

ADOLFO SCALFATI

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli studi di Roma “Tor Vergata”

Un ciclo giudiziario “travolgente” *A ruthless juridical dynamic*

Lo stadio delle indagini non è semplicemente un’inchiesta in funzione del giudizio: quando si sperimentano le armi più appuntite, vi si anticipa un verdetto sociale sull’uomo; la sfera individuale, complice la diffusione di notizie riservate, è definitivamente travolta anche se la vicenda si chiudesse con un proscioglimento.

Preliminary investigations are not only activities carried out by the Public Prosecutor and criminal police in order to decide if the trial is necessary or not. When taking a look at reality, infact, the scenario is far from the Code’s provisions: when the Prosecutor takes the direction of modern investigative instruments, the future judgment becomes indifferent, since social media has already given its verdict.

FOCUS SULL’INCHIESTA PRELIMINARE

Al di là delle (troppe) riforme in cantiere, sulle quali si consuma il dibattito degli esperti, l’interesse pubblico sul processo penale si concentra nella fase delle indagini preliminari; è qui che la collettività percepisce il potere repressivo: l’attacco alla libertà irrompe quasi d’improvviso, sgomenta senza avvertire, colpisce la persona nell’intimo, la mette a nudo senza pudore dinanzi all’opinione pubblica tramite stampa, web, televisione, social network.

Nel contempo, in questi momenti serpeggia la percezione di sicurezza, sia perché si svela un potenziale autore del reato, sia perché l’intervento giudiziario si mostra rapido, efficace, esemplare; così, l’arsenale del processo rivela le sue attitudini di prevenzione generale, supplisce all’inadeguatezza del controllo amministrativo, tende a sostituirsi alla risposta sanzionatoria fronteggiando il diffuso timore del suo manifestarsi tardivo. Insomma, se l’accertamento penale ha i propri tempi, le misure preliminari irrompono sulle libertà individuali provocando una catarsi collettiva.

Intercezioni, spionaggi sulla vita privata, misure cautelari, amplificati dai *media*, trasferiscono il loro peso su un terreno meta-processuale, assumendo un ruolo “esterno” alla fase preparatoria del giudizio, con vibranti ricadute sul versante sociale, politico, economico, umano. L’arsenale impiegabile durante le indagini preliminari sembra autorizzato ad sottovalutare ogni proporzione tra gli scopi investigativi e la misura del sacrificio dei diritti individuali. La potenzialità afflittiva, persino sul terreno simbolico, è maggiore di quanto accade al momento in cui si dispone la condanna; la presunzione di non colpevolezza resta un principio sulla carta.

Al contrario di quanto si potrebbe ingenuamente pensare, tutto ciò non avviene per caso. Il fenomeno, che si manifesta dove il potere giudiziario tocca le corde più sensibili, cela conflitti e protagonismi tra istituzioni dello Stato, campo nel quale i mezzi di informazione giocano una partita dirimente, potendo determinare il vantaggio delle une e delle altre; nel *turbillon* di una contesa ultraventennale, le libertà fondamentali, compromesse dall’apparato, non vivono di luce autonoma ma diventano un argomento retorico della diatriba.

Gli operatori giudiziari hanno ben capito quanto sia importante far circolare notizie sulle iniziative intraprese; gli eterogenei obiettivi conseguibili esulano dalla fisiologia processuale (anzi, la condizionano) e sono amalgamati dall’esigenza di visibilità, aspetto che, nella migliore delle ipotesi, risponde alla strategia del consenso sociale: le ragioni del potere (motivazioni cautelari, contenuti dei colloqui riservati, risultati investigativi, ecc.) sono proditoriamente diffuse con l’assenso della magistratura e nascondono l’esigenza di guadagnare (o riguadagnare) una legittimazione popolare.

