

CONFRONTO DI IDEE

OLIVIERO MAZZA

Prolegomeni di un giusto processo penale

Prolegomena of a fair criminal trial

SOMMARIO: 1. Un'inversione di tendenza: le intercettazioni. - 2. La libertà personale. - 3. L'esclusione dell'appello del pubblico ministero e la rinnovata informazione di garanzia. - 4. I temi non toccati e il recupero del disegno costituzionale del giusto processo.

1. *Un'inversione di tendenza: le intercettazioni.* La prima concreta proposta di riforma del sistema penale formulata dall'attuale Ministro della Giustizia si presta a valutazioni contrastanti. Sul piano politico, non vi è dubbio che si tratti di una netta inversione di tendenza rispetto all'approccio efficientista seguito nella scorsa legislatura dai diversi Guardasigilli che si sono succeduti. Finalmente si torna a una normativa assiologicamente orientata e in piena concordanza con la sintassi delle garanzie processuali dei diritti fondamentali. Una ventata d'aria fresca dopo gli ultimi anni di asfittica oppressione esercitata sul processo penale, dapprima dall'emergenza sanitaria e poi dall'astuto baratto fra diritti e finanziamenti europei, siglato e sigillato nel PNRR. Per condensare la netta cesura in uno slogan, si è passati dall'efficienza punitiva all'efficienza delle garanzie.

Superato l'entusiasmo iniziale per gli aspetti connotativi del disegno di legge, quando si prendono in esame i contenuti tecnico-normativi ci si rende però conto di come la volontà politica non sia stata utilmente tradotta in previsioni tali da determinare un apprezzabile impatto concreto.

Il messaggio politico, che merita incondizionato apprezzamento, foss'anche solo perché segna il ritorno a una legislazione schiettamente garantista, come dovrebbe essere la legge di procedura penale in ogni ordinamento democratico, crea attese che vengono sostanzialmente deluse, soprattutto sui terreni più delicati della libertà delle comunicazioni e di quella personale.

La disciplina delle intercettazioni è certamente la più tormentata dell'intero codice di procedura penale. Da più di trent'anni ogni Governo ha sentito l'esigenza di intervenire con i più disparati correttivi, senza peraltro mai riu-

scire a raggiungere un accettabile equilibrio fra gli interessi contrapposti¹.

Il d.d.l. Nordio sembra replicare l'errore di impostazione della riforma Orlando (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216), rivista e corretta dal Ministro Bonafede (d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7; d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020 n. 70), ossia quello di porsi l'obiettivo, in sé ambizioso, di tutelare la riservatezza, ma solo dei terzi estranei alla vicenda processuale. La riservatezza, tuttavia, è un diritto fondamentale che va garantito anche alle persone sottoposte al procedimento su fatti che non abbiano rilevanza penale.

L'interpolazione degli artt. 114 comma 2 bis, 116 comma 1, 268 commi 2 bis e 6 c.p.p. si segnala anche per la sostanziale ineffettività di previsioni elastiche e comunque sprovviste di precise sanzioni in caso di inosservanza. In definitiva, si tratta di norme non precettive, semplici consigli su come si dovrebbe procedere alla stregua della più generale deriva che caratterizza le norme processuali, soprattutto nella loro interpretazione giurisprudenziale. Se, quindi, l'obiettivo di limitare le violazioni del diritto alla riservatezza su fatti privi di rilevanza penale è condivisibile, la strada intrapresa sembra ben poco incisiva. Per tentare di risolvere l'annosa questione delle intercettazioni bisognerebbe avere il coraggio politico di ripensare l'istituto *ab initio*, senza limitarsi a cercare di somministrare cure palliative per quelle che si reputano semplici distorsioni applicative. La patologia, ovviamente, è ben più grave e si colloca a monte, essendo rappresentata dall'abuso dello strumento intercettivo che impone di ripensarne l'uso probatorio: il dialogo ascoltato deve porre un tema di prova, da verificare sulla base di altri elementi, ma non può essere la prova regina autosufficiente. La contropinta all'impiego delle intercettazioni sarebbe potentissima e avrebbe positivi riflessi anche sulla gogna mediatica, da combattere altresì con precetti chiari e presidiati da sanzioni effettive. Non basta continuare a denunciare le degenerazioni e intervenire settorialmente, occorre definire poche regole cogenti e puntare sul senso di responsabilità di tutti, rafforzato da sanzioni connotate da una reale deterrenza. Il riferimento non è solo ai giornalisti, che sono l'ultimo anello della catena, il problema è

