

# Il problema delle intercettazioni e la crisi della giustizia

ANIELLO NAPPI, ENRICO MARZADURI

---

1. A vent'anni dall'entrata in vigore del codice di procedura penale, se ne discute un'ennesima riforma.

In questo stesso anno in cui sono stati già sei gli interventi del legislatore, tre nuovi disegni di legge governativi sono all'esame del Parlamento: sulle intercettazioni, sulla durata ragionevole del processo, su numerose altre norme del codice.

Eppure sono ben settantanove i provvedimenti legislativi che hanno ripetutamente modificato moltissimi articoli del codice del 1989: dal primo decreto legislativo 30 ottobre 1989, n. 351, adottato a una settimana dall'entrata in vigore del codice, alla più recente, e certamente non ultima, legge 3 agosto 2009, n. 116. Ma la crisi del nostro sistema giudiziario non si arresta, anzi s'aggrava. E rimane inspiegabile come nel nostro Paese il sovraffollamento del sistema carcerario possa giustificare un indulto, mentre la minaccia della pena risulta ormai così velleitaria da incentivare l'importazione del crimine.

Non v'è alcun dubbio che lo stato della giustizia sarebbe oggi ben migliore, se il nostro legislatore fosse stato meno freneticamente attivo. Ma non è irragionevole ipotizzare che un contributo alla crisi venga anche dalla giurisprudenza.

Infatti la cultura giuridica italiana sembra avere scoperto in ritardo la funzione almeno in parte creativa dell'interpretazione. Stenta così a comprendere, soprattutto in ambito giudiziario, che la sola alternativa all'arbitrio pressoché incontrollabile del giudice è in uno sforzo di coerenza sistematica della giurisprudenza.

Scorrendo talune sentenze, anche delle Sezioni unite della Corte di cassazione, si ha talvolta un'impressione di strumentalità delle giustifi-

cazioni esibite a sostegno di risultati operativi immediati, evidentemente individuati come perseguibili perché considerati intuitivamente più equi.

Manca però un disegno coerente, neppure ci si propone la sfida di un progetto giurisprudenziale unitario. E quindi l'argomento che è utile oggi viene rinnegato domani.

Il caso delle intercettazioni, che tante polemiche sta suscitando per il disegno di legge all'esame del Parlamento, è emblematico di questa vera e propria deriva giurisprudenziale. E lo è in una triplice prospettiva: dell'ammissione, dell'esecuzione e dell'utilizzazione delle intercettazioni.

2. Com'è noto, per poter disporre un'intercettazione di conversazioni o comunicazioni, il giudice deve accertare che sussistano gravi indizi di alcuno dei reati per i quali essa è ammessa; e che l'intercettazione sia assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini.

Benché si riconosca che non sono necessari indizi di colpevolezza a carico di una determinata persona, e tanto meno della persona sottoposta a intercettazione, dottrina e giurisprudenza tendono egualmente a interpretare in chiave probatoria questi presupposti.

Ma è improprio definire come probatorio il presupposto dei "gravi indizi di reato", che altrimenti risulterebbe almeno tendenzialmente in contraddizione con quello della indispensabilità, posto che, quanto più gravi fossero gli indizi, tanto meno indispensabile sarebbe l'intercettazione. Del resto, e più in generale, sarebbe comunque illogico che la possibilità di ricercare una prova dipendesse dalla già intervenuta acquisizione di quello stesso risultato probatorio da altra fonte. E infatti il disegno di legge in discussione prevede che nei procedimenti contro ignoti, nei quali per definizione non possono aversi indizi di colpevolezza, le intercettazioni potrebbero essere disposte solo su richiesta della persona offesa e limitatamente alle utenze di cui abbia la disponibilità: norma evidentemente inapplicabile a delitti che pure in astratto ammettono l'intercettazione, come il peculato o le più gravi fattispecie di corruzione.

È palesemente assurda quindi la proposta di sostituire il presupposto dei gravi indizi di reato con quello degli indizi di colpevolezza, di cui oggi si discute, indipendentemente dalla qualificazione di questi indizi come "gravi", secondo la formulazione originaria del disegno di legge, ovvero "evidenti", secondo il testo approvato dalla Camera dei deputati l'11 giugno 2009.

In realtà l'esistenza al momento dell'autorizzazione delle intercettazioni sia dei "gravi indizi di reato", ove intesi come fondamento probatorio dell'accusa, sia degli "evidenti indizi di colpevolezza" non potrebbe certo essere oggetto di contestazioni ex post. Se l'intercettazione è stata proficua, permettendo di dimostrare la colpevolezza di taluno, è ben difficile sostenere che fosse inammissibile per mancanza del suo presunto presupposto probatorio.

Non risulta del resto che una tale questione sia stata mai prospettata. Le sole questioni che si sono affrontate attengono all'ammissibilità di una motivazione per relationem del decreto di autorizzazione.

Sarebbe invece ben possibile discutere anche ex post l'ammissibilità di un'intercettazione disposta alla ricerca del reato, come sempre più frequentemente avviene, piuttosto che alla ricerca della sua prova.

Se si vuole davvero escludere un ricorso indiscriminato a uno strumento tanto insidioso di ricerca della prova, occorre certamente esigere un vaglio di particolare serietà delle esigenze investigative, ma non una valutazione circa il fondamento dell'accusa, che potrebbe anche non essere stata ancora formulata.

