

ELENA MARIA CATALANO

Professore associato confermato di Diritto processuale penale – Università dell’Insubria di Como e Varese

Prassi devianti e prassi virtuose in materia di intercettazioni *Rethinking wiretapping practice*

La prassi rappresenta una immancabile chiave di lettura della norma e può fungere da lente correttiva o da lente deformante rispetto al dato normativo. Nel caso delle intercettazioni, la prassi assume un ruolo ambivalente. Alle prassi devianti che contribuiscono a deformare il dato normativo si contrappongono prassi virtuose idonee a riportare sui binari della razionalità norme irrazionali rispetto al valore o rispetto allo scopo perseguito. Altri interventi giurisprudenziali assumono una funzione di aggiornamento di una normativa che sconta il rischio di una obsolescenza legata sia alle innovazioni tecnologiche sia ai mutamenti della sensibilità sociale.

The gulf between legislation and practice in the field of wiretapping can be read at different levels. Non orthodox practice as well as statute law disapplication holds a danger to the core values of the criminal justice system. However, judicial creativity can perform a wide range of useful functions.

LA DIVARICAZIONE TRA NORME E PRASSI SUL CRINALE TRA PATOLOGIA E FISIOLOGIA. GLI INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI CON FUNZIONE DI CORREZIONE O DI AGGIORNAMENTO DELLA NORMATIVA

Una diffusa chiave di lettura della disciplina delle intercettazioni, da un lato, mette in luce il rapporto tra dato normativo e prassi devianti, dall’altro lato, tenta di analizzare i possibili correttivi¹. L’angolo di osservazione si sposta, così, impercettibilmente, dalle norme – in fondo equilibrate – alla prassi che tende a disapplicare o a applicare in modo distorto una disciplina razionale.

Al riguardo, non può essere sottovalutata la diffusione di prassi operative inclini ad un uso disinvolto del mezzo captativo, tra le quali assume rilievo la sostanziale disapplicazione di numerose ipotesi di inutilizzabilità positivamente previste.

La proliferazione di prassi distorte dipende, in parte, dalla peculiarità della situazione italiana in cui le intercettazioni hanno avuto un ruolo decisivo nella lotta al fenomeno mafioso. «L’interpretazione dei segni, dei gesti, dei messaggi e dei silenzi costituisce una delle attività più importanti dell’uomo d’onore. E di conseguenza del magistrato»². A ben vedere, tuttavia, la divaricazione tra norme e prassi dipende da una molteplicità di fattori e si presta a diverse chiavi di lettura.

Il diritto vivente in materia di intercettazioni assume, infatti, un ruolo ambivalente nell’evoluzione del sistema processuale. La prassi rappresenta una immancabile chiave di lettura della norma e può

¹ V. sul tema, in prospettiva problematica, L. Kalb, *Intervento*, in *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l’efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Milano, 2009, p. 277; E. Marzaduri, *Intervento*, in *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l’efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, cit., p. 245.

² G. Falcone, *Cose di cosa nostra*, Milano, 1993. V. anche V. Grevi, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l’efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, cit., p. 41.

fungere da lente correttiva o da lente deformante rispetto al dato normativo. Alle prassi devianti che contribuiscono a deformare il dato normativo si contrappongono prassi virtuose idonee a riportare sui binari della razionalità norme irrazionali rispetto al valore o rispetto allo scopo perseguito³.

Sul crinale tra prassi devianti e prassi virtuose si collocano quegli interventi giurisprudenziali tesi a correggere, piuttosto che a estirpare in radice, prassi distorte. Così, di fronte all'endemica disapplicazione dell'udienza di stralcio, la decisione della Consulta del 2012 che tollera lo svolgimento in sede dibattimentale delle operazioni di selezione e di acquisizione del materiale intercettato, con il necessario temperamento dello svolgimento del dibattimento a porte chiuse, viene ad assumere una funzione di manipolazione del diritto vivente, a garanzia della tenuta del sistema.

In secondo luogo, la materia delle intercettazioni rappresenta il catalizzatore di un problema più ampio, costituito dalla sempre più fitta rete di strumenti di aggressione alla *privacy*, pesantemente compromessa dalla diffusione dei "sistemi di sorveglianza globale", ma anche dall'accumulo dei dati relativi al traffico internet e dalle frodi informatiche⁴. Al riguardo, la normativa sulle intercettazioni sembra combattere, a tutela della *privacy*, una battaglia di retroguardia rispetto ad una materia magmatica e in continua evoluzione.

