

Brevi appunti sulla riforma della disciplina delle intercettazioni
schema dell'audizione presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati
(29 giugno 2010)

Premessa

Un potere politico che abbia a cuore l'efficienza della giustizia e i diritti dei cittadini dovrebbe elaborare un sistema in cui tendenzialmente siano disposte *tutte e soltanto le intercettazioni necessarie*, e, di queste, siano utilizzabili e pubblicabili *tutte e soltanto le risultanze rilevanti*.

Tenendo fermo un tale punto di fuga ideale, c'è bisogno di riforma? Sì, perché, anche al netto delle inattendibili iperboli della linguaggio politico attuale (si ricorda che in un'indagine conoscitiva del Senato approvata all'unanimità nel novembre 2006 si affermava che la nostra disciplina delle intercettazioni è probabilmente la più garantista dei Paesi occidentali e che il numero delle intercettazioni effettuate non è comparabile con quello degli altri Paesi, in quanto soltanto da noi vi è piena giurisdizionalizzazione del procedimento ammissivo, mentre altrove è assolutamente prevalente il numero "nero" di operazioni disposte dalla polizia o dai servizi segreti), si intercetta troppo e si pubblicano troppe intercettazioni. Diverse sono le cause delle due disfunzioni; diversi, quindi, debbono essere i rimedi.

Sotto il primo profilo, non si registrano significative inadeguatezze dell'odierna disciplina normativa: i presupposti (esclusivamente per delitti di particolare allarme sociale, in presenza di gravi indizi di reato, solo se ve ne è una assoluta indispensabilità) sono rigorosi e stringenti. E' la prassi che, talvolta, si è dimostrata troppo permissiva per accidia investigativa del p.m. e per lassismo del g.i.p. (ancora di recente la Corte di cassazione - sent.12-2-2009, Lombardi - ha dovuto censurare l'ordinanza di un g.i.p. che aveva autorizzato una intercettazione motivando *per relationem* alla richiesta del p.m., a sua volta pedissequamente appiattita sulla relazione della p.g.).

Sotto il secondo profilo vi è, invece, una vistosa carenza legislativa: il legislatore del 1988 non ha considerato che il meccanismo, condivisibile, di collegare la pubblicabilità del contenuto dell'atto alla caduta del segreto interno, non poteva applicarsi senza correttivi alle intercettazioni; essendo queste, infatti, cieche idrovore di notizie, un tale sistema consente che, una volta venuto meno il segreto, vengano riversate sui media anche informazioni assolutamente estranee ai fatti del processo.

Se l'analisi è corretta, **vanno nella giusta direzione tutte le modifiche che mirano, da un lato, ad assicurare un più rigoroso controllo sulla sussistenza dei presupposti** (presentazione, con la richiesta, dell'intero fascicolo; assenso del Procuratore della Repubblica; collegialità del giudice; motivazione autonoma del provvedimento autorizzativo), dall'altro, cioè sul piano della divulgabilità, **a protrarre il divieto di pubblicazione dei risultati delle intercettazioni non più segrete, fino a quando non siano stata operata dal giudice una dialisi che separi quelli rilevanti per il processo da quelli che non lo sono**. Beninteso, ritenere che tali innovazioni vadano nella giusta direzione non vuol dire che siano tutte integralmente condivisibili (rilievi possono muoversi, v. *postea*, alla collegialità del giudice e all'assenso vincolante del Procuratore della Repubblica), ma soltanto riconoscere loro una plausibilità di politica legislativa.