Sarebbe invece possibile e necessario esigere il riferimento a uno specifico fatto costituente uno o più reati, in modo da circoscrivere l'ambito dell'interferenza nelle comunicazioni private altrui. Infatti solo la specificità del fatto, per il quale è richiesta, potrebbe permettere un'effettiva valutazione di indispensabilità dell'intercettazione.

Quanto più generico è il riferimento ai fatti che si intende provare, tanto più difficile è escludere l'indispensabilità di un'intercettazione, che può essere disposta anche a carico di persona nemmeno sospettata.

Ne risulta allora evidente come la principale funzione di garanzia della motivazione del decreto autorizzativo stia nell'individuazione della specifica vicenda criminosa cui l'autorizzazione si riferisce, in modo da prevenire appunto il rischio di autorizzazioni in bianco, riferibili a qualsiasi vicenda criminosa che ex post ne risultasse disvelata.

Per "gravi indizi di reato" bisognerebbe dunque intendere specificità e determinatezza della vicenda criminale in relazione alla quale è richiesta l'autorizzazione a intercettare.

Ma purtroppo la retorica di un garantismo astratto e conformista, che pure censura il frequente impiego delle intercettazioni come mezzo di ricerca della *notitia criminis*, si oppone nondimeno a questa ragionevole interpretazione dell'art. 267 c.p.p., contribuendo così a privare di ogni

effettiva funzione il controllo giurisdizionale sulle richieste del pubblico ministero.

Vengono perciò ammesse intercettazioni con riferimento a evanescenti ipotesi di reati associativi. E anche quando l'evento del reato è ben individuato, come ad esempio un omicidio, può accadere che non risulti proposta la descrizione di un contesto criminale idoneo a giustificare quella determinata richiesta di intercettazione.

Il disegno di legge licenziato dalla Camera dei deputati propone ora di distinguere tra reati per i quali le intercettazioni possono essere disposte solo in base a evidenti indizi di colpevolezza, e reati (quelli di cui agli art. 51 come 3 bis e comma 3 quater c.p.p.) per i quali le intercettazioni possono essere disposte anche in base a sufficienti indizi di reato.

Questa impostazione però ostacolerebbe certamente l'acquisizione della prova di reati anche gravissimi, come l'omicidio, perché, ove si trattasse di un delitto non commesso in un contesto di criminalità organizzata, ad esempio di un delitto passionale, impedirebbe di sottoporre a intercettazione persone non indiziate, mancando il presupposto dei gravi indizi di colpevolezza. E tuttavia questa stessa impostazione non impedirebbe affatto di utilizzare le intercettazioni come strumento di ricerca della notizia di reato, piuttosto che di ricerca della prova.

Infatti le informazioni acquisite con le intercettazioni legittimamente disposte in base a sufficienti indizi di reato, anche quando non fossero utilizzabili come prova secondo il nuovo testo dell'art. 270 c.p.p., potrebbero nondimeno valere appunto come notizia di qualsiasi reato, pure diverso da quelli elencati nei commi 3 bis e 3 quater dell'art. 51.

È da tempo indiscusso in giurisprudenza che «i limiti imposti dall'art. 270 c.p.p., circa l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte, riguardano l'utilizzabilità come elementi di prova, ma non precludono la possibilità di dedurre, dalle intercettazioni disposte in altro procedimento, notizie di nuovi reati quale punto di partenza per le relative indagini ed acquisizioni probatorie» (Cass., sez. I, 12 novembre 1997, *Cuomo*; Cass., sez. IV, 3 ottobre 2006, *Abate*).

La conclusione è che un'interpretazione scorretta delle norme vigenti rischia di indurre il Parlamento ad approvare nuove norme che creerebbero danni notevoli, senza peraltro impedire le prassi anomale che ne hanno provocato l'intervento.

3. Incoerenze giurisprudenziali ancora più gravi si riscontrano a proposito delle modalità di esecuzione delle intercettazioni.

Nel testo vigente, l'art. 268 comma 3 c.p.p. stabilisce che qualsiasi intercettazione può essere eseguita esclusivamente per mezzo degli impianti installati nelle procure della Repubblica; solo «quando tali impianti risultano insufficienti o inadeguati ed esistono eccezionali ragioni di urgenza, il pubblico ministero può disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria».

La norma è evidentemente finalizzata a evitare che le intercettazioni siano eseguite al di fuori del controllo dell'autorità giudiziaria (C. cost., 17 luglio 2001, n. 259). Eppure la sua interpretazione ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali, che hanno determinato ben quattro interventi delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

I problemi interpretativi furono in realtà enfatizzati dalla prima decisione delle Sezioni unite (Cass., sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro), che, non distinguendo tra questioni tecniche e questioni giuridiche, affermarono che la garanzia dell'art. 268 comma 3 c.p.p. riguarda sia le intercettazioni telefoniche sia quelle ambientali. Ma senza considerare adeguatamente che oggi le intercettazioni ambientali avvengono mediante microspie cellulari collegate alla rete telefonica. Sicché è evidente che, quando l'intercettazione ambientale avviene tramite rete telefonica, occorre impiegare gli impianti fissi delle procure della Repubblica. Tuttavia altrettanto evidente è che, se per qualsiasi ragione l'intercettazione ambientale non può essere eseguita mediante una microspia cellulare, gli impianti fissi delle procure della Repubblica sono comunque fuori gioco.

A questa decisione ne seguirono altre tre.