Gli interventi giurisprudenziali assumono allora una funzione di aggiornamento di una normativa che sconta il rischio di una obsolescenza legata sia alle innovazioni tecnologiche sia ai mutamenti della sensibilità sociale. Appare emblematica, sotto il primo profilo, la recente sentenza della Cassazione relativa all'impiego quale tecnica investigativa di *software* spia⁵. Sotto il secondo profilo, si pensi alla recente decisione della Corte di Giustizia che è intervenuta sulla questione relativa ad una possibile violazione dei diritti fondamentali da parte della direttiva 2006/24/CE in materia di *data retention*, dichiarandone l'invalidità⁶.

Ben si comprende, quindi, come in talune ipotesi la prassi assuma uno schietto ruolo di supplenza rispetto all'inerzia del legislatore. La funzione di supplenza si manifesta soprattutto con riferimento alle zone d'ombra e alle lacune a margine del nucleo centrale della normativa, corrispondenti, ad esempio, alla mancata regolamentazione delle videoriprese. Ma assumono altresì rilievo le decisioni della Cassazione e della Corte costituzionale in tema di accesso da parte della difesa alle registrazioni di intercettazioni utilizzate ai fini cautelari anche se non depositate⁷.

A una ricostruzione in chiave di prassi correttiva si può forse paradossalmente ricondurre la notissima decisione delle Sezioni unite che ha cercato di regolamentare l'uso troppo disinvolto della motivazione *per relationem* del decreto autorizzativo alla richiesta del pubblico ministero⁸. La stessa decisione ha riconosciuto un ampio potere di emenda della motivazione insufficiente al giudice cui la questione sia prospettata. Così «l'incompletezza o l'insufficienza o non la perfetta adeguatezza [...] vanno emen-

³ Sulla distinzione tra «razionalità rispetto allo scopo» e «razionalità rispetto al valore» v. E. Amodio, *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 906.

⁴ V. P. Balducci, *La riforma delle intercettazioni: aspetti problematici delle norme all'esame delle Camere*, in P. Corso-F. Peroni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, I, Piacenza, 2010, p. 19 ss.

⁵ V. Cass., sez. V, 26 maggio 2015, n. 27100: «Le intercettazioni di comunicazioni effettuate tramite l'utilizzo di un virus informatico che consente l'attivazione del microfono e della telecamera dello smartphone da remoto possono essere ammesse, ma solo con provvedimento motivato del giudice e nei limiti del rispetto della riservatezza». Al riguardo R. Randazzo-M.M. Monaco, *Intercettazioni e nuove tecnologie: per la Ferrari è tempo di pit stop*, in *Centoundici*, 2015, 1, p. 15, paragonano lo sviluppo delle «tecniche di indagine (*rectius*: spionaggio) all'incedere di una Ferrari, rispetto alle stantie discussioni parlamentari sulle intercettazioni telefoniche, la cui tecnologia invasiva, al confronto, sembra muoversi come un velocipede».

⁶ Cfr. C. giust. UE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland LTD c. Minister for Communications*, in *Guida dir.*, 2014, 26, p. 93, che ha dichiarato la direttiva 2006/24 CE, per ingerenza nel diritto alla riservatezza, lesiva del principio di proporzionalità.

⁷ Con riferimento all'esigenza di una riforma organica che disciplini tutti gli strumenti della tecnica v. G. Spangher, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1209. La materia delle videoriprese è stata oggetto di interventi, non esaustivi, delle Sezioni unite della Cassazione, che danno rilievo sia alla distinzione tra riprese in luogo pubblico e riprese nel domicilio sia al carattere in concreto non riservato del comportamento sia alla distinzione tra comportamenti comunicativi e comportamenti non comunicativi. V. Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, in *Guida dir.*, 2006, 33, p. 51; C. cost., sent. 16 maggio 2008, n. 149, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4109; C. cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1062, con nota di A. Pace e p. 2176, con nota di F. Caprioli; C. cost., sent. 10 ottobre 2008, n. 336, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3760, con nota di G. Illuminati, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*. La decisione delle Sezioni unite, 22 aprile 2010, n. 20300, in *Cass. pen.*, 2011, p. 477, ha redatto una sorta di regolamento che disciplina il diritto di accesso della difesa.

⁸ Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, in *Cass. pen.*, 2001, p. 69. V. anche Cass., sez. I, 10 febbraio 2010, n. 9764, in *Cass. pen.*, 2012, p. 623.

date dal giudice cui la doglianza venga prospettata, sia esso il giudice del merito, che deve utilizzare i risultati delle intercettazioni, sia esso quello dell'impugnazione nella fase di merito o in quella di legittimità, trattandosi di mera irregolarità o tutt'al più di nullità relativa».

