantotto ore dalla richiesta – deve fissare un’udienza camerale (*ex art. 127 c.p.p.*) da celebrare nello spazio di dieci giorni; all’esito di questa, dopo aver sentito le parti interessate (debitamente avvisate) solo se queste siano comparse, deve disporre la distruzione dei documenti qualora se ne riconosca l’illegale formazione. Nessuna deroga è prevista in ordine all’obbligo di distruggere, nemmeno nel caso in cui la suddetta documentazione costituisca corpo del reato²⁸, ovvero provenga dall’imputato o sia rilevante ai fini del giudizio sulla personalità²⁹.

A tenore del comma 5 dell’art. 240 c.p.p. spetterebbe allo stesso giudice dare esecuzione all’operazione di distruzione alla presenza delle parti. Delle operazioni viene redatto un verbale nel quale deve essere dato atto solo delle modalità e dei mezzi utilizzati oltre che dei soggetti interessati, senza alcuna menzione del contenuto dei documenti (ormai distrutti): un contenuto “minimale”, idoneo a “coniugare le opposte esigenze dell’oblio a cui la documentazione illegale è destinata e della prova che la stessa avrebbe dovuto eventualmente integrare”³⁰. Tale verbale, grazie ad un “arricchimento” del contenuto dispositivo dell’art. 512 c.p.p., può essere utilizzato – tramite sua lettura – quale prova nel dibattimento e finisce con il sostituire i *corpora delicti* andati, ormai, irrimediabilmente distrutti.

La versione definitiva della disciplina, modificata dalla legge di conversione, consentirebbe, infine, di utilizzare tali informazioni quale notizia di reato; venendo, così, meno lo *iato* fra le cosiddette intercettazioni illegali e quelle effettuate fuori dei casi previsti dalla legge o in assenza dei presupposti che ne legittimino l’effettuazione.

Si ricorderà, infatti, che la giurisprudenza, in relazione alle intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti ovvero in assenza dei presupposti legittimanti, ha precisato come queste, anche se processualmente inutilizzabili nel procedimento in cui sono state effettuate, possono pur sempre costituire autonoma notizia di reato, dando impulso ad indagini ulteriori e fondando l’adozione di provvedimenti autorizzativi di ulteriori intercettazioni (cfr. Cass. pen., sez. III, 10 febbraio 2004, Mache, in *Giust. pen.*, 2005, III, c. 87; Cass. pen., sez. VI, 6 marzo 2003, Berdaku, in *CED Cass.*, 225722).

guenza, quindi, ne deriverebbe, sul piano della legittimità del procedere, dalla loro mancata osservanza: così, tra gli altri, S. BELTRANI, *Intercettazioni illegali: cosa cambia. Se il sì alla distruzione è inoppugnabile. Sospetti sull’immediata esecutività del provvedimento del Gip*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 45, p. 110, nonché L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 155.

²⁸ Cfr. V. GREVI, *Le intercettazioni al crocevia*, cit., p. 35.

²⁹ Su queste due ultime puntualizzazioni v. F. FOCARDI, *Art. 240*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano, 2010, p. 2404.

³⁰ Così R. BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere se c’è detenzione illegale dei sup-
porti*, in *Guida dir.*, 2006, n. 47, p. 21.

Il divieto di riproduzione e utilizzazione (nonché l'obbligo di secreta-zione) di documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni, intende riferirsi, infatti, al loro contenuto e non esclude, pertanto, che la loro accertata esistenza possa costituire notizia di reato e dare luogo, così, ad attività investigativa ai fini dell'eventuale esercizio dell'azione penale.

A tal proposito, Cass. pen., sez. V, 13 marzo 2007, Mancini, in Cass. pen., 2007, p. 1299 s., ha affermato che l'accertata esistenza di tali documenti può costituire notizia del reato di violazione del segreto di ufficio o di partecipazione ad associazione per delinquere finalizzata all'acquisizione di documenti formati illegalmente e contenenti notizie riservate³¹. Sostanzialmente negli stessi termini si esprime Cass. pen., sez. I, 16 novembre 2007, in CED Cass., 238143.

Allo stesso modo, quindi, e analogamente a quanto avviene in relazione all'anonimo (fatte salve le evidenti differenze sotto il profilo dei tempi della procedura di distruzione), non sembrerebbe potersi escludere che lo stesso contenuto di quanto illegalmente raccolto possa costituire lo spunto da cui gli organi inquirenti possano trarre linfa per un'attività investigativa volta alla ricerca di altra notizia di reato³². Se ne deduce che l'unico uso processuale rimasto vietato del contenuto dei documenti è quello a fini diversi da quello investigativo: ossia l'utilizzazione di quanto desumibile da tali *dossiers*, come fonte di prova o di indizio. Si tratta di una conclusione – non certo “nitida” – alla quale era già pervenuto chi aveva rilevato come la dizione normativa estremamente perentoria contenuta nel decreto legge (“il loro contenuto non costituisce in alcun modo notizia di reato”) non fosse stata riprodotta dalla legge di conversione che, anzi, ne aveva adeguato il regime di utilizzabilità a quello previsto, al comma 1 dell'art. 240 c.p.p., in relazione all'anonimo³³.

³¹ L'interpretazione giurisprudenziale è condivisa da C. GABRIELLI, *Captazioni illecite come notizia di reato*, cit., p. 1302 s., che al contempo segnala “l'ineludibile esigenza di maggiore rigore terminologico in tema di inutilizzabilità” delle intercettazioni *latu sensu* intese (p. 1315 s.).

³² Invero tale innovazione potrebbe risultare più apparente che reale. I tempi assai esigui entro i quali provvedere alla distruzione e l'impossibilità di estrarre copia del materiale da eliminare, renderebbe di fatto assai ostica la costruzione di un'ipotesi investigativa che traesse spunto dal contenuto di tale documentazione. Oltre tutto, la partecipazione all'udienza camerale delle parti interessate – e, possibilmente, anche dell'autore di un altro reato ipotizzabile dal contenuto dell'illegale captazione – neutralizzerebbe *ab origine* la segretezza su cui si dovrebbe fondare soprattutto la prima fase delle indagini.

³³ Cfr. G. GIOSTRA, *Quale utilizzabilità*, cit., p. 3493; L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 154.

4. *Le persistenti ambiguità della disciplina.*

La corposa rivisitazione attuata dal Parlamento, in sede di conversione dell'incerto e "scadente" testo del decreto legge³⁴, non è riuscita a rimediare ad altre vistose incongruenze del provvedimento d'urgenza³⁵: la marcata confusione fra la nozione di atti e documenti; il ricorso all'inedita e "inconsueta"³⁶ dizione di intercettazioni illegali³⁷; la collocazione inappropriata della disciplina all'interno dell'art. 240 c.p.p. (in un contesto, cioè, originariamente riservato al documento anonimo)³⁸.

Dal *restyling* attuato con la l. n. 281/2006 traspare, inoltre, in modo evidente quanto il legislatore abbia continuato a centrare la propria attenzione – rafforzando il complesso delle tutele in tale direzione – sul versante del diritto alla riservatezza dei soggetti "illegalmente" intercettati o vittime di dossieraggio, dimenticando di gestire in modo adeguato altri interessi di eguale rilievo.

È bene ricordare come con riferimento al rapporto fra tutela del diritto alla riservatezza e l'interesse della collettività alla repressione degli illeciti penali, la Corte costituzionale ha precisato come spetti al legislatore "individuare specifici equilibri non manifestamente irragionevoli". Entro il limite della "ragionevolezza" anche "la tutela del diritto alla riservatezza può subire variazioni in rapporto all'esigenza concreta – pure costituzionalmente protetta – posta a raffronto" (così Corte cost., 14 novembre 2006, n. 372, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1466).

Spinto da questa prioritaria esigenza, nonostante gli aggiustamenti operati dalla legge di conversione, lo strumento ablativo innestato all'interno

³⁴ Così A. CISTERNA, *Prevedibile una restituzione di atti in attesa delle nuove eccezioni*, in *Guida dir.*, 2007, n. 22, p. 62.

³⁵ Pur emendandone gli aspetti più eclatanti: così C. CONTI, *Intercettazioni illegali*, cit., p. 196.

³⁶ Così la definisce A. GAITO, *Intercettazioni illecite*, cit., p. 152.

³⁷ Come sottolinea, fra gli altri, V. GREVI, *Le intercettazioni al crocevia*, cit., p. 31, con ogni probabilità il legislatore avrebbe dovuto fare riferimento al concetto di illiceità, dato che non si può certo ipotizzare che l'intento fosse quello di provvedere anche alla distruzione delle intercettazioni illegittime (cioè, assunte fuori dei casi previsti dalla legge). Per un'approfondita analisi sul punto e per un tentativo di interpretazione volta ad agganciare il concetto di illegalità alla violazione di norme penali poste a tutela della riservatezza v. C. CONTI, *Le intercettazioni "illegali": lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 158 s., nonché ID., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., p. 105 s.