La prima affermò che «la motivazione relativa alla insufficienza o alla inadeguatezza degli impianti della procura della Repubblica non può limitarsi a dare atto dell'esistenza di tale situazione, ma deve anche specificare la ragione della insufficienza o della inadeguatezza, sia pure mediante una indicazione sintetica, purché questa non si traduca nella mera riproduzione del testo di legge, ma dia conto del fatto storico, ricadente nell'ambito dei poteri di cognizione del P.M., che ha dato causa ad essa» (Cass., sez. un., 26 novembre 2003, Gatto). La seconda esclude che l'uso di impianti esterni alla procura della Repubblica possa essere giustificato dal P.M. a posteriori, quando le intercettazioni siano state già eseguite

(Cass., sez. un., 29 novembre 2005, Campenni). La terza ha concluso che «alla carenza o insufficienza della motivazione del decreto del pubblico ministero che dispone l'utilizzazione di impianti diversi da quelli in dotazione all'ufficio di Procura, non può porre rimedio il giudice, nel giudizio di merito o di legittimità, con l'individuazione, in tali sedi, delle effettive ragioni dell'insufficienza o inidoneità sulla base di atti del processo diversi dal decreto del pubblico ministero e da quelli che lo integrano "per relationem"» (Cass., sez. un., 12 luglio 2007, Agunecche).

Si è così pervenuti alla paradossale conclusione che non interessa stabilire se effettivamente fosse impossibile utilizzare per l'intercettazione gli impianti installati presso la procura della Repubblica, ma interessa solo stabilire se il pubblico ministero rappresentò bene tale impossibilità. Ed è evidente come tutto ciò non abbia nulla a che vedere con la garanzia imposta dall'art. 268 comma 3 c.p.p.; come è evidente che del tutto ingiustificato è il conseguente annullamento di interi processi.

Ma questa conclusione paradossale risulta ancor più inspiegabile, se si consideri che, secondo la giurisprudenza di legittimità in tema di intercettazioni ambientali, «la collocazione di microspie all'interno di un luogo di privata dimora, costituendo una delle modalità attuative di tale mezzo di ricerca della prova, deve ritenersi ammessa senza la necessità di una specifica autorizzazione, in quanto implicita nel provvedimento che ha disposto l'intercettazione» (Cass., sez. I, 9 dicembre 2003, Rigato).

Sicché il provvedimento che autorizzi un'intercettazione ambientale può tacere del tutto sulle modalità di collocazione della microspia e la polizia delegata è implicitamente autorizzata a violare il domicilio con le modalità che ritenga più appropriate (a esempio con chiavi false), senza alcun controllo al riguardo da parte dell'autorità giudiziaria (Cass., sez. IV, 28 settembre 2005, Cornetto); mentre è invalida l'intercettazione se il pubblico ministero, che autorizzi per l'ascolto l'uso di impianti esterni alla procura della Repubblica, non spieghi bene le ragioni di tale autorizzazione, anche quando sia in effetti del tutto giustificata.

Ora il disegno di legge in discussione in Parlamento si limita a prendere atto dell'incapacità della giurisprudenza di rendere effettivo il controllo sulle decisioni del pubblico ministero. Prevede infatti che il pubblico ministero possa autorizzare ad libitum, senza alcuna giustificazione espressa, l'impiego di impianti esterni per l'ascolto. Ma rende inderogabile la registrazione presso impianti istituiti in ogni distretto

di corte d'appello. Sicché, ove gli impianti distrettuali di registrazione fossero insufficienti, non si potrebbero disporre intercettazioni.

Quanto alle intercettazioni ambientali, nulla dice di esplicito il disegno di legge sulle modalità per la loro esecuzione. Prevede tuttavia che le intercettazioni ambientali disposte per i reati di cui all'art. 51 comma 3 bis e 3 quater c.p.p. possano essere eseguite anche in luoghi in cui non si abbia motivo di ritenere che sia in corso l'attività criminosa.

Sicché ne risulterebbe non solo avallata la giurisprudenza citata, ma se ne aggraverebbe addirittura la portata invasiva.

Purché un pubblico ministero ipotizzi un generico delitto associativo di natura mafiosa, le forze di polizia potrebbero occultamente introdursi nell'abitazione anche di persone non indiziate, per installarvi microspie, senza alcun controllo dell'autorità giudiziaria sulle modalità delle operazioni.

Ancora una volta le inadeguatezze della giurisprudenza favoriscono interventi normativi che aggravano la situazione.

4. Come si è chiarito anche in dottrina, quello sull'ammissibilità delle intercettazioni è un giudizio inteso a verificare soprattutto l'effettiva e specifica esigenza di un'interferenza nella libertà di comunicazione dei cittadini. Il vero giudizio di ammissione della prova è quello previsto per la selezione dei risultati delle intercettazioni.

Il procedimento di ammissione della prova si apre, in realtà, solo quando le operazioni di intercettazione si sono esaurite.

I verbali redatti e le registrazioni eseguite nel corso delle intercettazioni, immediatamente trasmessi al pubblico ministero, vanno depositati in segreteria, insieme ai provvedimenti (di autorizzazione ed eventualmente di proroga) concernenti l'intercettazione, entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, salvo che il giudice autorizzi il ritardo del deposito non oltre la chiusura delle indagini preliminari, quando potrebbe derivarne grave pregiudizio per le investigazioni (art. 268 commi 4 e 5 c.p.p.).

Ai difensori delle parti è dato poi avviso che, entro un termine fissato dal pubblico ministero ed eventualmente prorogato dal giudice, hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (268 commi 6 e 8 c.p.p.).

Scaduto tale termine, il giudice dovrebbe provvedere a separare in tre parti i verbali e le registrazioni provenienti dall'intercettazione.