Viene indirettamente consacrato il ricorso alla motivazione *per relationem* ed irrobustito il consolidato orientamento giurisprudenziale che tende a svilire il presupposto probatorio delle intercettazioni e a svuotare di contenuto il vaglio sulla gravità indiziaria, affermando che il giudice non deve compiere una valutazione sulla fondatezza dell'accusa, ma solo un vaglio di effettiva serietà del progetto⁹.

Costituisce un distinto problema quello inerente alla concreta possibilità per il g.i.p. di compiere una autonoma valutazione del presupposto probatorio del mezzo captativo, dal momento che il giudice non è posto in grado di conoscere pienamente la vicenda sottoposta al suo esame, essendo condizionato dai contenuti della domanda del pubblico ministero. Ne consegue, tra l'altro, la difficoltà di apprezzare l'indispensabilità ai fini investigativi che «è requisito la cui valutazione è talmente elastica da aver perso qualunque incidenza»¹⁰.

Costituisce una degenerazione della prassi ancor più grave il ricorso alle intercettazioni come a uno strumento per costruire quella gravità indiziaria che delle intercettazioni dovrebbe costituire il presupposto¹¹.

La diffusione di tale *forma mentis* appare evidente dalla lettura di una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura dei primi anni di entrata in vigore del codice attuale, che ha rilevato come i presupposti originari, e in specie la gravità degli indizi, rischiasse di escludere dalla sfera di esperibilità delle intercettazioni «proprio quelle attività criminose in cui spesso è l'intercettazione a consentire di acquisire il primo indizio»¹².

Successivamente, la riforma del 1991, in piena stagione dell'emergenza, ha ammesso il compimento di intercettazioni antimafia sulla base di sufficienti indizi. «Scovare indizi sufficienti diventa operazione banale»¹³. «Giuridicamente [quella del CSM è] opinione insostenibile: sarebbe palesemente illegittimo (anche nel nuovo assetto normativo) violare un diritto fondamentale sulla base di una piattaforma probatoria che non consente neppure di parlare di indizi. [...] Comunque [...] tali affermazioni sono sintomatiche di come verrà intesa nella prassi la formula che regola i presupposti per le intercettazioni nei procedimenti di mafia»¹⁴.

Più in generale, appare opportuno un irrobustimento del corredo motivazionale dell'autorizzazione delle intercettazioni, che diverrebbe così «insuscettibile di rimaneggiamenti successivi [...] visto il rilievo costituzionale riconosciuto alla motivazione del provvedimento limitativo della segretezza delle comunicazioni nell'art. 15, comma 2, Cost»¹⁵.

Sotto un diverso profilo, il largo impiego delle intercettazioni costituisce il riflesso di ulteriori disfunzioni del sistema, quali la applicazione forse inconsapevole di una sorta di *best evidence rule* alla rovescia, che, in aperto contrasto con i principi del sistema accusatorio, privilegia la prova documentale – in senso lato – rispetto alla prova orale. Si pensi all'ampio ricorso, registrato nell'ultimo scorcio, alle intercettazioni dei colloqui dell'imputato detenuto con i familiari.

⁹ V., da ultimo, Cass., sez. III, 13 aprile 2015, n. 14954, in *CED Cass.*, n. 263044, secondo la quale, in tema di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, il presupposto della sussistenza dei gravi indizi di reato, non va inteso in senso probatorio (ossia come valutazione del fondamento dell'accusa), ma come vaglio di particolare serietà delle ipotesi delittuose configurate, che non devono risultare meramente ipotetiche.

¹⁰ P. Profiti, *Intervento*, in *Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?*, in *Questione giustizia*, 2006, 6, p. 1216 ss.

¹¹ G. Spangher, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, cit., 2008, p. 1209, parla di pesca a strascico.

¹² V. la delibera del 21 giugno 1990 del CSM, in *Indice pen.*, 1991, p. 233.

¹³ A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 81.

¹⁴ A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 81.

¹⁵ M.L. Di Bitonto, *Lungo la strada per la riforma delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009. Nel senso che «i guasti più rilevanti sembrano dovuti [...] a una ridotta efficienza dell'obbligo di motivazione quale garanzia di effettività del controllo giudiziale» v. G. Leo, *Intervento*, in *Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?*, cit., p. 1217.