³⁸ Non ritiene inappropriata la collocazione dell'istituto all'interno dell'art. 240 c.p.p. A. GAITO, *Intercettazioni illecite*, cit., p. 162.

dell'art. 240 c.p.p. risulta essere un *unicum* nell'ambito di una disciplina codicistica, di regola attenta ad assicurare la conservazione delle registrazioni che possano costituire fonte di prova³⁹. Scelta inusuale rispetto ad un modello generale in cui "nel conflitto tra *privacy* e processo, sono le ragioni di questo a prevalere, a fronte del necessario impiego della prova nel rito"⁴⁰.

È stata, pertanto, cristallizzata una scelta di certo innovativa ma dai possibili effetti dirompenti. L'immediata e definitiva distruzione dei *corpora delicti*⁴¹, senza un preventivo effettivo contraddittorio, è procedura idonea a produrre ripercussioni tutt'altro che indolori: sia sulle possibilità di esercitare con successo l'azione penale da parte del P.M. in relazione a quella medesima attività; sia sul diritto alla tutela giurisdizionale delle persone offese. Né può definirsi strumento surrogatorio di tali esigenze, la garanzia connessa alla formazione di una "prova sostitutiva": una sorta di verbale di consistenza utile a descrivere i documenti destinati alla distruzione, senza però riprodurne i contenuti. L'idea di conservare la prova della raccolta illecita, ma non delle informazioni sensibili acquisite illegalmente, è, infatti, più suggestiva che efficace considerato che la descrizione esteriore di un supporto è generalmente priva di qualche utilità.

Al contempo la precoce distruzione dei documenti – pur se accompagnata dalla redazione del verbale che ne attesti l'accertata provenienza illecita delle informazioni ivi contenute – rischia di pregiudicare gli stessi diritti di difesa dell'indagato/imputato: cristallizza una prova relativa al compimento di un'attività illecita; non suscettibile di essere ridiscussa in sede dibattimentale, stante l'avvenuta distruzione del corpo del reato; elaborata nel contesto di un procedimento a cognizione sommaria celebrato con un evidente *deficit* di garanzie difensive, considerata la partecipazione solamente eventuale dell'indagato.

³⁹ All'uopo C. CESARI, *Su captazione e dossiers illeciti*, cit., p. 3545 ricorda come ai sensi dell'art. 269 c.p.p. la distruzione delle intercettazioni che abbiano riguardato fatti privati di qualunque interessato sia subordinata alla circostanza che non siano necessarie «per il procedimento».

⁴⁰ Il virgolettato è tratto da C. CESARI, *Su captazione e dossiers illeciti*, cit., p. 3545. A. GAITO, *Intercettazioni illecite*, cit., p. 155, rileva come "il nuovo testo dell'art. 240 c.p.p. dà corpo e sostanza all'aspettativa di garanzia per cui il metodo legale dell'indagine processuale non deve essere subordinato agli obiettivi gnoseologici del processo; anzi, la scoperta della verità e la tutela della società, pur rappresentando il fine generico o specifico del rito penale, non devono prevalere su ogni altra esigenza".

⁴¹ Proprio la mancanza di un'apposita eccezione alla regola dell'immediata distruzione relativamente al corpo di reato fu aspramente criticata da M. CHIAVARIO, *Passi avanti*, cit., p. 13, e V. GREVI, *L'«obbligo di distruzione» un'arma a doppio taglio*, in *Il Corriere della sera*, 26 settembre 2006.

Modus procedendi attraverso il quale pervenire alla distruzione e contenuto della “prova sostitutiva”, costituivano pertanto i passaggi salienti di una disciplina ancora *in progress* anche dopo la conversione del decreto legge. Proprio sulle cadenze di tale udienza e sui contenuti del “verbale sostitutivo” (da redigere, ai sensi del comma 6 dell’art. 240 c.p.p., all’esito dell’udienza di distruzione) si sono, così, incentrate di recente le attenzioni della Corte costituzionale⁴².

5.***Le messe a punto della Corte costituzionale: dal contraddittorio “eventuale” al contraddittorio “necessario”.***

La sentenza n. 173/2006 si segnala non solo per le soluzioni di natura procedimentale adottate per sanare i profili d’incostituzionalità denunciati dai giudici rimettenti, ma anche per la scelta di principio di non cancellare integralmente la disciplina sottoposta a scrutinio di legittimità costituzionale. Una scelta, quest’ultima, imposta dalla necessità di non privare il sistema di un meccanismo oggi ritenuto di fondamentale rilievo per garantire le esigenze di tutela della riservatezza e per “contrastare con assoluta fermezza la proditoria incursione nel ‘domicilio della parola’ e l’illecita formazione di *dossier*”⁴³.

L’intervento additivo della Corte costituzionale opera in una duplice direzione: investe le forme procedimentali (solo eventualmente garantite dal contraddittorio fra le parti) dell’udienza di “distruzione”; definisce più congruamente il contenuto del “verbale sostitutivo”.

Il giudizio di parziale incostituzionalità della disposizione censurata deriva proprio dall’“effetto combinato” di una norma che salda ad un contraddittorio “imperfetto” (quello voluto tramite il rinvio all’art. 127 c.p.p.) la formazione di un atto di scarso contenuto dimostrativo ma di lampante

⁴² L’intervento del Giudice costituzionale fu imposto da tre distinte ordinanze di rinvio: due del Giudice per le indagini preliminari di Milano (G.i.p. Trib. Milano, 30 marzo 2007, in *Gazz. Uff.*, 11 luglio 2007, n. 27; Id., 13 dicembre 2007, *ivi*, 2 febbraio 2008, n. 15); una dell’omologo organo presso il Tribunale di Vibo Valentia (G.i.p. Trib. Vibo Valentia, 21 maggio 2007, in *Gazz. Uff.*, 5 marzo 2008, n. 11). I medesimi profili di illegittimità posti all’attenzione della Corte costituzionale, erano stati da subito stigmatizzati dalla dottrina più attenta: v., fra gli altri, G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione*, cit., c. 654, nonché S. BELTRANI, *Intercettazioni illegali: cosa cambia*, cit., p. 110.

⁴³ G. GIOSTRA, *Quale utilizzabilità*, cit., p. 3492.

valenza probatoria, in quanto sostitutivo del corpo del reato. È evidente, infatti, come in relazione a reati come quelli di intercettazione abusiva, interferenze illecite nella vita privata *et similia*, i *corpora delicti* giovano almeno per valutare l'offensività della condotta e commisurare la pena⁴⁴.

Le limitazioni contenutistiche del verbale sostitutivo, di cui al comma sesto dell'art. 240 c.p.p., connesse alla distruzione del corpo (nonché della "prova") del reato, non consentono di compensare alle violazioni dei diritti delle parti, compresi nell'udienza camerale; e determinano, nel prosieguo del procedimento, una violazione dei principi del giusto processo e "una condizione di estrema difficoltà nell'esercizio del diritto di difesa degli imputati, del diritto al risarcimento dei danni delle parti offese e nell'effettivo esercizio dell'azione penale, da parte del Pubblico Ministero"⁴⁵. Anzi: la forma del contraddittorio solo eventuale, non consentendo un reale confronto dialettico davanti al giudice circa l'opportunità della "distruzione", finisce con il riflettersi anche sulla potenzialità rappresentativa del verbale e, di conseguenza, sulle istanze dalle parti nella fase cognitiva. In sintesi: il procedimento camerale per verificare incidentalmente la natura illecita delle intercettazioni e della documentazione e per provvedere, eventualmente, alla loro distruzione è congegnato in modo tale da compromettere, simultaneamente, il diritto di difesa dei soggetti interessati e l'accertamento dei reati⁴⁶.

I Giudici costituzionali, arricchendo il tessuto disciplinare della procedura incidentale coniata con urgenza nel settembre del 2006, provano a fornire una soluzione idonea a ripristinare quell'equilibrio tra le esigenze in gioco, incrinato dalla disposizione censurata: l'unica possibile «a legislazione data», considerato che interventi più incisivi rimarrebbero nell'alveo delle scelte riservate al legislatore⁴⁷.

La Corte costituzionale ha, innanzitutto, dichiarato illegittimo l'art. 240, commi 4 e 5 c.p.p., per contrasto con gli artt. 24 commi 1 e 2, 111 commi 1, 2 e 4, 112 Cost., nella par-

⁴⁴ Cfr. C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., p. 99.

⁴⁵ Così Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, cit., p. 4655 s.

⁴⁶ Di tale *defaillances* della procedura si era immediatamente reso conto, fra gli altri, G. GIOSTRA, *Quale utilizzabilità*, cit., p. 3494.