Stando così le cose, la fase del giudizio, soprattutto quello dibattimentale, passa in secondo piano, lontana com'è dal tempo in cui scoppia il caso, da quando si compromettono le libertà, dal momento in cui si rincorrono le informazioni. La sentenza è mediaticamente meno appetibile, contiene informazioni molto sfruttate; conta per chi la subisce e, se si tratta di proscioglimento, fa addirittura meno notizia.

CONVERSAZIONI CAPTATE IN OCCULTO

Le voci, tramite dispositivi telefonici o informatici, i contenuti di sms o di email, la messaggistica attraverso social, comunicazioni pin to pin o skype, niente è a riparo dall'ascolto dell'inquirente; non è difficile essere autorizzati all'intrusione, nonostante le norme ne richiedano l'impiego come *ultima ratio*, nemmeno se il gestore delle utenze si trovi all'estero e abbia criptato la lettura dei dati, sempre che i flussi s'immettano in Italia "per istradamento". Il fenomeno campeggia da molti anni, provocando un vivace dibattito su riforme mancate, al quale non è estranea la magistratura associata: nell'ipotesi di restrizioni legislative all'uso delle captazioni, sarebbe ridimensionato il potere di conoscere "le vite degli altri", con l'effetto di depotenziare l'impatto dell'indagine.

La tendenza attuale, anzi, è quella di prevedere soluzioni normative capaci rendere più agevole il ricorso alle intercettazioni nei procedimenti relativi a reati contro la pubblica amministrazione; la maggior premura, piuttosto che ridurre il ricorso a pratiche intrusive disinvolute, è di scongiurare la diffusione arbitraria dei flussi intercettati¹. Le prospettive dei compilatori sono dirette a tutelare la riservatezza, in particolare nei casi di captazioni irrilevanti o illegittime; ma è un rimedio blando, che servirà a poco contro la prepotenza della circolazione mediatica. Peraltro, vi si annida il pericolo che la cura verso la massima segretezza dei contenuti captati in occulto comprometta la partecipazione difensiva nel dibattito sullo "stralcio".

La magistratura, dal canto suo, preoccupata di fronteggiare un'immagine negativa dipendente dalla usuale circolazione mediatica, anticipa il legislatore ed escogita "circolari" interne agli uffici giudiziari, tramite cui intende controllare *praeter legem* la procedura di ostensione dei supporti informatici contenenti le captazioni. Ma la faccenda, molto delicata, è coperta da una riserva di legge.

NEW TECHNOLOGY INVESTIGATIONS

Irrompe pervicacemente sulle libertà individuali il nutrito apparato delle nuove tecnologie, molte delle quali sfuggono alla disciplina legislativa.

Internet e strumenti digitali hanno radicalmente mutato il modo di essere degli individui, permettendo sviluppi dell'identità umana impensabili fino a poco fa; persino le relazioni, individuali e di gruppo, hanno cambiato volto, generando archivi privati dalle proporzioni straordinarie. Lo ha capito la Corte di Giustizia UE, quando ha ritenuto contraria al rispetto della vita privata la direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che contempla la conservazione dei dati personali da parte dei servizi di comunicazioni². La Corte sottolinea, secondo un principio non certo nuovo in sede europea, che occorre "proporzionalità" tra la compressione dei diritti individuali e gli obbiettivi che la rendono necessaria, fenomeno che implica precise scelte in ordine all'*an* e al *quomodo* dell'intrusione nella sfera dei dati riservati. È una prospettiva di rilievo generale, capace di pretendere limiti all'intervento giudiziario sui dati accumulati dall'individuo. Tuttavia, è l'idea stessa di proporzionalità – perlomeno in un sistema di *civil law* – che richiede una disciplina legislativa volta a fissare un ragionevole punto di equilibrio; invece, in Italia è la giurisprudenza che tenta di individuare limiti e forme dell'intrusione, con una inclinazione a sottovalutare i diritti della personalità emersi con il dilagare dell'informatica.

