

# CONFRONTO DI IDEE

---

**DANIELE NEGRI**

## **La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)**

**SOMMARIO:** 1. Il dominio sul procedimento penale delle indagini clandestine a doppia funzione, preventiva e repressiva. - 2. Un esempio paradigmatico: i pattugliamenti di polizia nel *web*.

### **1. Il dominio sul procedimento penale delle indagini clandestine a doppia funzione, preventiva e repressiva.**

Diagnosi anteriori sui mutamenti del sistema penale, ripetute tante volte quanti sono ormai gli atti legislativi di contrasto al «terrorismo» internazionale<sup>1</sup>, andranno ribadite e accentuate anche per l'ultimo della serie fin qui approntato dopo la barbarie di Parigi al principio dello scorso anno. Il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 (convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 2015, n. 43) reca l'ennesima poltiglia di norme sparse, volte sia ad estendere l'area della punibilità e insieme ad anticiparne ulteriormente la soglia a condotte preparatorie rispetto a gravi delitti<sup>2</sup>, sia ad allargare l'ambito dei poteri di controllo sociale frammisti alle indagini penali con il consueto espediente degli speciali 'binari' differenziati. Stringendo alle linee essenziali ciò che merita sottoporre a scrutinio, destano attenzione le novità introdotte nel campo delle operazioni tecnologicamente assistite: in particolare, i sondaggi nel *web* suscettibili di condurre a divieti di connessione o all'oscuramento dei siti pericolosi, nonché alla raccolta transfrontaliera diretta di informazioni.

Delle misure appena menzionate preme anticipare due caratteristiche, utili a sporgere lo sguardo sulle tendenze complessive del nostro, come di altri ordinamenti europei: da un lato, esse confermano il ruolo dominante acquisito dalla polizia nell'attuale scenario di reazione al fenomeno terroristico, a tutto discapito delle figure del pubblico ministero e del giudice; dall'altro lato, dimostrano come l'asse strategico dell'indagine si stia progressivamente spostando verso modalità occulte di provvista di informazioni. Sintomatico in tal senso è pure il tentativo del governo, poi abbandonato tra le polemiche parlamentari, d'introdurre sotto la disciplina delle intercettazioni di flussi telemati-

---

<sup>1</sup> Basti qui rammentare il precedente d'un decennio fa, approvato dopo la serie di eventi drammatici d'inizio millennio a New York, Londra e Madrid: d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito dalla l. 31 luglio 2005, n. 155.

<sup>2</sup> Emblematiche le fattispecie incriminatrici dell'addestramento autonomo da parte dei 'lupi solitari' (art. 270-*quinquies* c.p.) e della organizzazione di trasferimenti all'estero dei 'combattenti stranieri' (art. 270-*quater*:1 c.p.). Cfr. al riguardo, COLAIOTTO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, in questa Rivista online.

tici (artt. 266-*bis* c.p.p.) lo strumento assai diverso e ancor più insidioso delle perquisizioni ‘da remoto’ per acquisire dati presenti in un sistema informatico<sup>3</sup>; i dispositivi elettronici impiegati quotidianamente da ciascun cittadino sarebbero stati esplorabili mediante *trojan* di Stato, programmi cioè installati all’insaputa del titolare e in grado di carpire a beneficio dell’autorità ogni informazione che l’individuo confida di mantenere riservata nei propri apparati digitali.