⁴⁷ In tal senso, ad esempio, la scelta della distruzione quale sola opzione idonea a precludere la divulgazione del materiale illegalmente censito (considerato che analogo risultato si potrebbe conseguire mediante una rigida procedura di segretezza), non potrebbe formare oggetto di verifica costituzionale da parte della Corte. Essa, infatti, rientrerebbe fra le scelte discrezionali del legislatore e, in quanto tale, sottratta al sindacato di costituzionalità ai sensi dell'art. 28 della l. n. 87/1953: sul punto v. A. CISTERNA, *Prevedibile una restituzione*, cit., p. 63.

te in cui, disciplinando la procedura per la distruzione dei documenti, supporti o atti recanti dati illegalmente acquisiti inerenti a comunicazioni telefoniche o telematiche o informazioni illegalmente raccolte, attraverso un'udienza dinanzi al giudice per le indagini preliminari, non prevede, per la disciplina del contraddittorio, l'applicazione dell'art. 401, commi 1 e 2 c.p.p. (v. Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, cit.)⁴⁸.

La Corte, quindi, preliminarmente recide il cordone esistente fra la procedura speciale prevista dal comma 3 e ss. dell'art. 240 c.p.p. e l'art. 127 c.p.p., relativamente alle limitazioni al contraddittorio sancite da tale ultima disposizione.

I tratti tipici del procedimento incidentale di distruzione, attraverso il richiamo delle forme di cui all'art. 127 c.p.p., puntavano ad assicurare adeguata protezione al valore della speditezza e all'esigenza partecipativa al fine di attribuire una congrua connotazione giurisdizionale al procedimento in parola⁴⁹. Una soluzione di certo insoddisfacente posto che al più sfociava in un contraddittorio saldato alla scelta delle parti di presenziare all'udienza.

Proprio questa opzione normativa sigla il punto di crisi tra pretesa tutela dei diritti delle parti interessate ed effettività della stessa.

Nella prospettiva di una "flessibilità della procedura"⁵⁰, il protocollo "partecipativo", previsto e disciplinato dall'art. 127 c.p.p., è sicuramente congruo rispetto a fasi e segmenti dell'*iter* procedimentale che rivestono scarsa rilevanza nella complessiva struttura del processo. Esso è, invece, poco adatto rispetto alla funzione cui sarebbe destinato il contraddittorio nell'udienza di cui all'art. 240 c.p.p.: non solo la distruzione di documenti, supporti e atti, ma anche la formazione di un verbale, sostitutivo del corpo di reato ormai eliminato, dotato di evidente valenza probatoria.

Sappiamo, però, come nei procedimenti camerali il richiamo al modulo procedimentale descritto dall'art. 127 c.p.p. non è una costante. Alle ipotesi in cui ciò avviene in modo integrale, se ne contrappongono altre in cui il rinvio è omissivo ovvero è effettuato con alcune deroghe o con alcuni adattamenti. Fermo restando il carattere peculiare di fondo del rito, rappresentato dall'assenza di pubblicità, tali adattamenti possono avere ad oggetto

⁴⁸ La pronuncia della Corte costituzionale è stata in vario modo commentata. Cfr., a tal proposito, le osservazioni offerte da C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3537 s.; C. CONTI, *Intercettazioni illegali*, cit., p. 196; C. MARINELLI, *Le "intercettazioni illegali"*, cit., p. 2051, s.; volendo, FA. SIRACUSANO, *L'insufficienza dell'intervento additivo della Corte costituzionale in tema di intercettazioni "illegali" rende indispensabile il "ritorno" al legislatore*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4659 s.

⁴⁹ G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione*, cit., c. 663.

⁵⁰ L'espressione è di M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1990, p. 51.

un'attenuazione ovvero un'intensificazione delle garanzie del contraddittorio, riguardo alla differente portata degli interessi coinvolti dal procedimento di volta in volta considerato: ad un modello "forte" (a contraddittorio necessario), infatti, se ne aggiungono altri "deboli"⁵¹.

Il legislatore, novellando l'art. 240 c.p.p., aveva adottato uno di questi modelli deboli, rinviando *de plano* alle forme di cui all'art. 127 c.p.p.: probabilmente attratto dai "peculiari caratteri di snellezza"⁵² di tale procedura. Una scelta sulla quale l'esigenza prioritaria di una rapida eliminazione della documentazione secretata ha costituito il *diapason* su cui sono state accordate le successive scelte operative: in parte pregiudizievoli, però, degli altri interessi coinvolti.

La Corte costituzionale non abbandona la via dell'udienza camerale ma ne corregge gli *itinerari* in chiave di effettiva "partecipazione" delle parti. Ha, infatti, affermato che "la limitazione in eccesso" del diritto di difesa e dei principi del giusto processo discendono non dalla scelta della forma camerale, bensì dall'aver delineato il procedimento incidentale, volto alla distruzione del materiale sequestrato, secondo il modello processuale di cui all'art. 127 c.p.p.: in particolare, nella misura in cui fa obbligo al giudice di sentire le parti unicamente nell'ipotesi in cui siano comparse, sì da modellare un contraddittorio solo eventuale⁵³.

Costituzionalmente illegittimo, quindi, il *modus procedendi* previsto dal comma 4 dell'art. 240 c.p.p.: produttivo non soltanto di una ingiustificata compressione del contraddittorio – relegato a garanzia "occasionale", affidata all'effettivo intervento delle parti – ma anche di quei diritti, costituzionalmente protetti, che ne costituiscono un automatico riflesso. La semplificazione delle forme può ben sposarsi, invece, con il ripristino di tali garanzie. Nell'ambito di un'udienza all'esito della quale l'attività di distruzione non può prescindere dall'accertamento incidentale dell'illegalità della formazione o acquisizione dei documenti e atti in questione, più congruo ap-

⁵¹ Su tale suddivisione v. G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 217. Come insegna F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 389, è possibile isolare quattro distinti modelli di procedimento in camera di consiglio: un primo, sicuramente il più garantito, che "esige presenti Pubblico Ministero e difensore dell'imputato"; un secondo, ancora, in cui "l'oralità è eventuale"; un terzo, inoltre, dove "il giudice delibera sulle carte, essendo ammesse difese scritte"; un quarto, infine, in cui i provvedimenti vengono emessi *de plano* in quanto "non richiedono formalità di procedura".

⁵² Così M. GARAVELLI, *Procedimento in camera di consiglio*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, p. 109.

⁵³ Perplessità in tal senso, prima dell'intervento additivo della Corte costituzionale, nutrivano L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 155.

pare il ricorso ad una procedura – pur sempre camerale – in cui venga dato maggiore risalto alla tutela delle posizioni soggettive in contrasto, attraverso il ricorso ad un contraddittorio “effettivo” e non semplicemente “eventuale”. Come è stato efficacemente sottolineato, solo la necessaria presenza delle parti tecniche consente “il più adeguato sviluppo delle singole posizioni in vista della ‘sintesi’ demandata all’organo giudicante”⁵⁴.

Una conferma ulteriore, circa l’imprescindibilità di un contraddittorio “necessario”, discende dal valore attribuito al verbale di distruzione redatto all’esito dell’udienza. L’art. 512, comma 1-*bis*, c.p.p., recependo la natura irripetibile dell’attività di eliminazione del materiale illecito, prevede espressamente che del relativo verbale, di cui al comma 6 dell’art. 240 c.p.p., sia sempre consentita la lettura. Considerata, quindi, la funzione “creativa”⁵⁵ – oltre a quella “distruttiva” – cui l’udienza imposta dall’art. 240 commi 4 e 5, c.p.p. è votata (la formazione anticipata e “irripetibile” di una prova circa la provenienza illecita delle informazioni recate dal documento destinato alla distruzione)⁵⁶ il meccanismo che i giudici costituzionali hanno ritenuto più opportuno richiamare per rendere “effettiva” la partecipazione delle “parti interessate” è quello previsto e disciplinato dall’art. 401, commi 1 e 2, c.p.p.: quello, cioè, ideato per l’incidente probatorio, in quanto idoneo a garantire l’effettività del principio del contraddittorio nella formazione “anticipata” di una prova⁵⁷. Il rinvio a tale disposizione varrebbe a reintegrare un modello “forte” di procedura camerale onde preservare, per quanto possibile, l’effettività del diritto di difesa (e, più in generale, dei diritti delle parti nel processo), nonché del contraddittorio e di obbligatorietà dell’azione penale.

⁵⁴ Così G. DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 219.

⁵⁵ Attraverso quel contraddittorio che, in termini generali, G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*. II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Agg., X, Roma, 2002, p. 2, definisce “poietico”.

⁵⁶ Nella *Relazione* al decreto legge si affermava, infatti, che il “verbale delle operazioni di distruzione” svolge la funzione “di conservazione della prova” dei reati eventualmente collegati alla formazione o alla detenzione del materiale distrutto.