Ed ecco che campeggiano strumenti di varia natura, poche volte sussumibili nei modelli disciplinati: pedinamenti elettronici (anche inframurari), videoriprese e videosorveglianze in locali privati, verifiche manuali dei dati sensibili sul dispositivo telefonico durante una perquisizione, controlli telematici di fonti parzialmente "aperte", attività dell'agente provocatore informatico, captazioni tra presenti in luo-

¹ In questi termini, la delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni contenuta nel dd. n. 2067 – S.

² Sentenza 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland e Seitlinger.

ghi diversi da quelli autorizzati, tracciamenti mediante celle telefoniche, acquisizione di dati esterni delle comunicazioni, ecc.

Di recente, è alla ribalta un devastante mezzo investigativo, il *troyan horse*; dal nome allusivo, è capace di inserirsi in ogni dispositivo elettronico, captandone l'intero contenuto e tutto ciò che vi transita³: voci, immagini, archivi, frequentazioni on line, ecc.; al di là della copertura normativa (non sempre calzante) da taluno richiamata quando invoca la disciplina contemplata dagli artt. 266 ss. c.p.p., è allarmante come si azzeri la tutela del cd. domicilio informatico, cioè, della sfera riservata indicativa delle tendenze religiose, sessuali, politiche o di ogni altra inclinazione personale, fino al punto di ottenere una mole di dati utile a tracciare un profilo psicologico dell'individuo. L'assenza di una regolamentazione normativa sacrifica l'esigenza di legalità – unica fonte di componimento tra interessi di rango primario –, compromette il principio di proporzione e sterilizza ogni riparo dall'intrusione altrui.

In proposito, non è convincente il principio espresso dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, secondo cui il *troyan horse* sarebbe consentito solo in vista dei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata⁴. La decisione ha contenuti parziali e riguarda la captazione tra presenti nel domicilio; ma ignora le altre potenzialità dello strumento, abile a rovistare tra dati personali d'ogni genere, accumulati o in transito nel dispositivo, così, fungendo da grimaldello dei profili più intimi.

ARNESI CAUTELARI

Soprattutto nei procedimenti per delitti a sfondo economico, il sottoposto all'inchiesta o (se necessario) un terzo presenta un'elevata probabilità di subire un sequestro di beni, anche immateriali (quote sociali, diritti reali minori, blog o testate on line); astrattamente, il potere si giustifica per evitare il protrarsi di effetti criminosi.

Oggi è una misura largo impiego, che può generare influenze persino nella soluzione di rapporti di natura civilistica; a causa della facilità applicativa, interviene in molti casi, inclusi i procedimenti per talune contravvenzioni (in materia edilizia, ambientale, beni culturali, ecc.).

La portata applicativa del sequestro è estesa alle ipotesi in cui la disciplina consente l'adozione della confisca; ed è proprio in tale settore che la normativa sull'aggressione al patrimonio è diventata molto fiorente, in particolare nelle forme di confisca per equivalente o per sproporzione, figure assai efficaci, ad elevata portata dissuasiva. La tendenziale quanto patologica sovrapposizione tra sequestro e confisca permette di arretrare l'intervento parapunitivo alla fase preliminare, conseguendo "l'esproprio" anticipato di beni che costituiscono oggetto dell'eventuale misura finale; il corollario è ineludibile: gli obiettivi securitari o di prevenzione – perseguibili tramite la confisca – contaminano l'intervento cautelare che rischia di costituirne un'impropria anticipazione⁵. *Fumus e periculum*, presupposti tipici del potere di cautela, si dissolvono nella pratica giudiziaria del sequestro preventivo che, in tal modo, confluisce nella categoria eterodossa dei "mezzi processuali di contrasto".

Passando alla privazione della libertà *ante iudicium*, sappiamo come il metodo custodiale intervenga in misura equivalente o maggiore di quanto si realizzi nei casi di esecuzione della pena: spicca la tendenza a una risposta giudiziaria fulminante e anticipata, (patologicamente) indotta dall'ineffettività (dei tempi) del processo e, tuttavia, in controtendenza ad una etica penitenziaria che si muove nell'ottica della decarcerizzazione.