Dovrebbe disporre, infatti, l'acquisizione come prova di tutte le conversazioni indicate dalle parti, salvo che appaiano manifestamente irrilevanti; e anche d'ufficio, ma nel contraddittorio delle parti, dovrebbe disporre lo stralcio e poi la distruzione delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione; mentre le registrazioni e i verbali che non siano stati neppure acquisiti come prova, dovrebbero di regola essere conservati fino alla pronuncia di sentenza non più soggetta a impugnazione, quando non ne sia disposta la distruzione su richiesta degli interessati. Solo le registrazioni acquisite d'ufficio o su richiesta delle parti dovrebbero essere trascritte e inserite nel fascicolo per il dibattimento.

Senonché nella prassi le garanzie di questo procedimento vengono quasi sempre eluse.

Il pubblico ministero richiede e il giudice dispone, con il consenso almeno implicito dei difensori, l'acquisizione e la trascrizione di tutte le registrazioni, senza alcun preventivo vaglio di rilevanza. E le trascrizioni vengono inserite tutte nel fascicolo per il dibattimento.

Divengono così conoscibili agevolmente anche quelle conversazioni non rilevanti, che si leggono poi sui giornali.

Il giudice dovrebbe invece dichiarare inammissibile la richiesta del pubblico ministero di acquisire indiscriminatamente tutte le registrazioni. Solo richieste specifiche e giustificate per ciascuna conversazione dovrebbero essere ammesse. E la selezione preventiva da parte del pubblico ministero costringerebbe anche i difensori a un attento esame delle registrazioni, per formulare le loro richieste, restringendo notevolmente l'ambito delle registrazioni da trascrivere, con una significativa riduzione anche dei costi del procedimento.

L'acquisizione e la trascrizione indiscriminata di tutte le registrazioni allevia certamente il lavoro dei magistrati e dei difensori. Ma introduce nel processo un'incontrollabile massa di informazioni, alla quale ciascuno può attingere ciò che più interessa, indipendentemente dalla sua rilevanza ai fini del processo.

Sicché la sistematica disapplicazione delle norme sul procedimento di selezione delle conversazioni rilevanti rende possibile la diffusione anche di conversazioni penalmente irrilevanti.

Nel disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati il procedimento di selezione delle registrazioni rilevanti viene disciplinato più rigorosamente, con l'opportuna previsione del rito camerale.

Anche questa più rigorosa disciplina risulterà tuttavia vanificata, se i

tribunali non dichiareranno inammissibili le richieste indiscriminate di acquisizione di tutte le registrazioni, senza alcuna selezione effettiva.

Sicché la responsabilità ritornerà alla giurisprudenza, come è inevitabile che sia.

5. Ed è proprio questo il punto. Un legislatore velleitario interviene incessantemente, con la pretesa di predeterminare in astratto il contenuto delle decisioni giudiziarie e di correggere la giurisprudenza, con una sorta di supponenza alla rovescia, della politica rispetto alla giurisdizione.

La giurisprudenza, anche per questo continuo mutare del dato normativo, non è capace di produrre orientamenti affidabili e troppo spesso si rifugia in atteggiamenti burocratici, inconsapevole della sua responsabilità quale fonte del diritto.

I giuristi discutono prevalentemente delle nuove riforme proposte in Parlamento e raramente si impegnano sul piano dell'interpretazione, adagiandosi nel ruolo di consulenti a disposizione del legislatore.

La conseguenza è che in questo Paese vi sono troppe leggi ma poco diritto. E dove non c'è diritto non c'è giustizia.

ANIELLO NAPPI

*Consigliere della Corte di cassazione*

\* \* \*

## 1. Considerazioni generali sulla disciplina attualmente in vigore

Poco più di un anno fa, nell'ambito di una riflessione condotta sugli spazi applicativi delle intercettazioni telefoniche, ebbi modo di osservare come l'attenzione che in quei momenti era stata giustamente rivolta alle problematiche provocate dai rapporti tra tutela della riservatezza e diritto di cronaca non doveva farci perdere di vista l'esigenza di analoga cura nell'individuazione di un condivisibile bilanciamento tra garanzie individuali ed interessi pubblici sul piano della ricognizione delle fattispecie penali e delle situazioni probatorie che consentivano all'autorità giudiziaria di intervenire ai sensi degli artt. 266 e 267 c.p.p.. E la necessità di una considerazione critica che coinvolgesse *ab imis* questi aspetti della disciplina codicistica risultava in qualche modo accentuata dagli

esiti della produzione giurisprudenziale, dalla quale si ricavavano sovente letture insoddisfacenti dei disposti normativi, senza che comunque trasparisse la consapevolezza dell'incidenza delle soluzioni interpretative suggerite sugli equilibri complessivi dell'istituto. Né le indicazioni fornite dai progetti di riforma all'epoca in gestazione permettevano di evidenziare particolari preoccupazioni per la regolamentazione degli elementi che dovevano fungere da parametri per la valutazione del giudice destinata a sfociare nel decreto autorizzativo, giustificandosi l'intervento novellistico approvato dalla Camera dei deputati il 17 aprile 2007 prevalentemente nella rammentata prospettiva di una delimitazione della diffusione delle notizie intercettate, sia all'interno che all'esterno del procedimento penale (cfr., volendo, MARZADURI, *Spunti per una riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4834 s.).