⁵⁷ Il modello richiamato dalla Corte costituzionale rientra nella tipologia dei procedimenti camerali che, efficacemente, G. DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 229, definisce “a contraddittorio necessario”.

6. Il “rinnovato” perimetro partecipativo dell’udienza di distruzione.

La Corte costituzionale ha, pertanto, rimodulato i contenuti partecipativi della procedura incidentale. Ha dettato forme più consone agli scopi cui l’udienza *ex art.* 240 c.p.p. è destinata, congegnando un meccanismo volto a rendere effettivo il contraddittorio *per* il verbale nella fase incidentale, anziché accontentarsi di un contraddittorio *sul* verbale, realizzabile solo *ex post* nel dibattimento⁵⁸.

L’effettività del contraddittorio, garantito attraverso il richiamo alla necessaria partecipazione del Pubblico Ministero e dei difensori (di fiducia o d’ufficio) delle persone sottoposte alle indagini, nonché al diritto di intervento del difensore della persona offesa (*ex art.* 401, commi 1 e 2, c.p.p.), varrebbe ad assicurare, al contempo, sia il diritto di difesa dell’accusato, sia quello di azione della persona offesa: la possibilità di un reale confronto dialettico fra le parti, renderebbe effettivo l’esercizio della giurisdizione sulla scelta incidentale relativa alla distruzione⁵⁹. Risultato, questo, imprescindibile soprattutto laddove un’eventuale violazione dei diritti delle parti diviene irreparabile. L’ordinanza con la quale si dispone la distruzione è, infatti, sostanzialmente irreversibile: benché decida le sorti della prova a carico o a discarico, non potrà mai essere concretamente impugnata per farne dichiarare la presunta erroneità⁶⁰ e l’eventuale ricorso per cassazione difetterebbe di interesse, dato che la distruzione del materiale è già stata disposta⁶¹. L’irrimediabilità degli effetti impone, quindi, di apprestare an-

⁵⁸ Così, volendo, FA. SIRACUSANO, *L’insufficienza dell’intervento additivo*, cit., p. 4671. In relazione alla disciplina prima dell’intervento della Corte, L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 157, parla di “annientamento” del contraddittorio per la formazione della prova e di sua sostituzione con quello sul verbale.

⁵⁹ Sono da condividere le perplessità di C. MARINELLI, *Le “intercettazioni illegali”*, cit., p. 2058, in ordine alla “natura ‘puntiforme’ del rinvio all’art. 401” che non include “le ipotesi ‘parallele’ contemplate (...) dagli artt. 401, 403 e 404 c.p.p.” relative all’eventuale necessità di integrare il contraddittorio, alla possibile estensione della procedura, all’utilizzabilità o meno del verbale sostitutivo nei confronti di soggetti esclusi dalla stessa.

⁶⁰ Così R. BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere*, cit., p. 20.

⁶¹ È di questa opinione G. INNOCENTI, *La disciplina delle intercettazioni “illegali” prevista dalla legge 20 novembre 2006, n. 281 e le prospettive di riforma*, in *Riv. pol.*, 2007, p. 586. La procedura in camera di consiglio, disciplinata attraverso il rinvio *sic et simpliciter* alle forme di cui all’art. 127 c.p.p., non consente, infatti, successive rivisitazioni sulla decisione anche in presenza di eventuali violazioni di legge. La possibilità del ricorso in cassazione (previsto ai sensi del comma 7 dell’art. 127 c.p.p.) avverso il provvedimento che or-

tipicamente tutti i presidi necessari tesi ad arginare i possibili pregiudizi sugli interessi contrapposti delle parti. All'uopo l'effettività del contraddittorio ne dovrebbe costituire l'irrinunciabile premessa.

Come è stato acutamente evidenziato, la tutela della dialettica processuale in una sede anticipata, però, ha un senso nella misura in cui i soggetti partecipanti alla procedura incidentale siano i medesimi – con lo stesso ruolo e in relazione all'identico oggetto – del procedimento principale⁶². Tale condizione, in concreto, non appare sempre realizzabile; è una mera eventualità in quanto i diretti protagonisti nella sede incidentale potrebbero assumere un diverso ruolo nel procedimento di merito in ordine ad una diversa regudicanda: “chi è vittima di un'illecita raccolta di informazioni può essere imputato di altro reato che da tali informazioni emerga o sia dimostrato o smentito”⁶³.

Il modulo partecipativo assicurato dal rinvio alle forme dell'art. 401, commi 1 e 2, c.p.p. non pone, inoltre, al riparo da altri inconvenienti saldati alla difficile individuazione dei soggetti interessati, sbrigativamente indicati come “parti”⁶⁴: definizione, oltretutto, assai inappropriata rispetto ad un momento che ancora precede l'instaurazione del rapporto processuale⁶⁵.

Occorre a tal proposito sottolineare come l'art. 240 c.p.p. non chiarisca se il procedimento incidentale di distruzione debba trovare necessariamente collocazione all'interno del procedimento principale relativo alla condotta di captazione o dossieraggio illegale, ovvero in qualunque altro procedimento nel quale detto materiale possa essere acquisito⁶⁶. Ben si comprende che la qualifica di “parte interessata” andrebbe riconosciuta ad un novero più o meno ampio di soggetti, a seconda di quale delle due alternative s'intendesse privilegiare.

dina la distruzione del materiale, appare del tutto inconcludente posto che alla decisione deve fare seguito l'immediata distruzione.

⁶² Cfr. sul punto le osservazioni di C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3548.

⁶³ Le parole sono di C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3548.

⁶⁴ F. CAPRIOLI, *Intercettazioni illecite*, cit., p. 144 s., sostiene che la qualifica di “parte interessata”, da cui il conseguente diritto a partecipare all'udienza camerale ex art. 240 c.p.p., sarebbe connessa esclusivamente al procedimento sulle condotte illecite che tale documentazione hanno prodotto. Del medesimo avviso è M. PINNA, *Raccolta illecita di informazioni riservate: le dinamiche dell'accertamento tra distruzione e archiviazione dei corpi di reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 423.

⁶⁵ Per questa osservazione v. C. MARINELLI, *Le “intercettazioni illegali”*, cit., p. 2054, nota 15.

⁶⁶ La questione è affrontata da M. PINNA, *Raccolta illecita di informazioni riservate*, cit., p. 419.

Stando alla *littera legis*, la sede naturale dell'udienza di distruzione sembrerebbe, comunque, dover essere il procedimento a carico dell'autore dell'attività di "spionaggio". Non avrebbe, quindi, alcun diritto a partecipare al procedimento *ex art.* 240 c.p.p. colui che, pur se "soggetto interessato" dai materiali da avviare a distruzione, non riveste il ruolo di parte né attuale né potenziale del procedimento per la raccolta illegale di informazioni⁶⁷. Di qui l'irreparabile *vulnus*, connesso all'impossibilità di poter "contribuire (...) alla formazione di materiali conoscitivi spendibili per tutelare le proprie ragioni nella sede che lo interessa"⁶⁸, per quel soggetto che sia offeso o imputato dei reati emergenti dal materiale distrutto o per il quale le informazioni, in esso contenute, siano rilevanti probatoriamente.

All'interno della procedura disciplinata dall'art. 240 c.p.p. il valore del contraddittorio, pur con le incognite residue circa il suo effettivo perimetro soggettivo, è incontrovertibile: tale da rendere inconsistenti le obiezioni connesse all'obiettivo maggiore complessità della procedura richiesta dal rinvio alle forme partecipative dell'incidente probatorio. Una maggiore complessità che, inevitabilmente, può riflettersi in una dilatazione dei tempi e una conseguente posticipazione dell'"auspicata" distruzione. Il principio del contraddittorio, infatti, non è principio malleabile; garanzia che può sottostare ad esigenze di maggiore celerità dei tempi processuali, specie quando tale maggiore efficienza mal si coniuga – o peggio, pregiudica – l'effettività di tale principio⁶⁹. L'efficienza procedimentale non può, in ogni caso, legittimare derive antigarantistiche. "La ragionevolezza dei tempi è un'indubbia esigenza, ma va conseguita in un'ottica di bilanciamento con altri valori da selezionare secondo un ordine di accurata gradualità"⁷⁰. Il contraddittorio non può assumere, in questo contesto, una posizione di retroguardia:

⁶⁷ In ordine all'opinione maggioritaria che, attraverso l'espressione "parti interessate" (utilizzata dal comma 4 dell'art. 240 c.p.p.), la cernita dei soggetti legittimati alla partecipazione all'udienza camerale per la distruzione vada limitata al Pubblico Ministero, all'indagato e alla persona offesa v. S. BELTRANI, *Intercettazioni illegali: cosa cambia*, cit., p. 110; E. MARZADURI, *Commento all'art. 1 D.l. 22.9.2006 n. 259 (Intercettazioni telefoniche)*, in *Leg. pen.*, 2007, p. 216. È di diverso avviso R. BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere*, cit., p. 19, il quale propone di inserire fra le parti interessate all'udienza camerale anche gli indagati di reati il cui oggetto materiale non siano i documenti illegali acquisiti nel procedimento.