L'uso giudiziario del potere cautelare si fa "condizionare" poco dalla legge e di fatto dipende dalle opzioni culturali relative all'immanenza dell'art. 27 comma 2 Cost.; l'eccesso d'intervento normativo nel settore (6 riforme solo negli ultimi 4 anni), sinora poco efficace, è il sintomo di una divergenza tra l'ampio ricorso alle misure e le prospettive del legislatore.

Sulla scia, si colloca la legge 16 aprile 2015 n. 47⁶, laddove tenta di attenuare l'eccesso custodiale; ma

³ In tema, M. Trogu, *Sorveglianza e "perquisizioni on line su materiale informatico*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 431 ss., anche per il corredo bibliografico di pertinenza.

⁴ Sentenza 28 aprile 2016.

⁵ Volendo, A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria del sequestro preventivo in funzione di confisca*, in questa *Rivista*, 2016, 3, p. 1 ss.

⁶ Una prima lettura del testo normativo è stata offerta da T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento della misure cautelari*, Giappichelli, Torino, 2015.

si tratta (*more solito*) di scaglie normative disperse nella fitta trama positiva, farraginosa e ridondante. I punti più significativi della riforma stanno nell'introduzione della "attualità" delle esigenze (art. 274 c.p.p.) e nel rafforzamento della motivazione cautelare (artt. 292 comma 2 lett. c) e 306 comma 9 c.p.p.), irrobustita anche in tema di arresti domiciliari con "braccialetto elettronico" (art. 275 comma 3-bis c.p.p.) o di ripristino della misura dopo la sua decadenza per mancata decisione nei termini da parte del tribunale del riesame (art. 309 comma 10 c.p.p.).

Ma dinanzi ad una volontà legislativa volta a circoscrivere il potere giudiziario, si manifestano re-taggi autoritari, pronti ad appiattare la novità delle riforme. Ed ecco il tentativo di ritenere il requisito della "attualità" – soprattutto in funzione del pericolo recidivante – come una ricognizione normativa della prassi, argomentando che già nella precedente versione normativa la giurisprudenza avesse messo in luce la necessità di individuare la nozione di "pericolo probabile" non desumendolo esclusivamente dalla gravità del reato o dai precedenti penali dell'incolpato⁷; ancora, emerge la tendenza a neutralizzare il (nuovo) requisito della "autonomia", introdotto a proposito della motivazione cautelare, additandolo come un fenomeno già assodato dalla prassi⁸; infine, a fronte della preferenza legislativa – in luogo della custodia in carcere – degli arresti domiciliari assistiti dal "braccialetto elettronico"⁹, nemmeno le Sezioni Unite esprimono univocamente la linea da seguire, nonostante un vibrante contrasto, trincerandosi dietro formule tutt'altro che risolutive¹⁰.

QUALI RIMEDI

La meta ideale è (recuperare) la centralità del giudizio, riducendo i tempi dell'inchiesta preliminare e (qui) comprimendo le incursioni *de libertate* al minimo sacrificio necessario; occorre riguadagnare il momento in cui le parti dialogano dinanzi al giudice tramite percorsi ben regolati, dove la pubblicità degli atti migliora la qualità della conoscenza mediata.

Allo stato, tuttavia, sottrarre alla fase delle indagini il peso che ha si rivela una prospettiva concretamente poco attuabile, per un complesso di ragioni alle quali non è estraneo l'acceso confronto tra i poteri dello Stato.

Una via più accettabile, per evitare che la conduzione dell'inchiesta preliminare (e il circuito delle notizie) travolga definitivamente l'individuo, è la terapia delle piccole dosi, tanto sulle dinamiche giudiziarie, quanto sui mezzi di informazione.

L'attacco alle libertà potrebbe essere fronteggiato irrobustendo, com'è già stato attentamente detto, l'autonomia del giudice per le indagini preliminari. Sul piano ordinamentale, rispetto al magistrato del pubblico ministero, si potrebbero meglio rimarcare i criteri di permanenza nelle funzioni assegnate, la specificità professionale nella formazione, la scelta dei parametri d'idoneità allo svolgimento del ruolo.