Plausibilità che, invece, fa vistosamente difetto ad altre modifiche via via proposte (es. gravi indizi di colpevolezza, riduzione drastica della platea dei reati "intercettabili", segreto e

divieto di pubblicazione su tutti gli atti di indagine sino all'udienza preliminare) ed a molte di quelle ancora in discussione. **Alcune** di queste sono **ingiustificatamente depressive della efficacia dello strumento** (come quando lo si limita ai casi in cui gli intercettandi siano a conoscenza dei fatti; o come quando i risultati della intercettazione legittima soffrono immotivati limiti di utilizzabilità "interna" o "esterna" al procedimento in cui è stata disposta); **altre palesemente in difficoltà di senso** (si pensi all'insensato presupposto della flagranza criminosa per poter disporre una intercettazione "ambientale" oppure alla cervelotica disciplina delle proroghe, che non è costruita – come logica e diritto vorrebbero – secondo una progressione crescente di presupposti che giustifichi il protrarsi dell'operazione, ma a segmenti, ognuno dei quali con una sua regola di giudizio, talvolta affatto eccentrica rispetto alle esigenze di ricerca della prova); **altre di improbabile applicabilità** (quale quella, ad esempio, che pretenderebbe una insostenibile navetta tra l'organo inquirente e il tribunale distrettuale ogni tre giorni, oniricamente ritenuti sufficienti per consentire, al p.m., di predisporre il fascicolo con tutti gli atti sino a quel momento acquisiti, di redigere una richiesta motivata di proroga, di inviare l'uno e l'altra al tribunale del distretto e, a questo, di provvedere all'esame della richiesta, di predisporre un provvedimento autonomamente motivato in ordine alla proroga e di farlo pervenire in tempo utile al p.m. inquirente); **altre ancora incostituzionali** (come quando si richiede per la proroga dell'intercettazione l'esigenza di impedire che siano commessi altri (sic!) reati, in palese violazione della presunzione di non colpevolezza; o come quando si vieta irragionevolmente la pubblicazione delle intercettazioni, ancorché non più segrete e rilevanti).

Rilevi specifici (*in corsivo talune proposte di riformulazione*).

Art. 266

Decisamente ingiustificata la parificazione alle intercettazioni delle **riprese visive** (oltretutto senza distinzione, come l'insegnamento della Corte costituzionale e della Corte di cassazione suggerirebbe, a seconda che la ripresa di immagini abbia contenuto comunicativo o no) e dei **"tabulati"** (comma 1).

Estendere a tutte le **intercettazioni ambientali** il presupposto, oggi previsto per le sole "domiciliari", dello svolgimento dell'attività criminosa nel luogo ove vengono disposte (comma 2, prima parte) significa di fatto vanificare questo prezioso strumento di indagine. Un tale presupposto, già oggi fortemente discutibile anche limitatamente alle "domiciliari", di fatto restringe irragionevolmente il ricorso a questo mezzo di ricerca della prova ai soli reati permanenti e per situazioni fronteggiabili di norma con altri strumenti (es. arresto in flagranza). Per contro, ove si avesse notizia che Tizio ha dato appuntamento a Caio in un certo luogo per riferirgli a voce quali sono stati i mandanti e gli esecutori dell'omicidio su cui si sta indagando non sarebbe possibile predisporre, in quel luogo, uno strumento di captazione della conversazione.

Anche la possibilità di derogare a tale disciplina (tranne che per i casi in cui l'intercettazione debba essere eseguita nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. che peraltro avrebbe un ambito applicativo assai dilatato essendosi sostituita la locuzione «luogo di privata dimora» con «luogo privato») appare priva di ragionevolezza. Il pubblico ministero potrebbe, infatti, disporre con decreto le operazioni, senza chiedere l'autorizzazione del giudice, solo che ritenga che ciò possa «consentire

l'acquisizione di elementi fondamentali per l'accertamento del reato» (comma 2, seconda parte). Vale a dire, un presupposto che dovrebbe ritenersi già implicito in quelli previsti in genere per le intercettazioni telefoniche, richiamati dall'incipit dello stesso comma 2. Si aggiunga, che – verosimilmente per un difetto di coordinamento – non è chiaro se operino i meccanismi di convalida da parte del tribunale e la sanzione dell'inutilizzabilità previsti per le intercettazioni urgenti (art. 267 comma 2), limitandosi la norma in questione a precisare che il p.m. dispone tali intercettazioni «secondo le modalità indicate nell'art. 267 comma 3-bis» (comma 2).