⁶⁸ Così C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3549.

⁶⁹ Come ricorda G. UBERTIS, *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997, p. 53, "il canone del buon andamento e della celerità procedimentale (...) non può fungere da discriminante di eventuali violazioni o compressioni di altri parametri rientranti nel novero di quelli costitutivi del giusto processo".

⁷⁰ Le parole sono di A. SCALFATI, *La procedura penale, la retroguardia autoritaria e la compulsione riformista*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 941.

esso rappresenta un garanzia insostituibile nell'ordinamento processuale, di guisa che "i potenziali aggravii di lavoro – in presenza di procedimenti con molte parti – si devono fronteggiare con misure organizzative e di gestione dei processi, non certo con l'irragionevole compressione dei diritti garantiti dalla Costituzione"⁷¹.

7. *Il "nuovo" contenuto del verbale.*

Secondo la stesura originaria del comma 6 dell'art. 240 c.p.p., gli inconvenienti determinati dalla prematura distruzione del materiale – che, oltre ad essere corpo del reato, potrebbe costituire la prova della consumazione dell'illecito penale – andrebbero risolti imponendo la redazione di un verbale. Ad esso, infatti, vengono attribuiti due compiti di assoluto rilievo: dimostrare l'effettiva pregressa esistenza di quanto distrutto e descriverne i caratteri esteriori. Il verbale finisce, cioè, con lo svolgere una funzione "sostitutiva" del corpo del reato e per tale ragione la sua redazione, dopo la sentenza n. 173/2006, deve avvenire in esito ad un'udienza celebrata nel contraddittorio "necessario" fra le parti. È proprio vero: "laddove il rito in camera di consiglio risulti (...) direttamente finalizzato (...) alla formazione della prova (...) il contraddittorio necessario diviene una esigenza irrinunciabile"⁷².

Rimosso l'ostacolo posto dalle poco garantite forme del procedere, l'attenzione dei Giudici costituzionali si è orientata, così, sull'"insufficiente attitudine" rappresentativa del verbale relativo alle operazioni di distruzione: ciò che la Corte costituzionale definisce "il secondo fattore che contribuisce all'effetto combinato di illegittimità costituzionale"⁷³ della disposizione scrutinata.

Rafforzato il contraddittorio camerale, diviene necessario operare un arricchimento contenutistico del verbale che dovrebbe costituire l'equipollente rappresentativo del materiale "illecito" distrutto. Realizzata l'eliminazione della "fonte" del pericolo diffusivo, occorre conservare nel modo più congruo gli elementi informativi attraverso i quali sia possibile accertare la consistenza della contestazione; così da garantire l'effettività del successivo controllo da parte del giudice del merito, rendendolo indipendente dalle valutazioni operate dal g.i.p. nell'ambito della procedura incidentale.

⁷¹ In questi precisi termini v. Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, cit., p. 4657.

⁷² Le parole sono di G. DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 220.

⁷³ Il virgolettato è tratto ancora da Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, cit., p. 4657.

La funzione cui la procedura camerale segmentata dall'art. 240 c.p.p. è deputata, è – oltre alla distruzione di quanto acquisito – quella della “elaborazione” di un verbale che al contempo documenti le operazioni di distruzione e dia atto “dell'avvenuta intercettazione o detenzione e dell'acquisizione, delle sue modalità e dei soggetti interessati, senza alcun riferimento al contenuto delle stesse”. Il verbale, come detto, non solo registra i modi e i tempi di un'attività – la distruzione – ormai irrimediabile e, quindi, irripetibile nell'ambito del giudizio di cognizione; esso certifica, altresì, la pregressa effettiva esistenza di quanto è stato cancellato (epurato da ogni riferimento al suo contenuto⁷⁴, perché se ne impediscano incontrollate diffusioni), onde consegnare al giudice del merito un dato conoscitivo (la prova “sostitutiva” del corpo del reato) da cui trarre le proprie valutazioni per l'accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità⁷⁵.

Di questo verbale, proprio a ribadirne la valenza probatoria, è sempre consentita la lettura in dibattimento ai sensi dell'art. 512, comma 1 *bis*, c.p.p.⁷⁶: attraverso una singolare assimilazione agli atti ad irripetibilità sopravvenuta e imprevedibile, benché il “verbale di distruzione” sia privo di entrambe le caratteristiche distintive imposte dall'art. 512 c.p.p.⁷⁷; attraverso un modello “compensativo” insufficiente in quanto idoneo solo a trasferire nel processo di cognizione “una sintesi *ex lege* incompleta, in cui il contenuto delle intercettazioni o informazioni (per quanto potenzialmente illuminante) non può figurare”⁷⁸.

⁷⁴ In tal senso, secondo G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione*, cit., c. 668, l'opzione tecnica del legislatore è connaturata alla *ratio* dalle l. n. 271/2006 che è quella di eliminare il prima possibile dalla circolazione notizie che potrebbero nuocere alla riservatezza, alla reputazione e alla onorabilità delle persone.

⁷⁵ Si tratta, per dirla con L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 156, di “un estremo tentativo di fornire in modo indiretto la prova della natura illegale della documentazione, anche senza far riferimento al contenuto della documentazione”.

⁷⁶ Disposizione introdotta dall'art. 2 del d.l. 22 settembre 2006, n. 259, convertito, con modificazioni, nella l. 20 novembre 2006, n. 281.

⁷⁷ Così C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3547. La scelta di intervenire sull'art. 512 c.p.p. non appare condivisibile. Le letture disciplinate da tale disposizione riguardano atti la cui irripetibilità è sopravvenuta, rispetto al momento della loro assunzione/formazione, per cause allora non prevedibili; non già per atti la cui irripetibilità è conosciuta *ab origine* per stessa previsione normativa. Più opportuno, quindi, sarebbe stato prevedere l'inserzione del verbale di cui all'art. 240, comma 6, c.p.p. nel fascicolo per il dibattimento (*ex art.* 431 c.p.p.) consentendone la lettura a norma dell'art. 511 c.p.p.: in questo senso, tra gli altri, L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 157; G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione*, cit., c. 669.

⁷⁸ In questi termini C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3539.

Il verbale, così come previsto dall'art. 240, comma 6, c.p.p. – privo, cioè, di alcun riferimento al contenuto dei documenti, supporti e atti, ma limitato espressamente alla descrizione delle sole “modalità e mezzi” con cui il materiale è stato acquisito – non è in grado, pertanto, di svolgere la “propria funzione (...) primaria di prova ‘sostitutiva’ del corpo di reato”⁷⁹. Le forti limitazioni contenutistiche determinano, nel seguito del procedimento, una condizione di estrema difficoltà nell'esercizio del diritto di difesa degli imputati, del diritto al risarcimento dei danni da parte delle persone offese e nell'effettivo esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero.

Secondo Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, cit., p. 4657, “la semplice descrizione delle modalità e dei mezzi utilizzati per raccogliere informazioni può non essere sufficiente a consentire un adeguato successivo controllo giudiziale, nel contraddittorio delle parti, sulla liceità o non della condotta degli imputati. Né questi ultimi, né le parti offese, né il Pubblico Ministero disporrebbero, nel giudizio di merito, di dati obiettivi sufficienti a suffragare le rispettive posizioni, difensive o accusatorie”.

Intervenendo sempre in chiave additiva la Corte ha, all'uopo, esteso il catalogo delle informazioni da includere nel “verbale sostitutivo”.

È illegittimo l'art. 240, comma 6 c.p.p., sempre per contrasto con gli artt. 24 commi 1 e 2, 111 commi 1, 2 e 4, 112 Cost., nella parte in cui non esclude dal divieto di fare riferimento al contenuto dei documenti, supporti e atti nella redazione del verbale previsto dalla stessa norma, le circostanze inerenti l'attività di formazione, acquisizione e raccolta degli stessi documenti, supporti e atti (v. Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, cit., p. 4647 s.).

In buona sostanza: solo tramite l'indicazione delle “circostanze inerenti l'attività di formazione, acquisizione e raccolta degli stessi documenti, supporti e atti” sarà possibile, in sede di giudizio di merito, ricavare dal verbale elementi di valutazione circa l'asserita illiceità dell'attività contestata agli imputati. Senza, però, che il verbale così stilato possa esercitare alcun condizionamento sul procedimento principale relativo alla responsabilità dell'autore del documento illecito distrutto⁸⁰.

Ancora una volta la decisione dei Giudici costituzionali tende a ridisegnare i contorni della disciplina censurata adeguandoli alla funzione cui essa è destinata. Dopo aver rinvigorito il contraddittorio nell'udienza camerale,

⁷⁹ Così Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, cit., p. 4657.