PRASSI GIURISPRUDENZIALI VIRTUOSE. LA RICONDUZIONE SUI BINARI DELLA LEGALITÀ DI *LEGES SPECIALES* IRRAZIONALI

Accanto a prassi devianti consistenti nella disapplicazione di una normativa razionale, si annoverano prassi virtuose talora consistenti, paradossalmente, nella speculare disapplicazione di una normativa irrazionale. Prassi virtuose si sono sviluppate con riferimento non tanto al nocciolo duro dell'istituto delle intercettazioni, ma a quelle zone d'ombra che circondano la disciplina della materia e che hanno costituito terreno di sviluppo di leggi speciali ad alto tasso di irrazionalità.

Si pensi alla frettolosa introduzione della disciplina in tema di intercettazioni illegali che appartiene a pieno titolo alla c.d. legislazione dell'emergenza, condizionata da situazioni contingenti e, in particolare, dall'emersione del caso del dossieraggio abusivo Telecom.

La reazione dell'ordinamento si è incentrata sulla previsione di una ipotesi di inutilizzabilità rafforzata dalla distruzione immediata dei dati conoscitivi illecitamente formati, nonché sulla introduzione di un procedimento camerale di nuovo conio finalizzato alla decisione sulla istanza di distruzione presentata dal pubblico ministero e alla formazione di un verbale che dovrebbe svolgere in dibattimento la funzione di surrogato della principale prova a carico ormai andata distrutta. L'oggetto della decisione consiste nella verifica della fondatezza dell'istanza di distruzione presentata dall'organo dell'accusa, che, tuttavia, coincide con l'accertamento dell'illiceità della condotta di captazione o di raccolta di dati¹⁶. L'intervenuta valutazione di illiceità presuppone necessariamente un accertamento dei fatti nel contesto di un procedimento a cognizione sommaria celebrato di fronte al giudice per le indagini preliminari¹⁷.

Tale antistorica soluzione – cristallizzando in un verbale la prova della illiceità della condotta – evoca modelli inquisitori e impone all'imputato la *probatio diabolica* di contrastare in dibattimento la tesi dell'accusa suffragata da prove ormai distrutte. Appare del tutto evidente l'inidoneità di una procedura incidentale, caratterizzata dalla sommarietà della delibazione, e, in origine, dalla mera eventualità del contraddittorio, a costituire la sede per un accertamento sull'origine illecita della documentazione e sostanzialmente per lo svolgimento di un giudizio anticipato di merito¹⁸.

Nel caso Telecom, il giudice per le indagini preliminari ha sottolineato come la valutazione sulla istanza di distruzione postulasse un'anticipazione definitiva di giudizio sulla sussistenza di una porzione della condotta criminosa, con la conseguenza che il giudice doveva applicare lo stesso *standard* del giudizio di merito ovvero l'oltre ogni ragionevole dubbio (*bard*). Fatte salve le ipotesi di reato per cui era certa ed evidente la prova della illiceità della condotta, il giudice ha quindi ritenuto che, qualora le parti contestassero i presupposti per la distruzione e chiedessero di potere articolare prove, occorresse rigettare l'istanza di distruzione.

Il sasso lanciato dal g.i.p. con l'ordinanza che rigettava l'istanza di distruzione per tutta una serie di reati è stato raccolto dalla Corte d'assise che, con ordinanza del 18 maggio 2011, ha acquisito al fascicolo

¹⁶ Deve esser accertata cioè la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione dell'inutilizzabilità rafforzata. *Prima facie*, pertanto, l'udienza in questione verte su questioni meramente processuali. Tuttavia l'oggetto della decisione richiede al giudice di compiere una piena valutazione di merito in ordine all'accertamento dei fatti e alla responsabilità dell'imputato.

¹⁷ Come è noto, non sono mancate censure di illegittimità costituzionale che investivano le linee portanti dell'intera normativa in materia di intercettazioni abusive, evidenziando come il meccanismo di anticipata eliminazione definitiva della prova realizzasse «un irragionevole bilanciamento tra diritti di difesa dell'indagato, diritti delle parti offese e potestà punitiva del pubblico ministero, avendo il legislatore preferito privilegiare le ragioni della riservatezza, con totale sacrificio di altri valori di rilievo costituzionale». Altrettanto incisive le osservazioni circa il *vulnus* arrecato dalla distruzione dei documenti alla tutela giurisdizionale della persona offesa, con riferimento al diritto di quest'ultima al risarcimento del danno. V. Trib. Milano, ord. 30 marzo 2007, XY, in *Guida dir.*, 2007, 22, p. 62, con nota di A. Cisterna, *Prevedibile una restituzione di atti in attesa di nuove eccezioni*.