¹ Cfr. *Le nuove intercettazioni*, a cura di Mazza, Torino, 2018, *passim*.

soprattutto in chi scrive le motivazioni dei provvedimenti cautelari con analitica acribia, rivolta evidentemente all'opinione pubblica più che alle parti, o distribuisce "sotto banco" gli atti processuali, alimentando così le distorsioni mediatiche.

Nel bilanciamento di interessi, la libertà di informazione non può mai essere invocata su fatti penalmente irrilevanti, non c'è un interesse pubblico alla conoscenza di vicende private svincolate dall'oggetto dell'accertamento. Su questa solida premessa concettuale si deve costruire un sistema sanzionatorio che vada oltre la risibile ammenda dell'art. 684 c.p. La deterrenza di una oblazione di poche centinaia di euro è nulla, così come l'accertamento della violazione del segreto d'ufficio è velleitariamente rimesso alla buona volontà di pubblici ministeri che dovrebbero sostanzialmente indagare su sé stessi o sui loro più stretti collaboratori. La pubblicazione di notizie lesive del diritto alla riservatezza, in quanto riguardanti circostanze che non rientrano negli addebiti, ancorché provvisori, deve essere sanzionata con misure proporzionate, ma anche dissuasive, preferibilmente amministrative e interdittive. Rimane poi da risolvere l'ulteriore questione riguardante la pubblicazione, soprattutto in costanza delle indagini, dei dialoghi rilevanti per l'accertamento penale e anche sotto questo profilo il sistema va profondamente ripensato, in modo tale da rendere effettivi i divieti già esistenti.

Qualunque seria prospettiva di riforma non può, inoltre, non prendere le mosse dalla presa d'atto che lo strumento investigativo continua a mantenere un inaccettabile margine di atipicità, sia nei presupposti sia nei metodi di esecuzione².

E' indispensabile fornire una convincente risposta all'esigenza, costituzionalmente imposta, di confinare le intercettazioni in un ambito di effettiva eccezionalità, tenendo conto del paradosso, solo apparente, di uno strumento investigativo tanto efficace quanto potenzialmente dannoso e non solo nei confronti di beni costituzionalmente protetti, quali la segretezza delle comunicazioni o l'inviolabilità del domicilio, ma anche per una seria e rigorosa ricostruzione del fatto, risultato, a sua volta, di evidente rilevanza costituzionale.

² Vengono qui riproposti i contenuti dell'intervento svolto il 21-2-2023 dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul tema delle intercettazioni.

L'intercettazione è divenuta così indispensabile per il contesto di ricerca da trasformarsi, mediante una singolare nemesi, in uno strumento anticognitivo nel contesto decisorio e di giustificazione.

Di fronte alla narrazione intercorsa nei dialoghi privati di certi accadimenti, la ricostruzione processuale del loro effettivo verificarsi passa in secondo piano o viene del tutto pretermessa. Emerge in giurisprudenza un approccio di carattere fideistico ai risultati delle intercettazioni per cui è massima consolidata che «le dichiarazioni auto ed etero accusatorie registrate nel corso di attività di intercettazione regolarmente autorizzata hanno piena valenza probatoria e, pur dovendo essere attentamente interpretate e valutate, non necessitano degli elementi di corroborazione previsti dall'art. 192, comma 3, c.p.p.»³. Alle dichiarazioni captate occultamente viene così generalmente riconosciuta una patente di intrinseca genuinità che non ha, tuttavia, fondamento giuridico razionale.