⁸⁰ Sottolinea C. CONTI, *Intercettazioni illegali*, cit., p. 199, come sia “da manuale” che il procedimento principale rimanga “del tutto impermeabile rispetto agli esiti di quello incidentale”.

rendendolo “necessario”, la Corte ridefinisce contenutisticamente l’atto (*rectius* il verbale) in rapporto allo scopo⁸¹: in un’operazione di *restyling* normativo realizzata, ancora una volta, lungo i binari del necessario bilanciamento tra i vari valori costituzionali in gioco.

8. **Segue: la reale consistenza dell’arricchimento contenutistico del “verbale sostitutivo”.**

Quale la consistenza dell’intervento “additivo” operato dal Giudice costituzionale? Può realmente il verbale di distruzione, arricchito dalle indicazioni imposte dalla Corte, fungere da effettivo equipollente della prova distrutta?

Il richiamo espresso alle “circostanze inerenti l’attività di formazione, acquisizione e raccolta degli stessi documenti, supporti e atti” appare per lo meno ambiguo. Non consente, infatti, un’agevole delimitazione dei nuovi confini informativi del verbale *ex* art. 240, comma 6, c.p.p.: “finisce con il dire troppo o troppo poco”⁸². Di certo, se l’obiettivo primario resta pur sempre quello di proteggere dalla divulgazione di informazioni private carpite illegalmente, l’arricchimento del verbale non può che riguardare dati comunque esterni ai contenuti delle informazioni o registrazioni distrutte. Diversamente, e contrariamente alla *ratio* ispiratrice dell’istituto, il verbale si tramuterebbe nel vettore di diffusione di quanto faticosamente eliminato; sì da renderne inutile la distruzione⁸³.

Invero l’aggiunta contenutistica potrebbe apparire una sorta di specificazione *per tabulas*, forse del tutto pleonastica, di quanto già riconducibile alle nozioni di “modalità”, di “mezzi usati” e di “soggetti interessati”, già incluse nel novero delle indicazioni autorizzate dall’art. 240, comma 6, c.p.p. Per assumere un qualche significato innovativo, allora, l’interpolazione sul contenuto del verbale dovrebbe essere letta in stretta connessione alla “rinnovata” struttura procedimentale che caratterizza l’udienza camerale di distruzione. È il confronto dialettico fra le parti – ormai contraddittori “necessari” della procedura – a fornire, innanzitutto, nuovi spunti i-

⁸¹ Secondo P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, p. 353, l’intervento della Corte costituzionale è valso a fare del verbale di distruzione un vero e proprio “surrogato probatorio”.

⁸² Cfr. C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3543.

⁸³ L’osservazione è di C. CONTI, *Intercettazioni illegali*, cit., p. 200.

donei ad orientare la scelta del giudice in ordine all'eliminazione o meno del materiale acquisito: a confermare o confutare la premessa su cui si fonda la richiesta di distruzione, perorata dal Pubblico Ministero. Sono proprio le parti, inoltre, a poter offrire – sempre nel contraddittorio – tutte quelle informazioni relative “alle circostanze di luogo, di tempo e di contesto” dell'acquisizione dei documenti, supporti e atti che, unite ai dati conoscitivi concernenti la natura e le caratteristiche formali degli stessi, possono concorrere a formare il contenuto del verbale “sostitutivo” dotandolo, quindi, di ulteriori elementi idonei a corroborare il giudizio sulla liceità o meno dei comportamenti degli imputati⁸⁴. Il contraddittorio “necessario” sui “documenti, supporti e atti” acquisiti e secretati, può fornire indicazioni di estremo rilievo per la formazione di un verbale, da far valere quale effettiva “prova ‘sostitutiva’ del corpo di reato”; sì da “consentire – suo tramite – un adeguato successivo controllo giudiziale”⁸⁵.

Come detto, le aperture in chiave informativa, operate dai Giudici costituzionali, incontrano un insuperabile limite. La Corte ha inteso ribadire – impegnata nel mantenere un “equo bilanciamento” fra gli interessi in gioco nella disciplina impugnata – il divieto di inserire nel verbale “i contenuti delle operazioni di intercettazione”. Il necessario bilanciamento degli interessi in campo non consente di realizzare *plusvalenze* e *minusvalenze*; non può comportare la totale caducazione del diritto alla riservatezza che, in ogni caso, deve essere tutelato; soprattutto nei casi in cui “il frutto dell'attività illegale di informazione e intercettazione possa diventare strumento di campagne diffamatorie e delegittimanti” nei riguardi delle vittime delle illecite interferenze nella vita privata⁸⁶. Il “nuovo” impegno descrittivo non può, perciò, autorizzare “fughe in avanti”. Ad ulteriore presidio di tale esigenza, la circostanza che sulla correttezza e obiettività del verbale sostitutivo – redatto con le aggiunte “autorizzate” dalla Corte costituzionale – vigilano il giudice e le parti che, nel contraddittorio “necessario”, concorrono alla sua formazione⁸⁷.

⁸⁴ In ordine all'unicità del verbale e, quindi, all'inesistenza di un “verbale di udienza” distinto da quello di “distruzione”, imposto dall'art. 240, comma 6, c.p.p., v. L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 157.

⁸⁵ Cfr. Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, cit., p. 4657.

⁸⁶ Così, ancora, Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, cit., p. 4655.

⁸⁷ Al fine di arginare possibili sconfinamenti oltre i limiti contenutistici imposti, il verbale andrebbe redatto in forma riassuntiva anziché integrale. Solo attraverso la forma riassuntiva, infatti, i più vistosi accenni al contenuto di quanto distrutto potrebbero essere più agilmente emendati: così, volendo, v. FA. SIRACUSANO, *L'insufficienza dell'intervento additivo*, cit., p. 4675.

9.

Quale effettività per le garanzie rinsaldate dalla Corte costituzionale?

Quello rivisitato dalla Corte costituzionale è, quindi, un modello forte di udienza camerale, attraverso il quale pervenire ad una “prova ‘sostitutiva’ del corpo di reato” dotata di maggiore potenzialità rappresentativa. L’adozione di un tale *modus operandi* tenta di rafforzare l’efficienza funzionale della procedura incidentale coniata nel 2006: riplasmata in base alle insopprimibili esigenze di garanzia del contraddittorio; ricalibrata secondo coordinate che ne esaltino la funzione formativa di una “prova”, oltre che quella ablativa.

Pur con l’aggiornata struttura partecipativa dell’udienza, e con le consistenti aggiunte e i tradizionali limiti contenutistici del “verbale sostitutivo”, la procedura incidentale disciplinata dall’art. 240 c.p.p. presenta ancora qualche falla lungo il perimetro delle garanzie “rinsaldate”; non appare, inoltre, in grado di arginare le patologiche interferenze che il “dovere” di distruggere può operare sul procedimento relativo alla raccolta illecita di informazioni.

Il *maquillage* realizzato dalla Corte costituzionale non è, pertanto, del tutto soddisfacente: vale a rendere necessaria la partecipazione delle parti ma rischia di non riuscire a connotare di “effettività” il contraddittorio e, conseguentemente, a riequilibrare il rapporto fra tutela della riservatezza e tutela degli altri diritti costituzionalmente garantiti. Il mantenimento di una procedura che sembrerebbe, *prima facie*, essere contraddistinta da una forte compressione del diritto alla *discovery* degli atti oggetto del provvedimento di sequestro – e sui quali dovrebbe incentrarsi il contraddittorio “necessario” fra le parti – e caratterizzata da “cadenze temporali ‘capestro’”⁸⁸, minaccia di neutralizzare (o, comunque, rendere solo apparente) l’approdo all’“equo” bilanciamento fra i diritti e le garanzie in gioco, tentato dai Giudici costituzionali.

All’uopo i primi arresti della giurisprudenza di merito e di legittimità provano a mitigare le più vistose incongruenze della disciplina “rimodellata”; con scelte che, a volte, scardinano la stessa perentorietà del dato normativo, svuotando il contenuto precettivo dell’art. 240 c.p.p.; attraverso

⁸⁸ Così le definisce G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione*, cit., c. 665. I tempi del procedimento sembrano, comunque, ancorati a termini aventi valenza solo ordinatoria e non certo perentoria: così L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 155, nonché D. CURTOTTI, *Art. 240*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di A. Gaito, Torino, 2010, p. 1171.

“una lettura dell’enunciato normativo meno monolitica e più consapevole delle diverse sfaccettature del problema”⁸⁹.