¹⁸ La funzione dell'udienza, preordinata alla formazione di un verbale configurato quale equipollente della prova – a carico – andata distrutta, richiede, quanto meno, l'applicazione delle forme dell'incidente probatorio attraverso la previsione di un contraddittorio necessario e l'operatività delle modalità dibattimentali di assunzione della prova. Appariva al contrario inappagante la scelta del modulo camerale di genere nel quale non assumevano rilievo i legittimi impedimenti dei difensori. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 240, commi 4 e 5, c.p.p. nella parte in cui non prevedeva, nel procedimento, l'applicazione delle stesse garanzie in materia di contraddittorio previste dall'art. 401, commi 1 e 2, c.p.p. per l'incidente probatorio. Appare illuminante il riferimento presente nella decisione della Consulta all'art. 111, comma 4, Cost. riferimento obbligato in presenza di una «normativa mirata alla formazione di una fonte di prova anticipata rispetto alle successive fasi del processo». Così C. cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 195, con nota di C. Conti, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento "claudicante"*.

del dibattimento, quale corpo del reato, tutti i dossier in ordine ai quali il g.i.p. aveva ritenuto di non dover accogliere la richiesta di distruzione¹⁹.

Viene svuotata di significato la previsione della inutilizzabilità rafforzata dalla distruzione di cui all'art. 240 c.p.p., attraverso una giurisprudenza creativa e coraggiosa. La *case law in progress* ha somministrato una interpretazione correttiva che viene a ridimensionare drasticamente l'ambito di operatività dell'istituto e che tenta di ridurre l'irrazionalità di una normativa evidentemente mal congegnata sia sul piano del temperamento degli interessi sia sul piano della compatibilità con il sistema processuale.

DALLA REAZIONE ALLA RESA DEL LEGISLATORE DI FRONTE ALLE DEVIAZIONI DELLA PRASSI

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di intercettazioni illegali mette in luce quella forte caratura politica e mediatica del tema che rende difficile arrivare ad una riforma condivisa. L'istituto delle intercettazioni costituisce, infatti, uno dei terreni più fertili per la elaborazione di progetti di legge diretti alla totale ristrutturazione della materia. Tuttavia, l'arena del dibattito sulle intercettazioni è stata spesso costituita da quel circo mediatico giudiziario che rinvia all'uditorio gli echi di discussioni cariche di suggestioni emotive ma povere di contenuti giuridici²⁰.

L'impossibilità di arrivare a una riforma è dovuta forse ad una ragione più semplice. La disciplina attuale è imperfetta, ma in fondo equilibrata nel bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti: la tutela della segretezza delle comunicazioni, la tutela dell'esigenza di reprimere i reati costituzionalmente rilevante ex art. 112 Cost., il diritto alla *privacy*, il diritto di difesa.

È piuttosto lo scarto tra norma e diritto vivente che contribuisce ad alimentare il dibattito sulla riforma delle intercettazioni, venendo ad acuire i profili di attrito tra gli interessi in conflitto.

Si pensi allo strano caso dell'udienza di stralcio. Come è noto, il nostro codice prevede una procedura di stralcio diretta a selezionare, all'interno della messe delle comunicazioni intercettate, il materiale probatorio rilevante.

Il diritto vivente fa registrare, tuttavia, una quasi sistematica disapplicazione dell'udienza di stralcio²¹. Di regola, il pubblico ministero chiede e il giudice dispone, con il consenso almeno tacito dei difensori, l'acquisizione e la trascrizione di tutte le registrazioni, senza alcun vaglio di rilevanza. Le trascrizioni vengono inserite nel fascicolo del dibattimento. Divengono così agevolmente conoscibili anche le conversazioni non rilevanti.

L'acquisizione e la trascrizione di tutte le registrazioni, assecondata per inerzia da magistrati e difensori, viene a scaricare nel processo una massa incontrollabile di informazioni irrilevanti. La diversa prassi consistente nel rinvio delle operazioni di selezione del materiale rilevante alla fase pienamente processuale apre uno strappo meno evidente, ma non del tutto indolore, nel tessuto normativo.