Quanto alla disciplina processuale, il rafforzamento del giudice preliminare richiederebbe di introdurre una modesta attività istruttoria a suo vantaggio, con limiti precisi: da esercitarsi solo al momento in cui egli provvede su richieste che influenzano le libertà e diretta unicamente a chiarire i contenuti di atti investigativi oscuri o scarsamente perspicui. Infine, bisognerebbe estendere l'intervento del giudice ad autorizzare attività investigative non specificamente disciplinate dalla legge ma comunque in grado di compromettere il domicilio, la privacy dei dati personali (soprattutto sensibili), la segretezza di comunicazioni.

Si dovrebbe inoltre intervenire anche sulla "custodia" giudiziaria degli atti d'indagine: a monte, occorre intensificare il controllo sull'apparato di supporto (cancellerie, polizia, segreterie), con riferimento specifico al pericolo di consegna indebita di atti o alla rivelazione abusiva di circostanze, realizzando

⁷ *Ex plurimis*, Cass., sez., VI, 12 ottobre 2015, n. 43113; Cass., sez. IV, 18 giugno 2015, n. 28153; Cass., sez. V, 24 settembre 2015, n. 43083; Cass., sez. VI, 1 ottobre 2015, n. 44605; Cass., sez. I, 21 ottobre 2015, Calandrino. *Contra*, tuttavia, sostenendo che la novità normativa (art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p.) richieda la presenza di un'elevata probabilità o quasi certezza di occasioni delittuose, tra le altre, Cass. sez. III, 27 ottobre 2015, n. 43113; Cass., sez. II, 18 aprile 2016 n. 15924; Cass., Sez. II, n. 50343 del 3 dicembre 2015, Capparelli; Cass., sez. II, 3 marzo 2016 n. 9908.

⁸ Non isolatamente, Cass., sez. VI, 4 novembre 2015, n. 44605.

⁹ Art. 275 comma 3-bis c.p.p. inserito dall'art. 4, comma 3, legge n. 47 del 2015; art. 275-bis comma 1 c.p.p., interpolato da art. 1 comma 1 lett. a), d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10.

¹⁰ Cass., sez. un., 19 maggio 2016, n. 20769.

modelli organizzativi diretti a prevenire il fenomeno e articolando procedure disciplinari più solerti ed efficaci.

Passando ai *mass-media*, bisogna superare l'idea che l'informazione, comunque ottenuta, sia incondizionatamente protetta dal diritto della collettività a conoscere le notizie giudiziarie; l'essere informati non è prerogativa senza limiti, ma si confronta con altre garanzie individuali, quali il diritto a non apparire colpevole prima del giudizio o la libertà alla vita privata. Emerge, pertanto, la necessità di applicare con effettività la disciplina legislativa esistente quanto ai previsti limiti di pubblicazione delle notizie, attuando gli strumenti di segnalazione agli organi competenti (da parte della magistratura) affinché promuovano le dovute azioni disciplinari; *en pendant*, è auspicabile una disciplina più stringente, anche sotto forma di codici di autoregolamentazione, che permetta di condurre più seriamente le procedure di disciplina.

La circolazione delle notizie, tuttavia, non avviene solo attraverso testate giornalistiche; chiunque può servirsi di siti internet o *social networks* per diffondere informazioni. Tali veicoli, per le loro attitudini intrinseche, sono estremamente efficaci e, pertanto, molto pericolosi quando si usano per divulgare dati riservati. Occorre un intervento legislativo che operi in un campo dove chi lancia la notizia riesce facilmente ad occultarsi: è necessario disciplinare il ruolo dei gestori del servizio, ai diversi livelli di competenza, senza indulgere all'idea bislacca che *internet* è una macchina intoccabile perché incarna la democrazia della conoscenza.