Il comma 5 dell’art. 240 c.p.p. detta tempi e modi dell’udienza senza nulla prevedere in relazione ad un possibile preliminare deposito del materiale da distruggere, onde consentire alle parti la facoltà di ascoltare le intercettazioni effettuate o di esaminare i documenti asseritamente illegali⁹⁰. Questi tempi e questi modi, in ordine a tali “silenzi”, non sono stati intaccati dal sindacato di legittimità della Corte costituzionale. Stando così le cose, il “contraddittorio necessario” nascerebbe fortemente sbilanciato: da un lato il Pubblico Ministero, fautore della distruzione in quanto ha accertato modi, mezzi e oggetto (*rectius* contenuto) dell’illegale formazione o acquisizione⁹¹; dall’altro le parti private, contraddittori necessari, sostenitori o confutatori “al buio” della richiesta dell’organo dell’accusa.

Si tratta di limiti non facilmente sanabili: specie in relazione ad una procedura che approda ad una deliberazione “preliminare”, circa l’origine illecita del materiale da avviare a distruzione, sulla base di un panorama cognitivo sommario, in quanto affidato alle sole “prove” raccolte dal Pubblico Ministero; una deliberazione produttiva di possibili effetti devastanti (la distruzione del materiale asseritamente illegale) rispetto alle pretese che le parti private intenderebbero fare valere nel procedimento principale; effetti non sempre arginabili attraverso la mera indicazione, nel verbale di distruzione, delle “circostanze inerenti l’attività di formazione, acquisizione e raccolta”. Sebbene l’ordinanza che dispone la distruzione non possa assumere la veste di giudizio anticipato circa la responsabilità dell’imputato, la procedura che la precede deve essere gestita in modo tale da garantire alle parti la possibilità di incidere effettivamente sulla decisione; compatibilmente con la natura incidentale del procedimento *ex* art. 240 c.p.p.

Tenendo conto proprio di quest’esigenza, il g.i.p. del Tribunale di Milano ha precisato

⁸⁹ Le parole fra virgolette sono di C. GABRIELLI, *Captazioni illecite come notizia di reato*, cit., p. 1305.

⁹⁰ L’art. 240, comma 4, c.p.p. non riproduce, ad esempio, il contenuto del comma 2 dell’art. 409 c.p.p. (relativo all’udienza camerale instaurata in esito al mancato accoglimento di una richiesta di archiviazione) in cui si stabilisce che “fino al giorno dell’udienza gli atti (n.d.r.: intorno ai quali si articolerà il contraddittorio camerale) restano depositati in cancelleria” a disposizione delle parti.

⁹¹ Ricorda R. BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere*, cit., p. 18 s., che una volta venuto meno il divieto di utilizzo ai fini investigativi della documentazione illegale, il Pubblico Ministero potrà effettuare gli opportuni accertamenti necessari ad affermare l’effettiva illegalità della documentazione acquisita, presupposto imprescindibile perché si possa procedere alla sua distruzione.

che l'illiceità della raccolta delle informazioni deve essere dimostrata affinché la richiesta di distruzione avanzata dal p.m. possa essere accolta. Si tratta, secondo il giudice milanese, di una verifica assai difficoltosa stante la congenita inadeguatezza della procedura incidentale disciplinata dall'art. 240 c.p.p. Di qui il rigetto dell'istanza di distruzione ogni qualvolta le parti contestino i presupposti della distruzione e chiedano di poter articolare prove a sostegno dei propri argomenti difensivi (v. G.i.p., Trib. Milano, ord. 25 ottobre 2010, G.i.p. Gennari, in www.penalecontemporaneo.it). Sempre a detta del G.i.p. di Milano, proprio a causa della natura sommaria dell'accertamento condotto in seno all'udienza ex art. 240 c.p.p., la richiesta di distruzione potrà essere accolta solo quando riguardi atti e documenti la cui origine illecita appaia certa ed evidente e rispetto ai quali non si pongano problemi di "sovrapposizione necessaria fra contenuto distrutto e prova dei reati per cui si procede" (v. G.i.p., Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, G.i.p. Gennari, in www.penalecontemporaneo.it).

Un reale riassetto della procedura, nell'ottica di un bilanciamento che sappia coniugare l'effettività del contraddittorio con l'esigenza di tutelare riservatezza e segretezza investigativa, non può che muovere, quindi, da alcuni punti fermi:

a) il contraddittorio è una "tecnica informata". Attraverso la partecipazione necessaria delle parti interessate si perviene alla delibazione incidentale relativa alla distruzione e alla formazione della "prova sostitutiva" del corpo del reato. Tale partecipazione è "necessaria" in quanto sono le parti, con le loro argomentazioni, a dare un contributo fondamentale alla realizzazione di entrambi gli scopi dell'udienza⁹². Il confronto dialettico fra le parti, però, presuppone "conoscenza"⁹³: è, questa, "una condizione minimale perché il dialogo possa ancora qualificarsi come contraddittorio"⁹⁴. Il

⁹² Rileva C. MARINELLI, *Le "intercettazioni illegali"*, cit., p. 2058, come l'audizione delle parti e dei rispettivi difensori costituisca "l'unico approfondimento conoscitivo ammesso dal procedimento di ablazione (...) senza alcuna concessione a strumenti diversi". Circa il ruolo esercitato dalle argomentazioni delle parti sul convincimento del giudice cfr. R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 14 s.

⁹³ Si ricorderà come la Corte costituzionale (sent. 11 febbraio 1991, n. 74, in *Giur. cost.*, 1991, p. 527), nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 401, comma 5, c.p.p. nella parte in cui non prevede che il P.M., che abbia richiesto con incidente probatorio l'assunzione di una testimonianza, debba depositare gli atti relativi alle sommarie informazioni già rese dalla persona da esaminare, affermava come il diritto della persona sottoposta alle indagini di avere la disponibilità delle dichiarazioni in precedenza rese alla polizia giudiziaria od al Pubblico Ministero fosse ricompresa nella regola contenuta nel medesimo comma 5 dell'art. 401 c.p.p.: "le prove sono assunte con le forme stabilite per il dibattimento". La preventiva conoscenza, a prescindere da un'espressa previsione in tale senso, è elemento essenziale del contraddittorio per la prova.

⁹⁴ Le parole sono di G. GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., p. 1.

contraddittorio, infatti, benché sia un coacervo di garanzie “il cui numero e contenuto non sono mai definibili *a priori*”⁹⁵, non può prescindere da quella relativa alla conoscenza compiuta da parte dei suoi protagonisti dell’oggetto del contendere: l’informazione sul *thema disputandum* è da ritenere presupposto di esistenza del contraddittorio⁹⁶. Considerato che la dualità antagonistica che caratterizza il contraddittorio deve essere “paritetica” – nel senso che i “contraddittori” devono godere di equivalenti diritti⁹⁷ – alla conoscenza di una parte, non può contrapporsi l’ignoranza dell’altra;

b) l’informazione deve essere funzionale all’oggetto del procedimento. Le parti del contraddittorio devono conoscere gli *acta* che il giudice utilizzerà per decidere: né di più, né di meno. Il confronto dialettico può incentrarsi solo sulle conoscenze disponibili in un definito momento e selezionate per un determinato scopo. Solo così è possibile realizzare un effettivo legame teleologico fra argomentazione delle parti e decisione. Nelle procedure incidentali innestate in una fase ancora dominata da esigenze di segretezza investigativa, l’informazione circoscritta preserva, altresì, dai rischi di anticipate e pregiudizievoli *discovery*;

c) il limite contenuto dal comma 2 dell’art. 240 c.p.p., relativo al divieto di effettuare copie del materiale secretato, non equivale a porre preclusioni per le parti del contraddittorio in ordine alla conoscenza degli *acta*, oggetto necessario del confronto dialettico. Il divieto è, infatti, connaturato alla *ratio* che ispira l’intera disciplina: quella di preservare, a tutti i costi, il diritto alla riservatezza dei soggetti illegalmente *spiati*. Il divieto di riproduzione dei *corpora delicti* tende, pertanto, esclusivamente ad arginare pericolosi fenomeni diffusivi delle informazioni contenute nel materiale abusivamente formato o detenuto, non già a precluderne la conoscenza da parte dei soggetti interessati, contraddittori necessari della procedura incidentale.

Poste tali premesse, spetta innanzitutto al Giudice dell’udienza camerale, garante dell’effettività del contraddittorio, smussare i margini di una procedura idonea a porre a repentaglio la *par condicio*; tocca al giudice per le indagini preliminari, cioè, calibrare il proprio intervento in un’ottica di riequilibrio delle posizioni soggettive contrapposte. In questa prospettiva l’organo giudicante – necessariamente a conoscenza del contenuto di quanto gli si chiede di distruggere – potrà “spiegare” il *perché* dell’avviso di fissa-

⁹⁵ Così P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2005, p. 47.

⁹⁶ In tal senso, v. l’autorevole insegnamento di G. CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 411.

⁹⁷ Cfr. G. GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., p. 1.

zione dell'udienza, illustrando sommariamente alle parti convenute il contenuto degli atti e dei documenti intorno ai quali accendere il confronto dialettico, avendo cura che di esso non rimanga traccia nel verbale.