Non si comprende, infatti, per quale motivo la prova dichiarativa assunta secondo le stringenti regole codicistiche di precauzione epistemica debba essere valutata anche alla luce delle regole di prova legale dettate dall'art. 192 c.p.p., mentre la narrazione resa in un contesto certamente meno garantito, qual è il dialogo privato, sia accreditata di una potenzialità persuasiva superiore tale da esonerare il giudice da ogni riscontro fattuale.

Come detto, se il risultato dell'intercettazione non fosse più una prova auto-sufficiente, la svalutazione del risultato investigativo sarebbe il miglior deterrente per scongiurare il ricorso eccessivo e spesso indiscriminato a questa tecnica di indagine, da tutti denunciato come il più grave dei tradimenti della disciplina codicistica che vorrebbe, invece, le intrusioni dell'autorità giudiziaria nelle comunicazioni confinate ai casi eccezionali in cui risultassero realmente indispensabili (*rectius*, non utilmente surrogabili con altri mezzi di prova) per la conduzione delle indagini.

Ripensare la stessa natura delle intercettazioni non sarebbe però sufficiente se contestualmente non venissero sciolti tutti i nodi problematici di una disciplina che sfugge ai canoni di tassatività imposti dal principio di legalità.

Si pensi, ad esempio, alla mancanza di garanzie che l'addebito provvisorio

³ Cass., Sez. un., 28 maggio 2015, Sebbar, Rv. 263714 - 01.

formulato durante le indagini non sia strumentale all'impiego delle intercettazioni o all'applicazione del loro regime normativo differenziato⁴.

Il pubblico ministero non può essere il *dominus* assoluto di contestazioni preliminari fantasiose e cangianti, valide per giustificare, anche *ex post*, il ricorso massiccio alle intercettazioni in tutte le loro proteiformi tecnologie.

La "contestazione a fini d'intercettazione" non può svanire nel processo senza conseguenze sulla utilizzabilità delle prove acquisite solo grazie a evidenti forzature dell'ipotesi accusatoria compiute nel fluido contesto investigativo. In particolare, quando sono in gioco i diritti fondamentali, connotati dalla doppia riserva di legge e di giurisdizione, appare costituzionalmente illegittimo escludere un controllo giurisdizionale anche sulla correttezza dell'ipotesi di reato formulata dal pubblico ministero che rappresenta la prima delle condizioni di accesso alle intercettazioni. Valutazione che deve reggere al vaglio giurisdizionale *ex ante*, ma anche a quello *ex post* da compiersi quando si tratta di utilizzare i risultati delle intercettazioni in un processo che magari non riguarda più i reati per i quali è possibile ricorrere a tale mezzo di ricerca della prova. In tal caso, andrebbe previsto un espresso divieto di utilizzazione. Anche le condizioni per impiegare i risultati delle intercettazioni in altri procedimenti meritano una adeguata precisazione che tolga ogni spazio a interpretazioni instabili e spesso abrogatrici dei divieti legislativi. Si pensi, ad esempio, all'ultima, in ordine di tempo, questione interpretativa su come vada inteso il procedimento "stralciato" in fase di indagini, se debba o meno applicarsi la disciplina dell'art. 270 c.p.p. oppure se rimanga sempre il medesimo procedimento, come suggerisce la giurisprudenza di legittimità⁵.

Le intercettazioni ubiquitarie⁶ sono una patologia nella patologia che va contrastata con una disciplina legislativa che non si presti a interpretazioni a dir poco creative da parte della giurisprudenza. Se nel corso di ascolti debitamente autorizzati si acquisisce la notizia di un ulteriore reato, l'intercettazione potrà essere utilizzata esclusivamente quale *notitia criminis* che consente

⁴ Per l'estensione soggettiva di questi contestabili criteri, v., di recente, Cass., Sez. VI, 7 giugno 2017, Di Palma e altri, Rv. 27056501.