Proposta *Consentire le intercettazioni ambientali negli stessi casi in cui sono ammesse le intercettazioni telefoniche. Ammettere le intercettazioni "domiciliari" solo quando specifici elementi inducono a ritenere che soltanto nel domicilio sia possibile captare le informazioni indispensabili per le indagini. Richiedere, in sostanza, una doppia indispensabilità : quella dell'intercettazione, rispetto a tutti gli altri strumenti di indagine, e quella della intercettazione "domiciliare" rispetto a tutte le altre forme di intercettazione. Prevedere, inoltre, rimediando ad una carenza anche dell'attuale disciplina, già segnalata dalla Corte costituzionale (ord.304/2000), «i modi» con cui deve essere effettuata l'intercettazione "domiciliare" (art. 14 , comma 2 ,Cost.).*

Art. 267

La **competenza del tribunale distrettuale** non sembra praticamente percorribile, almeno sino a quando non sarà realizzata una completa informatizzazione del processo penale. *Si potrebbe riservare la competenza di tale organo per la decisione in ordine alla proroga straordinaria delle intercettazione (v. postea).*

Non sembra opportuno prevedere a pena di inammissibilità **l'assenso del Procuratore della Repubblica**, cui sarebbe sufficiente un'immotivata inerzia per pregiudicare un'inchiesta. *Prendere in considerazione l'idea di rendere obbligatorio non già l'assenso, bensì l'interpello del Procuratore, che dovrebbe motivare l'eventuale dissenso. Una simile soluzione responsabilizzerebbe il capo dell'ufficio e disincentiverebbe richieste disinvolute da parte del sostituto precedente. In caso di motivato parere negativo questi potrebbe o desistere o proporre ugualmente al giudice la sua richiesta di intercettazione, con l'obbligo di allegare il parere negativo del Procuratore. Il meccanismo potrebbe essere replicato anche per la richiesta di proroga, che più della richiesta di autorizzazione iniziale registra nella prassi qualche disinvoltura di troppo sia da parte del p.m., che del g.i.p.*

Non appare sensato pretendere che «sulla base di specifici atti di indagine» gli **intercettandi** risultino «a conoscenza dei fatti per i quali si procede» (se, ad es., si fosse a conoscenza che l'estorsore si rivolgerà ad un componente della famiglia o dell'impresa ignaro, non si potrebbe mettere sotto controllo il suo telefono). *Eliminare le lettere b), c) e d) del comma 1.*

E' impropria, e *dovrebbe essere eliminata*, la previsione secondo cui «nella valutazione dei gravi indizi di reato» si deve applicare **l'art.192 commi 3 e 4**, che è norma riguardante la prova della colpevolezza.

La disciplina delle proroghe è assolutamente incongrua: invece di una progressione logico-giuridica che renda via via sempre più impegnativa la prova della necessità di una protrazione delle operazioni, si è seguito un irrazionale criterio di segmentazione dei periodi di proroga, ciascuno dei quali obbedisce a propri criteri di ammissione, spesso del tutto eterogenei rispetto alle finalità probatoria delle intercettazioni. Basti pensare che la **terza proroga "ordinaria"** di quindici giorni può essere richiesta e concessa «quando, sulla base di specifici atti di indagine, emerge l'esigenza di impedire ... che siano commessi *altri* (sic!) reati» (comma 3, ultimo periodo). A parte che la previsione è palesamente incostituzionale per contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost., in quanto presuppone l'indagato colpevole (per un inequivoco precedente, v. Corte cost. 304/2000), l'assurdità di una tale regola risiede nel fatto che prescinde del tutto da una prognosi di proficuità della intercettazione in corso ai fini dell'accertamento del reato per cui si procede. Ne consegue, in modo a dir poco singolare, che questa proroga "ordinaria" (dal sessanta al settantacinquesimo giorno) non potrebbe essere concessa (!), quand'anche dalle indagini emergesse che la prosecuzione dell'intercettazione consentirebbe «l'acquisizione di elementi fondamentali per l'accertamento del reato per cui si procede»; quand'anche, cioè, risultasse integrato il presupposto per concedere (!) la proroga "straordinaria" (dal settantacinquesimo giorno in poi).