Come emergeva anche dalle considerazioni espresse da chi aveva consapevolezza quotidiana della gestione dello strumento investigativo, a dispetto di un quadro legislativo in larghissima misura condivisibile, la prassi applicativa mostrava "evidenti carenze", se voci autorevoli erano costrette a 'confessare' che "spesso le autorizzazioni vengono rilasciate senza verificare l'assenza di opzioni investigative diverse e la ricorrenza di (gravi) indizi specificamente riguardanti il reato prospettato dal richiedente" (LEO, *Intervento*, in AA.VV., *Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 1217). Ed il riconoscimento di una distanza così netta e preoccupante tra prescrizione astratta ed attuazione giudiziaria, in effetti, poteva anche sollecitare un'indagine volta a verificare se la soglia d'ingresso delle istanze della collettività non fosse stata collocata in una posizione non del tutto adeguata per eccesso di tutela delle ragioni dell'individuo.

Questa verifica, peraltro, consentiva di 'convalidare' buona parte delle scelte recepite nel codice di procedura penale. Quanto alla predisposizione di un elenco di fattispecie penali per il cui accertamento si consente il ricorso al mezzo di ricerca della prova, si era innanzitutto riconosciuta la legittimità dell'operazione normativa che aveva portato il legislatore ad imporre limiti *ratione materiae* alle intercettazioni, trattandosi di "uno strumento estremamente penetrante (...) in grado di invadere anche la *privacy* di soggetti terzi, del tutto estranei ai reati per cui si procede" (Corte cost., sent. n. 366 del 1991). Tuttavia non si poteva non riconoscere la sostanziale impossibilità di tracciare un confine netto per stabilire

la correttezza di esclusioni ed inclusioni nel catalogo dei reati di cui all'art. 266 c.p.p.: del resto, la giurisprudenza costituzionale ci permette di predicare l'irragionevolezza della previsione solo quando questa non risulta riconducibile ad alcuna esigenza protetta in via primaria o vi sia un'evidente sproporzione tra i mezzi approntati ed il fine asseritamente perseguito. E da questo punto di vista, appariva quindi rispettosa delle indicazioni provenienti dal testo fondamentale l'attuale disciplina degli spazi operativi delle intercettazioni, che valorizza accanto al criterio della pena edittale, quello della particolare utilità di tale strumento per l'accertamento probatorio di determinate fattispecie penali.

Anche la previsione in forza della quale il ricorso alle intercettazioni deve essere subordinato alla verifica della sussistenza di gravi indizi di reato risponde ad un'esigenza avvertita a livello costituzionale. Invero, va escluso che il requisito dell'inviolabilità della libertà coinvolta possa permettere operazioni di bilanciamento che vedano contrapposto l'interesse pubblico al perseguimento di un fatto di reato semplicemente enunciato in una *notitia criminis* in quanto una restrizione del diritto individuale postula l'accertata inderogabilità del soddisfacimento delle ragioni processuali e la verifica della sua stretta necessità alla tutela di tali ragioni (v. ancora Corte cost., sent. n. 361 del 1991): considerazioni del genere sembrano poter essere sviluppate solo con riguardo ad un'accusa sufficientemente coltivata e comprovata a seguito dell'approfondimento investigativo. E se il livello di assestamento della piattaforma probatoria nell'art. 267 c.p.p. non implica un giudizio complessivo sulla colpevolezza, ciò trova intuitive motivazioni nelle finalità di individuazione del soggetto da indagare che con indubbia frequenza spingono al ricorso alle intercettazioni. D'altro canto, è necessario chiarire che nei casi in cui si determina un sacrificio della libertà di comunicazione, non si realizza una vicenda del tutto assimilabile a quella conseguente alla limitazione della libertà personale, dove l'identità della natura degli effetti provocati dalla misura coercitiva rispetto a quelli dell'eventuale futura esecuzione della pena detentiva impone un livello particolarmente affidabile della prognosi di condanna operata sulla base del materiale probatorio acquisito (cfr., in questa prospettiva, con particolare chiarezza, Cass., Sez. I, 4 maggio 2005, Lo Cricchio, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1490).

In giurisprudenza, peraltro, non erano mancate pronunce che, pur partendo dalla corretta premessa per cui ai gravi indizi di reato non può essere attribuito "un connotato di tipo 'probatorio' in chiave di prognosi,

neppure indiziaria, di colpevolezza", arrivavano poi a ridurre il significato garantistico della previsione che, per l'appunto, si limiterebbe a prescrivere "soltanto un controllo penetrante circa l'esistenza delle esigenze investigative e la finalizzazione delle intercettazioni al relativo soddisfacimento, senza, quindi, alcun riferimento alla delibazione, nel merito, di una ipotesi accusatoria, che può ancora non avere trovato una sua consistenza" (cfr., ad es., Cass., Sez. I, 1° marzo 2005, Gatto, in *Guida al diritto*, 2005, n. 17, p. 82). E questa impostazione è stata altresì ripresa e sviluppata a livello dottrinale, quando si è segnalato che la formula della gravità indiziaria indica solo "specificità e determinatezza della vicenda criminale in relazione alla quale è richiesta l'autorizzazione a intercettare" (Così NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Milano, 2007, p. 321; ID., *Sull'abuso delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 471).