Nell'ammettere la compatibilità con la Costituzione di quest'ultima soluzione, la Consulta ha intrapreso la via della correzione piuttosto che della censura della prassi deviante, prospettando la possibile

¹⁹ V. Ass. Milano, ord. 18 maggio 2011, Pres. Gamacchio, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2011; Trib. Milano, 25 ottobre 2010, G.i.p. Gennari, in *Dir. pen. cont.*, 25 ottobre 2010. V., in materia, M. Chiavario, *Passi avanti sulle intercettazioni illegali ma c'è bisogno di un ampio ripensamento*, in *Guida dir.*, 2006, 39, p. 12. Di "sintassi giuridica sgangherata", con riferimento alla stessa nozione di intercettazioni illegali parla G. Giostra, *Quale utilizzabilità delle intercettazioni abusive?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3494. V. anche sul tema F. Siracusano, *Raccolta illecita di informazioni e procedimento incidentale per la distruzione dei dati*, in M. Montagna (a cura di), *Gli accertamenti complementari*, Torino, 2011, p. 775; G. Tabasco, *Documenti illegali e procedura di distruzione dei dati personali illecitamente conseguiti*, Padova, 2013.

²⁰ Il riferimento è, come è ovvio, a D. Soulez Larivière, *Il circo mediatico giudiziario* (1993), trad. it., Macerata, 1994.

²¹ Va rilevato al riguardo come l'uso pacifico dei brogliacci in sede cautelare e nei procedimenti a prova contratta depotenzia ma non neutralizza il significato garantista della udienza di stralcio. V. M.F. Febbraro, *La procedura di stralcio nell'ambito delle intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in M. Montagna (a cura di), *Gli accertamenti complementari*, cit., p. 825. Un capitolo a parte riguarda le ipotesi in cui le intercettazioni sono inutilizzabili «per ragioni sostanziali derivanti dalla violazione di una protezione assoluta del colloquio», con la conseguenza che il contraddittorio «risulterebbe antitetico rispetto alla *ratio* della tutela». Così C. cost., 15 gennaio 2013, n. 1, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1347, con nota di R. Orlandi, *Distruggete quelle intercettazioni*. V. anche N. Galantini, *Un commento a prima lettura della sentenza sul conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013, 1, p. 237. Sul punto specifico v. le osservazioni puntuali di P. Tonini, *Manuale breve di diritto processuale penale*, Milano, 2015, p. 286.

celebrazione di parte del dibattito a porte chiuse a tutela della *privacy*, in applicazione estensiva dell'art. 472, comma 2, c.p.p.²².

Assume il sapore di una resa di fronte alle distorsioni del diritto vivente la scelta, fatta propria dal legislatore con il disegno di legge delega per la riforma delle intercettazioni, di omettere ogni riferimento all'udienza di stralcio.

La menzione della udienza di stralcio contenuta nella originaria versione del disegno di legge delega per la riforma delle intercettazioni è infatti stata consapevolmente soppressa nel testo definitivo del disegno di legge approvato dalla Camera in data 23 settembre 2015 e quindi trasmesso al Senato²³. A ben vedere, si potrebbe pensare, piuttosto che a una resa del legislatore, a una presa di coscienza circa la portata culturale prima che normativa dei fenomeni patologici o atipici che caratterizzano i profili applicativi delle norme sulle intercettazioni.

LE ORDINANZE DI CUSTODIA CAUTELARE QUALE VEICOLO LEGITTIMO DI DIVULGAZIONE DI DATI RISERVATI. IL RACCORDO TRA *HARD LAW* E *SOFT LAW*

Il rapporto malato tra media e giustizia assume un ruolo di primo piano nella diagnosi dei profili disfunzionali nel regime delle intercettazioni. Tuttavia, il dato fattuale che la cronaca giudiziaria tenda ad abdicare alla propria funzione di "cane da guardia" della democrazia non giustifica limitazioni drastiche di quella informazione mediata che rappresenta lo strumento privilegiato per il controllo democratico sull'amministrazione della giustizia²⁴.

La previsione di un totale o parziale *black out* informativo sugli esiti delle intercettazioni fino alla chiusura delle indagini, prospettata da taluni progetti di riforma, sarebbe una misura antidemocratica e, al tempo stesso, inefficace, alla luce del dato fattuale che già ora i divieti di pubblicazione esistenti sono ampiamente elusi²⁵. Proprio la ineffettività del divieto di pubblicazione di atti è stata assunta a paradigma di quelle prassi devianti che «danno vita a una procedura penale invisibile, a un diritto informale pericoloso»²⁶.

Piuttosto, si dovrebbe prevedere che il segreto sui risultati delle intercettazioni cada solo con quando tali risultati siano stati acquisiti dal giudice all'esito della udienza filtro e che i risultati delle intercettazioni non rilevanti siano conservati in apposito archivio riservato sotto copertura di segreto²⁷.