Quanto alla **proroga straordinaria**(comma 3-bis), la soluzione di proroghe di tre giorni, reiterabili, pare inammissibilmente dimentica della realtà. La sua irrazionalità emerge in tutta evidenza pensando ad una situazione certo non infrequente: nel corso di una telefonata allo scadere della proroga ordinaria, uno degli interlocutori preannuncia all'intercettato che entro un mese lo richiamerà per fornirgli tutte le informazioni necessarie (che sono fondamentali per l'accertamento del reato). Ebbene, il p.m. dovrebbe replicare sino a dieci richieste di proroga identiche e far pronunciare nello stesso modo per dieci volte il tribunale al fine di "coprire" quell'arco temporale sicuramente decisivo per le indagini.

Tra l'altro, non si precisa se la proroga disposta dal p.m. debba essere convalidata dal tribunale entro i tre giorni a pena di inutilizzabilità dei risultati. Per qualunque soluzione esegetica si propenda, le conseguenze sarebbero comunque inaccettabili. In caso di soluzione affermativa, infatti, il controllo giurisdizionale o si tradurrebbe verosimilmente in un frettoloso visto oppure procurerebbe – per inevitabile tardività nella pronuncia – l'inutilizzabilità dei risultati ottenuti anche a seguito di proroghe legittimamente disposte. In caso di soluzione negativa, la norma si presterebbe a prassi disinvolute, in cui il p.m. potrebbe limitarsi a trasmettere tutte le richieste di "mini-proroghe" alla fine dell'intera operazione intercettativa o il tribunale potrebbe riservarsi di decidere cumulativamente dopo l'ultima richiesta pervenutagli.

Proposta Riconsiderare l'istituto delle proroghe, ammettendole solo quando, anche alla luce dei risultati conseguiti e degli altri elementi di indagine, il p.m. è in grado di dimostrare per quale ragione questi non siano stati soddisfacenti e, soprattutto, per quale ragione si può presumere che lo saranno nel periodo di proroga richiesto. Si potrebbe prevedere, altresì, che per ottenere proroghe "straordinarie" (ad es., dopo tre mesi di ascolto) il p.m. si debba rivolgere al tribunale distrettuale (nell'attuale versione del ddl irrealisticamente competente per ogni provvedimento in materia: v. supra), che è organo "psicologicamente" e fisicamente lontano dall'ufficio dell'accusa. Ciò consentirebbe di conseguire un duplice risultato: anzitutto, una maggiore ponderazione del p.m. nel chiedere e del giudice nel concedere una protrazione eccezionale nell'uso dello strumento, ma anche –presumibilmente - un salutare effetto dissuasivo: la sola prospettiva di un controllo

collegiale, che fatalmente si estenderà all'intera operazione, dovrebbe indurre maggiore cautela e rigore sia nel chiedere, che nell'autorizzare l'intercettazione e le sue prime proroghe.

La disciplina delle **intercettazioni per i delitti di cui all'art. 51 commi 3-bis e 3-quater** meriterebbe di essere riconsiderata per valutare se, nel condivisibile proposito di rendere meno impegnativi i presupposti nelle indagini per quei gravi delitti, non si sia abbassata la soglia persino al di sotto del costituzionalmente consentito. Si pensi, in particolare, alle intercettazioni ambientali "domiciliari", per disporre le quali basterebbero « sufficienti indizi di reato ».