Per contro, l'espressione che ricorre nell'art. 267 c.p.p. sembra differenziarsi da quella di cui all'art. 273 c.p.p. solo per quanto concerne la non necessità dell'individuazione della persona cui viene attribuito il fatto di reato, dovendosi per tutto il resto rispettare quel canone, indubbiamente impegnativo, che il codice individua quando allude alla presenza di gravi indizi di reato, cioè, di elementi che rendono altamente attendibile la prognosi sull'avvenuta consumazione di una vicenda penalmente qualificabile tra quelle per le quali è consentito il ricorso alle intercettazioni. Al contempo, tuttavia, si deve riconoscere che un profilo di illogicità pare per certi aspetti interessare la previsione di una condizione così rigorosa per il ricorso al mezzo di ricerca della prova, così rigorosa da far asserire che allora "la possibilità di ricercare una prova" finirebbe col dipendere "dalla già intervenuta acquisizione di quella stessa prova da altra fonte" (ancora NAPPI, *Guida*, cit., p. 320). In effetti, l'esigenza di un congruo bilanciamento tra le ragioni dell'individuo e quelle connesse all'efficace accertamento dei reati non sembra richiedere la presenza di presupposti probatori così consolidati: ciò che conta è che l'attività investigativa, come si è accennato, abbia raggiunto un livello di concretezza tale da permettere di non sacrificare irragionevolmente l'altrui diritto alla riservatezza. Ed in questa valutazione assume significato anche il peso che riveste l'intercettazione sul piano dell'indispensabilità ed infungibilità dei contributi probatori che può assicurare.

Sotto questo profilo, nell'art. 267 comma 1 c.p.p. si allude ad un'assoluta indispensabilità delle intercettazioni per la prosecuzione delle indagini. Invero, non è stata riprodotta nel testo finale del codice la solu-

zione adottata nel progetto preliminare, secondo cui era necessario che “le prove non” potessero “essere altrimenti acquisite”. Ma pare corretto osservare che un’intercettazione non potrà dirsi assolutamente indispensabile per la prosecuzione delle indagini, “quando vi siano risorse investigative altrettanto promettenti” (CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 77).

Si tratta, come è evidente, di una valutazione complessa e delicata, che sembra altresì postulare uno sviluppo investigativo adeguato perché il pubblico ministero, prima, ed il giudice, poi, possano verificare seriamente la sussistenza del presupposto. Del resto, l’eventualità di un’intercettazione disposta ai fini dell’avvio dell’indagine parrebbe già preclusa dalla previsione che impone la previa individuazione dei ‘gravi indizi di reato’.

Ma anche nei confronti di questo importante parametro, che conferma la logica di *extrema ratio* nella quale si inserisce il ricorso al mezzo di ricerca della prova, la giurisprudenza rivela una scarsa attenzione, tanto che a livello di operatori giudiziari si è dovuto ammettere che “l’indispensabilità è requisito la cui valutazione è talmente elastica da aver perso una qualsiasi incidenza” (PROFITTI, *Intervento*, in AA.VV., *Quale riforma*, cit., p. 1216). Mentre proprio attraverso una opportuna valorizzazione di questo specifico presupposto applicativo, poteva arriversi a risolvere il problema della delimitazione dei soggetti passivi dell’intercettazione, perché nella motivazione sull’indispensabilità appariva doveroso per il giudice “prendere in considerazione il rapporto tra il titolare dell’utenza intercettata ed i contenuti dell’attività investigativa, per giustificare il coinvolgimento di chi non è raggiunto da indizi di colpevolezza” (ci si permette di rinviare ancora a MARZADURI, *Spunti*, cit., p. 4842).

Il quadro appena tracciato si completa a livello di individuazione delle modalità con le quali l’autorità giurisdizionale motiva sulla richiesta del pubblico ministero di emissione del decreto autorizzativo, richiesta che, peraltro, ben potrebbe non risultare effettivamente verificabile, dal momento che l’organo d’accusa non è tenuto a trasmettere tutte le acquisizioni probatorie ed a far conoscere il grado di avanzamento delle indagini: può diventare, quindi, un controllo meramente di ‘facciata’ quello svolto da un giudice che, nella sostanza, può trovarsi solo costretto a prendere atto di una necessità rappresentatagli.

Comunque, anche in questo settore “il quotidiano investigativo tende ad allontanarsi dal modello normativo grazie a discutibili condiscen-

denze giurisprudenziali” che fanno spesso scendere la garanzia della motivazione “ad adempimento formale pigramente ricalcato sulle movenze della richiesta del pubblico ministero, quasi sempre remissivo rispetto alle sollecitazioni della polizia giudiziaria”. E quando “il giudice abdica a un tale compito e assume un atteggiamento di notarile presa d’atto (...), è inevitabile (...) che l’affanno investigativo spinga l’inquirente non già verso gli strumenti meno lesivi della dignità umana e meno costosi per la collettività, ma verso quelli a più alta resa in termini di ‘ergonomia investigativa’” (GIOSTRA, *Intercettazioni: un sacrosanto richiamo alla legalità e sciagurati propositi di riforma*, in *Questione Giustizia*, 2009, n. 3, p. 209).

## 2. Il recupero della legalità in una recente decisione della Corte di cassazione

Insomma, da questa pur rapida rassegna, pare lecito concludere che, in larga misura, “all’origine del problema” delle distorsioni nell’ammissione delle intercettazioni, “non” si ponga “la vigente disciplina normativa, ma la sua scorretta applicazione” (NAPPI, *Sull’abuso*, cit., p. 470).