Sono tutte manifestazioni d’un fenomeno ben noto, che nondimeno s’intensificano per quantità col trascorrere del tempo sino a provocare dentro il sistema un vertiginoso salto di qualità. Con maggiore precisione, va detto che non siamo solo di fronte al definitivo congedo dall’idea del processo penale come puro luogo d’accertamento di responsabilità per fatti criminosi del passato; non al semplice mescolarsi della repressione classicamente intesa con la logica della prevenzione rispetto a fonti di pericolo bisognose d’urgente neutralizzazione, a salvaguardia di vite umane e della stessa convivenza civile<sup>4</sup>. Quando si sottolinea la torsione subita negli anni da taluni istituti processuali verso finalità sempre più marcate di difesa della sicurezza collettiva, si coglie così uno stadio ormai già sorpassato dell’esperienza recente. Lì si ragionava ancora di un processo penale che lungo il suo cammino fisiologico mettesse i propri poteri coercitivi, legittimati dall’alta posta in gioco del ‘punire’, al servizio dello scopo estroflesso di freno contro il pericolo di azioni delittuose in pendenza dell’indagine relativa pur sempre al reato principale. Scatenati anticipatamente, a misura che le norme incriminatrici sono venute a colpire attività prodromiche via via arretrate rispetto alla lesione del bene giuridico, quegli strumenti processuali (mezzi di ricerca della prova, provvedimenti cautelari) hanno poi visto abbassarsi in rigore i presupposti del loro impiego, per tale motivo facilitato: vaghezza d’oggetto del *fumus delicti* come conseguenza del difetto di materialità nella condotta descritta dalla fattispecie penale; prognosi a bassa gradazione circa il realizzarsi dell’evento atteso (scoperta dei segni

---

<sup>3</sup> Si veda l’emendamento 2.101. al d.d.l. C/2893 di conversione del d.l. n. 7 del 2015, presentato dal Governo in Commissione Giustizia alla Camera dei Deputati.

<sup>4</sup> La sottolineatura dell’ibridazione tra i due settori della prevenzione e della repressione penale è divenuto un *tòpos* della letteratura fiorita, attorno a metafore belliche, nel decennio appena trascorso. Tra i contributi principali, a partire dal saggio di HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006, p. 322 ss., cfr. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 775 ss.; ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico. Relazione introduttiva*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Gamberini e Orlandi, Bologna, 2007, 35 ss.; VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 695; nonché l’ampio studio di BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008.

d'un reato) o paventato (iterazione di condotte delittuose), quale riflesso della medesima inconsistenza di fondo dell'agire illecito ipotizzato<sup>5</sup>.

Ciò con l'effetto di attenuare gli oneri probatori a carico degli organi incaricati del perseguimento penale e, prima ancora, di assottigliare sino all'indistinzione il presupposto d'avvio delle indagini preliminari, rappresentato dalla *notitia criminis*<sup>6</sup>; a quel punto, convertito il tradizionale confine in una vasta 'zona grigia', le fasi idealmente consecutive della prevenzione e della repressione si sono agglutinate dando origine ad una lunga linea continua di tecniche operative miste, anfibe, ambivalenti<sup>7</sup>. Tolta o annebbiata che sia la cornice formale degli istituti giuridici, a divenire sfuggenti sono le stesse coordinate della verifica di proporzionalità sulle misure destinate ad incidere nella sfera dei diritti fondamentali: non è circoscritta a priori la platea di individui potenziali soggetti passivi; resta dubbio lo scopo dell'intrusione; si sottrae a solide geometrie scalari la relazione tra gravità del fatto temuto o commesso, livello dei requisiti necessari all'intervento reattivo dell'autorità e importanza del bene del singolo sottoposto a limitazione. Ne deriva l'estrema elasticità dei bilanciamenti, il che equivale a rendere flessibili verso il basso le garanzie individuali<sup>8</sup>.

Tale confusione non ha posto soltanto in crisi gli abituali paradigmi della giustizia penale, ma alterato anche equilibri di potere, poiché è la polizia a muoversi a tutto campo, cominciando dall'area della pubblica sicurezza, e dunque a detenere il monopolio strategico grazie al dominio sulla enorme mole di informazioni eterogenee, spurie, raccolte in autonomia assai prima dell'intervento del magistrato penale. Non a caso il fenomeno in parola ha preso oltralpe l'efficace denominazione di «*Verpolizeilichung*», a designare la 'trasmutazione poliziesca' del procedimento penale<sup>9</sup>. Da noi a contenerne l'incontrollata espansione può giovare, ma solo in parte, l'organismo della Direzione nazionale antimafia, al quale sono state estese le attribuzioni in materia di delitti con finalità di terrorismo e la possibilità di avvalersi al riguardo

<sup>5</sup> Su queste deformazioni, sia consentito rinviare alle considerazioni già compiute in NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, in *Il penale nella società dei diritti*, a cura di Donini e Orlandi, Bologna, 191 ss.