⁵ Cass., Sez. VI, 8 marzo 2023, Rv. 284256.

⁶ Cfr. TAVASSI, *Le intercettazioni ubiquitarie fra legalità e non dispersione della prova*, in *Arch. pen.*, 2018, 2, 353 ss.

l'apertura di un nuovo procedimento nel quale, eventualmente, chiedere una nuova autorizzazione agli ascolti per il diverso reato, ma non potrà mai essere utilizzata come prova da trasferire nel diverso procedimento. Una disciplina precisa, semplice e non interpretabile, che risponda all'esigenza costituzionale di tassatività imposta dalla riserva di legge e che scoraggi le intercettazioni "a strascico" oggi tanto di moda.

Non è nemmeno pensabile che, sempre in una materia governata dalla riserva rafforzata di legge, rimangano fuori dal perimetro normativo prassi operative di dubbia legittimità, avallate in modo pressoché acritico dalla giurisprudenza, come l'instradamento⁷ e la remotizzazione⁸.

In tema di intercettazioni ambientali, ancora più grave è il persistente vuoto normativo sulle attività necessarie all'installazione e alla disinstallazione del materiale tecnico impiegato nelle captazioni, compresi i più evoluti virus informatici. Queste operazioni, oggi nel dominio riservato della polizia giudiziaria, non vengono in alcun modo documentate, non sono controllabili né dal pubblico ministero né dal giudice e non possono nemmeno essere sindacate

⁷ «In tema di intercettazioni telefoniche, il ricorso alla procedura dell'istradamento - cioè il convogliamento delle chiamate in partenza dall'estero in un nodo situato in Italia (e a maggior ragione di quelle in partenza dall'Italia verso l'estero, delle quali è certo che vengono convogliate a mezzo di gestore sito nel territorio nazionale) - non comporta la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, in quanto in tal modo tutta l'attività d'intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate viene interamente compiuta nel territorio italiano, mentre è necessario il ricorso all'assistenza giudiziaria all'estero unicamente per gli interventi da compiersi all'estero per l'intercettazione di conversazioni compiute all'estero e captate solo da un gestore straniero. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto legittima l'intercettazione di attività di messaggistica cd. PIN to PIN effettuata in Italia tra persone in possesso di apparecchi Blacberry, mediante immissione dei dati, trasmessi dalla società con sede in Italia, direttamente sulla memoria centralizzata installata nei locali della Procura della Repubblica)» (Cass., Sez. III, 15 marzo 2016, Rao, Rv, n. 266490).

La tecnica dell'istradamento si è poi evoluta con riferimento all'intercettazione della posta elettronica: «in tema di intercettazione di comunicazioni informatiche, è legittima l'acquisizione tramite la procedura dell'istradamento dei messaggi di posta elettronica, in entrata e in uscita, relativi ad una casella gestita da un provider estero. (In motivazione la Corte ha precisato che il ricorso a tale tecnica non comporta la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, in quanto, in tal modo, tutta l'attività d'intercettazione viene interamente compiuta nel territorio italiano, né dell'art. 8 della CEDU come interpretato dalla sentenza della Corte EDU nel caso Capriotti c. Italia)» (Cass., Sez. IV, 30 settembre 2016, Grassi e altri, Rv. 268230).