Una conferma di questa lettura discende proprio dalle occasioni giurisprudenziali in cui la legge trova una piena attuazione, così da fornire all’interprete l’occasione per ‘toccare con mano’ quanto dovrebbe invece avvenire nella totalità delle fattispecie procedurali. Così è già stata opportunamente segnalata l’importante decisione — Cass., VI sez., 12 febbraio 2009, Lombardi Stonati, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3341 ss. — in cui “forse per la prima volta la Corte di cassazione si è spinta ad individuare in termini” ben “definiti il rapporto esistente tra (...) l’elemento dei ‘gravi indizi di reato’ e la circostanza che l’intercettazione risulti ‘assolutamente indispensabile’ ai fini della prosecuzione delle indagini” (GREVI, *Sul necessario collegamento tra ‘utenze telefoniche’ e ‘indagini in corso’ nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, *ivi*, 2009, p. 3345; sulla pronuncia, v. anche GIOSTRA, *Intercettazioni*, cit., p. 207 ss.). In particolare, la Corte, lungi dal svalutare, come spesso è accaduto, il peso che assume il requisito dell’indispensabilità, ha voluto sottolineare come proprio l’esigenza di un’effettiva motivazione su tale aspetto non possa non imporre che si dia “conto delle ragioni che impongono l’intercettazione di una determinata utenza telefonica che fa capo ad una specifica persona”, e, quindi, del “collegamento tra l’indagine in corso e l’intercettando”. Non

solo. In una prospettiva che pare prendere condivisibile distanza da pigre prassi motivazionali, i giudici di legittimità chiariscono come la garanzia dell'inviolabilità della libertà consacrata nell'art. 15 Cost. verrebbe svilita e vanificata da una motivazione che si esaurisse nel semplice rinvio agli atti ed alla valutazione della polizia giudiziaria: la possibilità di ricorrere alla motivazione *per relationem* è necessariamente subordinata all'indicazione dettagliata del percorso logico seguito dal giudice che deve fondarsi su elementi noti alle parti e quindi suscettibili di essere sottoposti a verifica in sede di controllo sulla stessa motivazione (GREVI, *Sul necessario collegamento*, cit., p. 3353).

Di pronunce come questa "si avvertiva, purtroppo, il bisogno: per riaffermare la legalità; per smascherare la pretestuosità di alcune recenti pulsioni di riforma" (GIOSTRA, *Intercettazioni*, cit., p. 208).

### 3. Il progetto di riforma attualmente all'esame del Parlamento

La strada della riforma delle intercettazioni parte già nella XII legislatura ed arriva ai giorni nostri (sul punto, v. DI BITONTO, *Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 8 ss.) con il disegno di legge n. 1415 presentato dal guardasigilli Alfano alla Camera il 30 giugno 2008, dove viene approvato l'11 giugno 2009 e quindi trasmesso in pari data al Senato con il n. 1611. Ma il percorso parlamentare doveva fermarsi a seguito dell'intervento del Presidente della Repubblica che il 3 luglio 2009 convoca il Ministro della Giustizia per comunicargli che, così com'è, la legge non potrà ricevere l'avallo del Colle. Ed alcune delle censure mosse nell'occasione dal Presidente Napolitano riguardano per l'appunto il tema dei presupposti applicativi.

La prospettiva di un'approvazione in tempi rapidi al Senato sfuma, ma soprattutto è ragionevole ritenere che il testo sarà oggetto di attenta revisione, auspicabilmente nella direzione del recupero di una logicità della manovra normativa che, obiettivamente, si fatica a rintracciare nel testo attualmente in discussione.

In effetti, una prima considerazione critica è sollecitata dall'individuazione di un regime unitario nei novellati artt. 266 e 267 c.p.p. per "l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche, di altre forme di telecomunicazione, di immagini mediante riprese visive e l'acquisizione della documentazione del traffico delle conversazioni o

comunicazioni", un regime unitario che non riflette la significativa diversità tra questi strumenti investigativi sul piano della lesione delle libertà individuali e che, pertanto, si rivela manifestamente irragionevole. In particolare, il riferimento alle intercettazioni di immagini mediante riprese visive potrebbe giustificarsi solo nei casi in cui queste sono destinate ad intercettare conversazioni o comunicazioni. Inoltre, appare comunque incomprensibile l'indifferenza per i diversi luoghi nei quali la ripresa può essere effettuata: luoghi di privata dimora, aperti al pubblico, pubblici. Quanto all'acquisizione dei c.d. tabulati, si deve dare atto che le progettate limitazioni "non incidono solo sulla possibilità dello Stato di esercitare la propria pretesa punitiva, ma anche sulla possibilità del cittadino indagato o imputato di esercitare il proprio diritto di difesa" (*Parere sul d.d.l. n. 1415 del Consiglio Superiore della Magistratura, adottato nella seduta del 17 febbraio 2009*). Né si può fare a meno di accennare al regime delle intercettazioni ambientali, che potranno essere disposte solo se si riscontra il "fondato motivo di ritenere che nei luoghi ove è disposta si stia svolgendo l'attività criminosa": si generalizza, quindi, un presupposto oggi riferito alle sole 'ambientali' domiciliari ma già con esiti "di imbarazzante irragionevolezza" (GIOSTRA, *Intercettazioni*, cit., p. 212).

Ma gli effetti provocati sul sistema da queste innovazioni devono essere misurati solo dopo aver preso in considerazione anche la modifica che dovrebbe interessare il riferimento probatorio necessario per procedere alle operazioni captative: non più i 'gravi indizi di reato', bensì gli 'evidenti elementi di colpevolezza'.