Art. 268

Il comma 7-bis, presumibilmente per un difetto di formulazione normativa, rischia di vanificare gran parte dell'obbiettivo garantistico perseguito dal provvedimento legislativo. Facendo dipendere **il divieto di trascrizione delle conversazioni** dalla circostanza che riguardino «esclusivamente fatti, circostanze e persone estranei alle indagini» (si segnala, incidentalmente, che in omologa proposizione normativa, all'art.114 comma 7, si parla ancora di "estranee"), non si tutelano i soggetti "intranei" al procedimento (indagato, persona offesa, ecc.) rispetto alle notizie processualmente irrilevanti che li riguardano. In realtà, il riferimento alle persone è del tutto improprio, *ed andrebbe soppresso, poiché il solo, vero discrimine deve passare tra le notizie attinenti al processo (che devono essere trascritte e pubblicabili, a chiunque si riferiscano) e quelle non attinenti (che non possono essere trascritte e di cui va vietata la divulgazione, a chiunque si riferiscano).* Se dovesse essere confermata nella sua attuale formulazione, la norma *de qua* sarebbe palesemente incostituzionale con riferimento all'art. 3 Cost.

Artt. 270-271

Proprio in un'ottica di bilanciamento dell'interesse per l'efficacia delle indagini con l'esigenza di garantire la privacy, un ordinamento ben strutturato dovrebbe fare in modo che questa sia pregiudicata soltanto nei casi di stretta necessità e che, una volta pregiudicata, se ne ottimizzino i vantaggi in termini di efficacia nell'accertamento dei reati. Da quest'ultimo punto di vista, suscitano allora perplessità i **limiti all'utilizzazione dei risultati** di intercettazioni legittimamente disposte.

Non convince la **norma che**, peggiorando l'attuale, **esclude l'utilizzabilità "esterna"** (cioè in altri procedimenti) di tali risultati, salvo che non siano indispensabili per l'accertamento di talune tipologie di delitti (art. 270 comma 1). *Si dovrebbe almeno prevedere l'utilizzazione nei procedimenti riguardanti reati per cui è ammessa l'intercettazione.*

Pur condividendone la presumibile *ratio*, non convince neppure la soluzione normativa di comminare la **inutilizzabilità "interna"** dei risultati, **qualora** nel corso del processo «**il fatto risulti diverso** e in relazione ad esso non sussistano i limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266» (art. 271 comma 1-bis). Se si intende con tale disposizione evitare, condivisibilmente, che ci siano iniziali forzature imputative per far rientrare il fatto per cui si procede tra i reati "intercettabili",

non si può, però, far cadere la mannaia dell'inutilizzabilità su una intercettazione legittimamente disposta, solo perché, magari proprio sulla base degli elementi con essa acquisiti (tra l'altro: *quid iuris* in tal caso, visto che sarebbero inutilizzabili?), il fatto inizialmente addebitato abbia subito un ridimensionamento. L'importante è verificare se al momento in cui è stata autorizzata l'intercettazione vi erano gli elementi per prefigurare uno dei reati "intercettabili": ciò che riserva l'ulteriore sviluppo del processo non deve rilevare (ed infatti non diremmo mai che una intercettazione, inizialmente disposta per un fatto che non la consentiva, divenga legittima perché successivamente quel fatto sia stato più gravemente riformulato). *Si dovrebbe allora stabilire l'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione soltanto quando la diversità del fatto fosse già prefigurabile al momento in cui l'intercettazione è stata disposta.*