Un capitolo a parte è costituito dall'impiego dei risultati delle intercettazioni alla base di atti processuali suscettibili di pubblicazione. Si pensi alla frequenza con la quale le ordinanze di custodia cautelare costituiscono un veicolo di divulgazione, legittimo, dei contenuti delle intercettazioni e, quindi, di dati riservati. Non di rado, all'interno di una ordinanza che dispone una misura cautelare, compaiono ampi passi di conversazioni intercettate relativi a dati non rilevanti. Il problema appare culturale piuttosto che normativo. Più in generale, si pone la necessità di una diversa tecnica di redazione delle ordinanze cautelari, troppo spesso appiattite sulla richiesta del pubblico ministero che viene ricalcata in modo quasi testuale.

Altre volte la divulgazione di dati riservati e non pertinenti attraverso provvedimenti giudiziari si colloca sul confine tra fisiologia e patologia. Così, la giurisprudenza della Cassazione civile in materia disciplinare ha inquadrato in termini di abuso del processo l'adozione di un provvedimento di perquisizione e sequestro il quale «si connotava, per la prevedibile (e avvenuta) divulgazione pubblica, stante la rilevanza, come provvedimento avente una oggettiva funzione divulgativa e mediatica di propalazione di notizie proceduralmente irrilevanti»²⁸.

²² C. cost., ord. 5 novembre 2012, n. 255, in *Cass. pen.*, 2013, p. 655, con osservazioni di E. Aprile. V. anche F. Caprioli, *Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4097.

²³ Si tratta del Disegno di legge C.2798 – *Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*.

²⁴ Sul fondamento costituzionale delle note garanzie in tema di pubblicità mediata v. E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 226; G.P. Voena, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze*, Milano, 1984.

²⁵ V. G. Giostra, *Limiti alla conoscibilità dei risultati delle intercettazioni: segreto investigativo, garanzie individuali, diritto di cronaca*, in *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, cit., p. 405.

²⁶ E. Amodio, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Indice pen.*, 2003, p.12.

²⁷ V. V. Grevi, *Le intercettazioni come mero mezzo di ricerca di riscontri probatori?*, in *Cass. pen.*, 2009.

²⁸ Cass. civ., sez. un., 24 settembre 2010, n. 20159, secondo la quale il provvedimento di perquisizione in esame si caratterizza

Andrebbe promosso un cambiamento culturale attraverso la valorizzazione del raccordo tra norme processuali e norme deontologiche. Sul crinale tra sociologia e diritto si colloca l'esigenza di maturare una diversa cultura di ceto tanto da parte dei giuristi quanto da parte dei professionisti coinvolti nella rappresentazione mediatica del processo. La conduzione del processo con strumenti mediatici si presta inoltre a rappresentare una scelta tattica del difensore che opti per una strategia processuale aggressiva.

Né può seriamente contestarsi l'esistenza di una «stretta interdipendenza tra la professionalità del cronista» e la conservazione di un rapporto equilibrato tra media e giustizia²⁹. Al riguardo, diffusioni di dati riservati, lecite ai sensi dell'art. 114 c.p.p., possono risultare contrarie ai principi dettati dal codice *privacy* e dalla deontologia nell'esercizio della professione di giornalista. Infatti, gli artt. 2 e 137 cod. *privacy* impongono al giornalista di rispettare i principi dell'essenzialità dell'informazione, «dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato».

Alla luce della pertinente *soft law* non pare sempre giustificata la diffusione di notizie riguardanti terzi estranei alla vicenda giudiziaria captate dagli strumenti a disposizione della magistratura. È significativo come il comunicato del Garante per la protezione dei dati personali del 6 maggio 2004, in tema di "*Privacy e giornalismo*", abbia richiesto al giornalista di astenersi «dal diffondere i nomi e altre informazioni che riguardino persone che non risultano coinvolte nelle indagini e che appaiono invece collegate ai protagonisti dei fatti narrati, ad esempio, solo in ragione di precedenti relazioni sentimentali e convivenze avute con le stesse, ovvero in virtù di mere circostanze di fatto».