<sup>6</sup> Il fenomeno è colto, in Italia, dall'ormai classico saggio di ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 568 ss.

<sup>7</sup> È invalso al riguardo l'uso del termine di 'indagini proattive' (*Risoluzione del XVIII Congresso internazionale di diritto penale*, Istanbul, 20-27 settembre 2009, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 333 ss.).

<sup>8</sup> Analogamente, HAUCK, *Heimliche Strafverfolgung und Schutz der Privatheit*, Tübingen, 2014, 173.

<sup>9</sup> L'espressione si deve a PAEFFGEN, „*Verpolizeilichung*“ des Strafprozesses - *Chimäre oder Gefahr?*, in *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, a cura di Wolter, Berlin, 1995, 16.

dei servizi di polizia, così da mettere la struttura composta di magistrati al centro della rete di conoscenze scambiate tra le indagini penali e i procedimenti di prevenzione<sup>10</sup>.

I problemi sollevati da quel primo slittamento non erano ancora stati assorbiti, che già si apriva il secondo stadio di sviluppo nel quale siamo immersi: l'impasto di prevenzione e repressione, ove il procedimento penale si trova disciolto e piegato in senso poliziesco, finisce altresì permeato dall'attività dei servizi informativi addetti alla sicurezza dello Stato, tanto che s'è potuto parlare al riguardo di un'indagine e di un accertamento giudiziario condizionati dalla logica propria di quelle agenzie e per questa via ulteriormente trasformati (la dottrina tedesca descrive la metamorfosi con il termine di «*Vernachrichtendienstlichung*»<sup>11</sup>). È venuto infatti a cadere «il diaframma che tradizionalmente separava mondo dell'*intelligence* e sfera giurisdizionale»<sup>12</sup>, sollecitando coordinamenti, collaborazioni, sinergie tra i due ambiti<sup>13</sup>. Ma sarebbe ingenuo pensare che si tratti solo di raccordi, di flussi regolati o interdetti nel rispetto degli statuti e dell'identità propri di ciascun comparto. L'ingresso sulla scena dell'inedito protagonista muta di nuovo i rapporti di forza; a poco vale – per esempio – il subordinarne l'operato al controllo della magistratura nelle zone più prossime all'investigazione penale (colloqui con detenuti<sup>14</sup>, intercettazioni preventive), se la costruzione del presupposto che legittima il potere rimane integralmente affidata ai soggetti titolari dell'iniziativa<sup>15</sup>.

Del resto il loro inserimento tra gli attori di questo sistema ibrido, miscuglio di profilassi e repressione, non è certo neutro per le modalità di acquisizione e la qualità della prova. Basterà dire dell'uso di identità mascherate consentito agli appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza negli atti del procedimento penale che ne coinvolgano le gesta, entro certi limiti scriminate

<sup>10</sup> In proposito, v. ROBERTI, *Il coordinamento nazionale delle indagini contro il terrorismo*, in *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo*, a cura di Kostoris e Viganò, Torino, 2015, 142-144.

<sup>11</sup> Così, PAEFFGEN, *Vernachrichtendienstlichung des Strafprozesses*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, 647 ss.

<sup>12</sup> Testualmente, MELILLO, *Il ruolo dei servizi di informazione. Il coordinamento investigativo*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di Kostoris e Orlandi, Torino, 2006, 144.

<sup>13</sup> Si veda, per tutti, la disamina di ORLANDI, *Attività di intelligence e diritto penale della prevenzione*, in *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, a cura di Illuminati, Torino, 2010, 230 ss.