Art. 114

La nuova disciplina del divieto di pubblicazione degli atti presenta una scelta di fondo che merita di essere riconsiderata: **il divieto assoluto di pubblicazione dei risultati, rilevanti e non più segreti, delle intercettazioni.** Scelta di assai dubbia ragionevolezza e costituzionalità, tenuto conto che incide sul diritto di cronaca senza apprestare – condizione indefettibile della sua legittimità – una proporzionata e coerente tutela di un valore costituzionale antagonista. Che non può essere certo la tutela delle indagini, perché il divieto concerne le intercettazioni non più segrete; e neppure la c.d. verginità cognitiva del giudice del dibattimento, perché le intercettazioni – quale atto irripetibile, sono destinate ad essere inserite nel suo fascicolo. Forse si immagina di poter individuare l'interesse costituzionale confliggente nella riservatezza. Anche ad ammettere che questo sia valore di rango costituzionale e, soprattutto, che possa prevalere sul diritto di informare in ordine a notizie di interesse pubblico, l'opzione legislativa non sembra potersi sottrarre a severe censure. E' difficile spiegare per quale motivo la medesima notizia non possa essere divulgata se acquisita tramite intercettazione, mentre potrebbe esserlo se ottenuta con altro mezzo di indagine. Tanto più irragionevole appare la scelta ove si consideri che proprio le intercettazioni – a differenza di quasi tutti gli altri atti di indagine – sono comunque destinate a divenire pubbliche nel dibattimento; per cui, semmai, si giustificerebbe una soluzione a logica rovesciata: ad essere non divulgabili dovrebbero essere – lo si dice solo per dimostrare l'indifendibilità dell'attuale scelta – gli atti che non debbono essere resi pubblici nel dibattimento. La verità è che il segreto ed il divieto di pubblicazione "a tempo" possono avere senso soltanto con riferimento ad interessi che abbisognano di tutela per un certo periodo (efficacia delle indagini, convincimento del giudice) e non per quelli (riservatezza rispetto a notizie processualmente rilevanti, presunzione di non colpevolezza) che, ove dovessero essere garantiti, comporterebbero l'inammissibile segretezza dell'intero procedimento penale. Non a caso, e giustamente, si prevede che non siano mai pubblicabili in nessuna forma i risultati delle intercettazioni che non sono attinenti al processo: quando non c'è un interesse pubblico di conoscenza, la privacy va protetta in modo assoluto e, appunto, "non a tempo".

Si segnalano, inoltre, alcune vistose incongruenze sistematiche nella riformulazione dell'art.114. Nel comma 2 si ammette la **pubblicazione «per riassunto»** e nel comma 2-ter la **pubblicazione «nel contenuto»**, senza che sia possibile cogliere agevolmente la differenza: eppure tali

disposizioni, costituendo parte di un precetto sostanziale (art. 684 c.p.), sono soggette ad un principio di stretta legalità e sono destinate a tracciare lo spartiacque tra l'illecito e il consentito in una delicatissima materia quale quella della libertà di stampa. Ma quand'anche si riuscisse ad assegnare alle due locuzioni significati univocamente diversi, si farebbe fatica ad intendere la ragione del distinguere.

Nell'ultima parte dell'art. 114 comma 2-ter si fa "anacronisticamente" riferimento a «**parti che riproducono la documentazione e gli atti** di cui al comma 2-bis»; senza tener conto del fatto che queste non potranno essere più presenti nell'ordinanza cautelare a norma del "nuovo" art. 292 comma 2-quater.

Il divieto di pubblicazione previsto dal riformulato comma 7 è inutile: gli atti in esso previsti, infatti, sono segreti (cfr. art. 329-bis) ed in quanto tali ricadrebbero comunque nel divieto di pubblicazione di cui al comma 1 dello stesso art. 114. Piuttosto, l'eliminazione dell'attuale comma 7 («è sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto»), sostanzialmente "trasportato" nella seconda parte del comma 2, sarà foriera di pericolosi sbandamenti interpretativi in ordine alla pubblicabilità (nel contenuto, per riassunto, comunque vietata?) degli atti previsti dai commi 3, 4 e 5, lasciati scoperti dall'eliminazione, appunto, della norma di chiusura.

Proposta Rendere pubblicabili tutti gli atti non più coperti dal segreto, salvo le intercettazioni, che diverrebbero pubblicabili non già con il deposito, ma soltanto dopo che il giudice abbia stabilito quali siano i risultati rilevanti e limitatamente a questi. Una volta che l'ambito del divieto di pubblicazione sia stato così significativamente ristretto, sarebbe più plausibile — e, verosimilmente, meglio accettato — un severo presidio sanzionatorio in caso di sua violazione.

Glauco Giostra