Questi principi hanno trovato più volte applicazione da parte del Garante con riferimento alla pubblicazione del contenuto delle trascrizioni di intercettazioni. Così, il Garante si è pronunciato in ordine al caso di un articolo che conteneva la pubblicazione di un apprezzamento volgare relativo a persona identificata, tratto dalle conversazioni intercettate tra due indagati in un procedimento penale, conversazioni riportate nell'ordinanza di custodia cautelare a carico di uno dei due. Il garante ha ritenuto che, ancorché fosse caduto il segreto, la riportata trascrizione dell'espressione volgare riferita da uno degli interlocutori alla persona costituisca trattamento di un dato personale che non risultava indispensabile rispetto all'essenzialità dell'informazione e che appariva lesivo della dignità dell'interessata e dunque in contrasto con i principi e i diritti di cui al codice *privacy*³⁰.

Anche il provvedimento del Garante "Pubblicazione di intercettazioni telefoniche e dignità della persona" del 21 giugno 2006 rileva come «l'indiscriminata pubblicazione di trascrizioni di intercettazioni di numerose conversazioni telefoniche, specie quando finisca per suscitare la curiosità del pubblico su aspetti intimi e privati senza rispondere integralmente ad un'esigenza di giustificata informazione su vicende di interesse pubblico, possa configurare anche una violazione delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

Il divieto di divulgazione dei risultati delle intercettazioni non rilevanti è quindi un percorso già intrapreso dai provvedimenti del Garante, a riprova della forte caratura politica e sociologica di una materia, quella delle intercettazioni, particolarmente permeabile all'assetto e alla sensibilità della società³¹.

L'esigenza di maturare una diversa cultura di ceto tanto da parte dei giornalisti che dei giuristi è messa in luce anche dalle recenti "confessioni di un giudice" che ravvisa nelle divulgazioni dei risultati delle intercettazioni, rilevanti o meno, una fonte inesauribile di alimentazione di quel parallelo processo

zava per la «lunghezza (ben 1418 pagine), e il contenuto abnorme (caratterizzato dall'inserimento di numerose utenze telefoniche, fisse e mobili, intestate a persone fisiche, istituzioni pubbliche – presidenza della Repubblica, Parlamento, Governo, Magistratura – o appartenenti alle stesse, ad enti e associazioni, a difensori di parti private e ad altri soggetti terzi, senza attinenza con l'oggetto e la finalità dei provvedimenti [...]) per la "motivazione" (inserimento di "numerossimi dati personali riguardanti una moltitudine di soggetti estranei al procedimento, trascrizione pressoché integrale di una serie di atti procedurali, senza la chiara individuazione della pertinenza di ciascuno di essi rispetto all'oggetto dell'indagine in corso e dunque alla funzione propria degli atti di ricerca della prova)». La violazione dei doveri del magistrato sarebbe derivata dall'aver omesso di filtrare, valutare ed eliminare tutti gli argomenti non necessari e che comunque avrebbero potuto arrecare danno ingiusto alle persone peraltro estranee all'indagine.

²⁹ G. Giostra, *Processo penale e mass-media*, in *Criminalia*, 2007, p. 57.

³⁰ Il Consiglio dell'Ordine dei giornalisti della Lombardia ha sanzionato con la censura i direttori responsabili del quotidiano. V., sull'intera vicenda, la ricostruzione puntuale di G. Mantovani, *Informazione giustizia penale e diritti della persona*, Napoli, 2011, p. 393.

³¹ È significativo come una carrellata dei "danni prodotti da una fallace estetica della storiografia" annoveri, quali casi emblematici alcuni casi di fallace estetica della cronaca giudiziaria. V. M. Bloch, *Apologia della storia. O mestiere di storico* (1949), trad. it., Torino, 1950, p. 94.

mediatico, che potrà produrre comunque una «dura condanna, che spesso può far male quasi quanto una vera»³².

Costituisce, del resto, un rilievo diffuso la constatazione circa il ridimensionamento dell'ambito del giuridico rispetto alla sempre maggior rilevanza assunta, nel condizionare la fisionomia di una società, da altri poteri, quali l'ambito della comunicazione e dei media³³.

³² P. Tony, *Io non posso tacere. Confessioni di un giudice di sinistra*, Torino, 2015, p. 71, parla provocatoriamente di "teoria dei bigné", offerti ai giornalisti, attraverso l'inserimento delle intercettazioni nei fascicoli e altrettanto provocatoriamente individua una correlazione tra la disinvoltura con la quale vengono offerti i bigné e la difficoltà con cui gli inquirenti gestiscono un'indagine.

³³ E. Di Robilant, *Il diritto nella società industriale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1973, p. 225. V. Anche P. Heritier, *Introduzione a P. Legendre, Della società come testo. Lineamenti di un'antropologia dogmatica*, Torino, 2005, p. 5.