<sup>14</sup> Si allude al potere autorizzato dall'art. 6 d.l. n. 7 del 2015, inizialmente entro il termine del 31 gennaio 2016, poi prorogato di un anno dall'art. 4-bis d.l. 20 dicembre 2015, n. 210, convertito dalla l. 25 febbraio 2016, n. 21.

<sup>15</sup> Il problema si acuisce, se si considera la scelta di conferire il potere di autorizzazione al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma, figura per statuto estranea, all'evidenza, alle dinamiche investigative in questione.

quantunque illecite; oppure in sede di deposizione<sup>16</sup>: sia quando abbiano agito sotto copertura, sia per motivi legati alla protezione dello Stato o alla tutela dell'incolumità dello stesso dichiarante<sup>17</sup>. Ne soffre alquanto il diritto al contraddittorio, che, malgrado le acrobazie della giurisprudenza di Strasburgo<sup>18</sup>, presuppone invece conoscenze dettagliate sui modi di formazione del materiale d'indagine e implica l'accesso della difesa agli elementi utili a contestare la credibilità della fonte personale di prova<sup>19</sup>. Ebbene, l'ennesimo scivolamento all'indietro sino ai territori dell'*intelligence* rischia di alimentare l'accertamento con dati d'origine occulta, di nascondere circostanze viceversa preziose nel lumeggiare il contesto investigativo di scoperta dei fatti illeciti, di sottrarre ulteriore presa allo stesso pubblico ministero e persino alla polizia, consegnando così il primato nelle mani dei servizi segreti: saremmo dunque di fronte - per prendere a prestito una calzante definizione - alla «*Vergeheimdienstlichung*» del processo penale<sup>20</sup>.

Ma a guardar meglio, forse nel settore della lotta a manifestazioni criminose come l'attuale terrorismo di matrice *jihadista* e nell'analisi della legislazione conseguente è addirittura improprio assumere il processo penale a categoria di riferimento, sia pure per registrarne i notevoli scostamenti dal modello tramandato. La sensazione è che di esso importi a tutto concedere l'involucro esteriore, se serve a giustificare certi poteri considerati altrimenti inattuabili o ad ammantarli d'indipendenza dall'Esecutivo chiamando in causa la pallida figura del magistrato; mentre i compiti suoi propri di accertamento della responsabilità penale rimangono ormai solo sullo sfondo: quasi un ingombro o - al più - mero pretesto rispetto ai fini autentici dei dispositivi polizieschi apparecchiati lì intorno, i quali mirano alla raccolta massiccia di informazioni da spendere nell'immediato in vista di obiettivi affatto diversi. ...

---

<sup>16</sup> Si tratta delle modifiche introdotte dall'art. 8 d.l. n. 7 del 2015, sulle quali v. BALSAMO, *Le nuove disposizioni sulla tutela processuale, sulle garanzie funzionali e sulle attività di informazione del personale dei servizi segreti*, in *Il nuovo 'pacchetto'*, cit., 119 ss.; VIOLA, *Le nuove misure investigative, processuali e ordinamentali per il contrasto al terrorismo*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di Baccari, La Regina e Mancuso, Padova, 136 ss.

<sup>17</sup> Quest'ultima tutela è a termine, giacché, salve proroghe, è destinata a valere fino al 31 gennaio 2018.

<sup>18</sup> Riguardo alle pronunce in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo, inclini a compensare il deficit del diritto di difesa sul piano dei criteri di valutazione probatoria, cfr., per tutti, LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008, 233 ss.

<sup>19</sup> Per vero anche il pubblico ministero, stavolta, è tenuto all'oscuro dell'autentica identità del testimone, ma l'insieme di due debolezze non rappresenta un rimedio alla violazione del principio del contraddittorio.

<sup>20</sup> Cfr., da ultimo, SINGELSTEIN-PUTZER, *Rechtliche Grenzen strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen - Aktuelle Bestandsaufnahme und neue Herausforderungen*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, 314 ss.

ARCHIVIO PENALE 2016, n. 2

**TESTO INTEGRALE RISERVATO AI SOLI ABBONATI**