A tal fine, con ordinanza del 21 luglio 2010, il G.i.p. Gennari del Trib. Milano (in www.penalecontemporaneo.it) ha affermato che il P.M. è tenuto ad inviare al giudice per le indagini preliminari per la distruzione solo i supporti informatici che siano realmente oggetto di analisi, e di specificare in relazione a ciascun documento o supporto informatico quali siano i contenuti che devono essere distrutti e per quale ragione.

La necessaria sommarietà di tale illustrazione rende, però, insufficiente il rimedio. Occorre qualcos'altro.

Pur non essendo espressamente menzionata dalla disposizione normativa, l'ascolto dell'intercettazione o l'esame del documento da parte del Pubblico Ministero e delle difese (sia dell'indagato, sia della persona offesa) diviene, quindi, passaggio indispensabile per conferire "effettività" al contraddittorio quale "tecnica informata"⁹⁸: "deve essere desunta per via esegetica come diritto minimale dei contendenti, funzionale ad un esercizio consapevole del diritto alla partecipazione dialettica all'udienza"⁹⁹. Giova, inoltre, ad eliminare l'evidente divario cognitivo fra chi (il Pubblico Ministero) ha potuto apprezzare *de visu* il contenuto dei "documenti", "supporti" e "atti" per poterne richiedere la distruzione, e chi (le altre parti interessate) subisce gli effetti dell'immediata secretazione. Solo l'ascolto delle intercettazioni o l'esame dei documenti consentirebbe un reale riequilibrio della piattaforma di conoscenza da cui trae spunto la contrapposizione argomentativa delle parti; la "diretta" percezione dei documenti, degli atti e dei supporti costituisce, insomma, l'unico veicolo informativo funzionale a rendere "omogenei" gli interventi *cognita causa* delle parti nell'udienza camerale, solo così idonei ad orientare la scelta del giudice. È inconfutabile, infatti, che la delibazione incidentale circa l'ipotizzata "illegalità" dei documenti, supporti e atti acquisiti promani anche – per non dire soprattutto – dal contenuto di essi: contenuto che, quindi, non può rimanere ignoto a nessuno dei "contraddittori necessari".

"Se non si vuole ridurre la camera di consiglio ad una babelica comparata"¹⁰⁰, si deve ritenere che le "parti interessate" abbiano il diritto almeno

⁹⁸ Per C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., p. 103, il diritto di accesso delle parti ai materiali illegali costituisce presupposto imprescindibile per un pieno esercizio del diritto di difesa. Secondo L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 156, nel novero dei soggetti esclusi dalla facoltà di ascolto o visione andrebbe incluso anche il giudice, con evidente nocumento della propria funzione giurisdizionale.

⁹⁹ Le parole sono di C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3541.

¹⁰⁰ Così G. GIOSTRA, *Quale utilizzabilità*, cit., p. 3494.

di esaminare documenti, atti e supporti di cui è chiesta la distruzione¹⁰¹. Su questo diritto, come detto, non incide il divieto di “effettuarne copia in qualunque forma e in qualunque fase del procedimento” (così come previsto dal comma 2 dell’art. 240 c.p.p.): divieto che, al più, è idoneo a mettere a dura prova la capacità di memorizzazione delle parti.

Come anticipato, è bene ricordare che la giurisprudenza – sia di legittimità, sia di merito – ha adottato alcune scelte “costituzionalmente orientate” che confutano anche la perentorietà del dettato normativo in merito al divieto di estrarre copia del materiale avviato alla distruzione. Tali interpretazioni muovono dalla convinzione che la tutela del diritto di difesa risulterebbe gravemente compromesso da un’ostinata e ingiustificata osservanza della regola imposta dall’art. 240, comma 2, c.p.p. Il diritto ad ottenere le copie della documentazione che si ritiene formata illegalmente andrebbe, comunque, bilanciato dall’adozione di alcuni giusti contrappesi; onde evitare che l’esercizio dello stesso possa risolversi in un inopinato veicolo di diffusione dei dati. Di qui la “traslazione” sulle parti dei doveri di custodia ed, eventualmente, di distruzione delle “copie”; di quegli stessi doveri, cioè, gravanti *ex lege* – in ordine agli “originali” – sull’autorità giudiziaria.

Cass., sez. V, 13 marzo 2007, Mancini, cit., p. 1301, ha puntualizzato, infatti, che un adeguato completamento della procedura incidentale innestata all’interno dell’art. 240 c.p.p. dovrebbe completarsi con quelle garanzie connesse all’esercizio del contraddittorio: “quali la estrazione di copia da parte degli interessati, secondo le norme generali del codice, dovendosi comunque garantire il diritto alla difesa; ed ogni interpretazione che conducesse a soluzioni diverse potrebbe dare luogo, nelle sedi nelle quali la questione diventa rilevante, a dubbi di legittimità costituzionale”. Sulla medesima linea il G.i.p. Trib. Milano che, con ordinanza del 21 luglio 2010, cit., ha stabilito che nell’ambito del procedimento incidentale di cui all’art. 240 c.p.p. analogo diritto di ottenere copia dei documenti asseritamente formati attraverso la raccolta illegale di informazioni vada riconosciuto anche alla persona offesa da tale raccolta. Restano fermi, conclude il G.i.p. di Milano, sia l’obbligo, a carico della persona offesa medesima, di distruggere le copie di tali documenti, nell’ipotesi in cui la procedura incidentale dovesse concludersi con un’ordinanza di distruzione; sia, *medio tempore*, l’obbligo per la medesima di osservare gli stessi obblighi di custodia che gravano sul Pubblico Ministero ai sensi dell’art. 240, comma 2, c.p.p.

Di un altro problema, infine, occorre tener conto. L’esercizio della facoltà di prendere visione – e, magari, di estrarre copia – rischia di entrare in collisione con le ristrette cadenze temporali che contraddistinguono le modalità di instaurazione del contraddittorio necessario nell’ambito dell’u-

¹⁰¹ Di questa opinione sono L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 156; R. BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere*, cit., p. 20; G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione*, cit., c. 666.

dienza disciplinata dal comma 4 e ss. dell'art. 240 c.p.p. Come è stato correttamente sottolineato, le parti interessate – che potrebbero essere avvisate anche solo tre giorni prima di tale udienza – potrebbero non usufruire di un tempo congruo per esercitare la facoltà di visionare (o di ascoltare) il materiale acquisito¹⁰², e di provvedere all'eventuale "copiatura" dello stesso. Specie in relazione ad un'attività illecita di dossieraggio che, "magari svolta nell'arco di anni e con un cospicuo numero di vittime, può aver prodotto un enorme quantità di materiali"¹⁰³.

Anche in questo caso, allora, l'operato del giudice del procedimento in camera di consiglio deve essere orientato nel senso di assicurare l'esigenza di "simmetria imposta dal principio del contraddittorio come metodo dialettico di accertamento dei fatti"¹⁰⁴. Un principio che non può essere in alcun modo scalfito dal carattere esclusivamente incidentale dell'accertamento relativo alla richiesta di distruzione; un principio che va, in ogni caso, attentamente tutelato a causa della funzione "primaria di prova 'sostitutiva' del corpo di reato" assegnata al verbale redatto ai sensi del comma 6 dell'art. 240 c.p.p. A tal fine dovrà ritenersi legittima (ancorché eccezionale) l'adozione, da parte del giudice, di un provvedimento di dilazione dell'udienza onde consentire alle parti la completa conoscenza della documentazione di cui si chiede la distruzione¹⁰⁵. Come è stato diverse volte affermato dalla Corte costituzionale, l'esigenza di celerità (nota distintiva anche di questa particolare procedura incidentale) deve essere "contemperata con la garanzia dell'effettività del contraddittorio, anche attraverso differimenti delle udienze congrui rispetto alla singole, concrete fattispecie"¹⁰⁶. Spetta, così, al giudice individuare la concreta praticabilità delle soluzioni offerte dall'ordinamento, al fine di porre rimedio ad eventuali anomale sperequazioni fra accusa e difesa.

¹⁰² In questo senso sia L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., sia R. BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere*, cit.

¹⁰³ Cfr. sul punto C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti*, cit., p. 3542, la quale prospetta (in via interpretativa) l'ipotesi di un ascolto o esame contestuale dei dati, al cospetto del giudice.

¹⁰⁴ Così Corte cost., 24 giugno 2005, n. 245, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, III, c. 261.

¹⁰⁵ Concordi sono ancora sul punto L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., R. BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere*, cit.

¹⁰⁶ V. Corte cost., 24 giugno 2005, n. 245, cit., p. 261, nonché, negli stessi termini, Corte cost., 30 maggio 1991, n. 238, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2018; Corte cost., 28 aprile 1992, n. 203, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2314; Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 16, in *Giur. cost.*, 1994, p. 120.