Invero, per reagire a quello che è stato ritenuto, e talora non senza ragione, un ricorso eccessivo alle intercettazioni, nella stesura originaria del d.d.l. n. 1415 si era prevista una drastica riduzione delle ipotesi di reato per il cui accertamento sarebbe stato consentito l'utilizzo di tale strumento investigativo, riduzione che si intendeva 'compensare' attraverso un preoccupante e bizzarro allargamento legislativo dell'istituto delle intercettazioni preventive, destinate solo ad orientare le indagini ma consentite anche in presenza di reati minori (v., in termini decisamente critici, GREVI, *Sul necessario collegamento*, cit., p. 3347, nt. 10; SPANGHER, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, p. 1209). Abbandonata questa soluzione, nel progetto di riforma l'intento reattivo è stato perseguito con l'abbandono del riferimento al presupposto probatorio dei 'gravi indizi di reato', sostituito dal richiamo

prima ai 'gravi indizi di colpevolezza', poi, nella versione approvata dalla Camera dei deputati, agli 'evidenti elementi di colpevolezza'.

Non mi sembra necessario spendere molte parole su questa proposta, la cui inadeguatezza rispetto alla teleologia 'naturale' delle intercettazioni è clamorosa. Giustamente si è detto che una simile modifica "finirebbe (...) per snaturare la stessa fisionomia sistematica" dello "strumento che il codice colloca tra i 'mezzi di ricerca della prova', trasformandolo in concreto in un mero mezzo di ricerca di riscontri probatori" (GREVI, *Sul necessario collegamento*, cit., p. 3345 s.; ma v. anche DI BITONTO, *Lungo la strada*, cit., 18 s.; MAFFEO, *La riforma in itinere delle intercettazioni, tra tutela della privacy ed esigenze dell'accertamento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 514). Difatti, la formula alla fine privilegiata non consente esiti interpretativi diversi da quelli cui conduceva quella che riprendeva alla lettera l'art. 273 c.p.p.: potrà ritenersi integrato il presupposto degli 'evidenti elementi di colpevolezza' solo a fronte di una prognosi estremamente attendibile di condanna, ed anzi la presenza dell'aggettivo 'evidenti' parrebbe legittimare più una constatazione che un accertamento come premessa del giudizio sulla fondatezza dell'accusa.

Insomma, la nuova previsione dell'art. 267 c.p.p. "legittimerebbe l'attivazione del mezzo di ricerca della prova soltanto quando siano stati già raccolti a carico di una o più persone specificamente individuate elementi indizianti di indiscutibile gravità, tali da rendere (...) il quadro accusatorio insuscettibile di particolari sviluppi" (così le osservazioni sul progetto governativo di riforma delle intercettazioni redatto il 28 luglio 2009 dall'Unione delle Camere penali e dal Centro Studi giuridici e sociali 'Aldo Marongiu', in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it)). Per contro, ove si proceda in relazione a delitti di cui all'art. 51 commi 3-bis e 3-*quater* c.p.p., quindi, proprio per i procedimenti nei quali il pericolo di un abuso del ricorso alle intercettazioni è più elevato, l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'art. 266 c.p.p. è data solo che sussistano sufficienti indizi di reato: si viene pertanto a determinare una diversificazione delle regole di garanzia di tale ampiezza da non risultare facilmente giustificabile nonostante le differenze esistenti tra le tipologie dei reati considerati.

Quanto alle intercettazioni nei procedimenti contro ignoti, ovviamente non potranno essere subordinate alla presenza del severo requisito probatorio degli evidenti indizi di colpevolezza. Nel caso in questione, difatti, l'autorizzazione per le intercettazioni e le riprese visive parrebbe

data semplicemente su richiesta della persona offesa, ma in relazione alle utenze ed ai luoghi nella disponibilità della stessa ed al solo fine di identificare l'autore del reato. Insomma, spazi estremamente ed irragionevolmente ridotti. Ma ancor più viene da osservare come proprio nelle vicende criminali di maggiore spessore si può rivelare improbabile l'ipotesi di una persona offesa disposta a collaborare con l'autorità inquirente. Non solo. Se chi intende aiutare le indagini non è anche persona offesa, viene del tutto meno la possibilità di ricorrere alle intercettazioni, con risultati paradossali e tragici al contempo.

Anche una parziale e sommaria analisi del *novum* in tema di presupposti probatori per il ricorso alle intercettazioni ed alle altre operazioni considerate nell'art. 266 c.p.p. non può che far emergere una sconcertante irragionevolezza del progetto governativo. Uno dei pochi punti meritevoli di essere accolti con favore è invece costituito dall'introduzione dell'obbligo a carico del pubblico ministero procedente di trasmettere al giudice il fascicolo contenente tutti gli atti di indagine fino a quel momento compiuti. Indubbiamente ciò potrà anche tradursi in uno sforzo non indifferente per gli uffici giudiziari, ove non vi sia la possibilità di invii telematici. Così pure non potranno essere sottovalutati i rischi di indebita conoscenza del contenuto degli atti di indagine (cfr. *Parere sul d.d.l. n. 1415*, cit.).

Comunque è da questo elemento di positiva novità che ritengo debba partire il legislatore intenzionato a costruire realmente una diversa disciplina per l'istituto, potenziando il ruolo del giudice e riconoscendo l'esigenza di individuare un terreno applicativo che prescindendo dall'avvenuta individuazione del probabile responsabile del fatto di reato.

Ma in questi giorni — novembre 2009 — altre preoccupazioni sembrano polarizzare l'attenzione dei nostri parlamentari: che non sia anche questo l'ennesimo tentativo di riforma delle intercettazioni destinato a finire nel nulla...

ENRICO MARZADURI  
*Professore ordinario di Procedura penale*  
*Università di Pisa*