⁸ «In tema di intercettazioni, è legittima l'utilizzazione, per le operazioni di captazione, di impianti e mezzi appartenenti a privati. (Fattispecie relativa ad intercettazioni telefoniche ed ambientali eseguite presso i locali della procura della Repubblica con remotizzazione negli uffici della polizia giudiziaria mediante impianti presi a noleggio da privati)» (Cass., Sez. I, 1° gennaio 2019, Balice, Rv. 277794 - 01)

ex post dalla difesa o dai terzi comunque interessati⁹. Si tratta, però, di intrusioni nel domicilio, anche solo digitale, o comunque in luoghi riservati che, per giustificarsi alla stregua di limitazioni consentite ai diritti costituzionali, dovrebbero essere disciplinate dalla legge ed espressamente autorizzate dall'autorità giudiziaria secondo modalità operative prestabilite. Le medesime considerazioni possono essere estese alle attività svolte dalla polizia giudiziaria per individuare le utenze da sottoporre ad intercettazione¹⁰.

L'utilizzo del captatore informatico è un buon punto di osservazione per verificare la dissoluzione della legalità probatoria in nome dell'atipicità. Disciplinato dalla legge esclusivamente per l'esecuzione di intercettazioni di comunicazioni fra presenti (art. 266 commi 2 e 2-bis c.p.p.), viene regolarmente impiegato per altri fini investigativi, come, ad esempio, per l'acquisizione, mediante *screenshot*, di un file in corso di redazione su un personal computer, «trattandosi di mera constatazione del dato informatico in corso di realizzazione, oggetto di "comportamento comunicativo", suscettibile di intercettazione ed anche di videoregistrazione ai sensi dell'art. 266-bis c.p.p., e non di perquisizione informatica diretta alla ricerca ed estrapolazione di dati preesistenti»¹¹.

In una materia coperta dalla riserva di legge rafforzata (art. 15 e 111 comma 1 Cost.), la scelta del legislatore di consentire un solo utilizzo del captatore in-

⁹ V., ad esempio, Cass., Sez. VI, 24 agosto 2017, Nobile e altro, Rv. 27094101, secondo cui «in tema di intercettazioni ambientali, le operazioni di collocazione e disinstallazione del materiale tecnico necessario per eseguire le captazioni costituiscono atti materiali rimessi alla contingente valutazione della polizia giudiziaria, non essendo compito del pubblico ministero indicare le modalità dell'intrusione negli ambiti e luoghi privati ove verrà svolta l'intercettazione. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia giudiziaria non dà luogo ad alcuna nullità od inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali)».

¹⁰ «L'individuazione da parte della polizia giudiziaria dell'utenza telefonica da sottoporre ad intercettazione attraverso il monitoraggio di utenze presenti in una determinata zona, mediante apparecchiature in grado di individuarne i codici identificativi previo posizionamento in prossimità del cellulare da "tracciare", rientra tra gli atti urgenti e "innominati" demandati agli organi di polizia giudiziaria, ai sensi degli artt. 55 e 348 cod. proc. pen., non soggetto ad una preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria. (In motivazione la Corte ha precisato che la mera attività di individuazione dell'identità del singolo apparecchio telefonico mediante il monitoraggio di una utenza, non operando alcuna intrusione nelle conversazioni in transitò sull'apparecchio monitorato e costituendo unicamente il presupposto operativo di una successiva attività captativa di conversazioni, non necessita di un decreto autorizzativo, in quanto non lesiva di alcun principio costituzionale e sovranazionale e non assimilabile ad un mezzo di ricerca della prova)» (Cass., Sez. IV, 25 settembre 2018, Rv. 273929).

¹¹ Cass., Sez. I, 1° febbraio 2022, Romeo Orazio, Rv. 282495.

formatico dovrebbe essere letta come divieto di qualunque altro impiego, anche in forma analogica.

Al contrario, la giurisprudenza non ha difficoltà ad ammettere ogni possibile finalizzazione investigativa del controllo da remoto di qualunque apparecchio informatico. Rileggendo la massima appena riportata, verrebbe da chiedersi, anzitutto, se sia legittimo considerare il personal computer alla stregua di un dispositivo elettronico portatile, unico strumento in cui la legge consente l'inoculazione del virus. Inoltre, andrebbe ricordato che le intercettazioni informatiche e telematiche, disciplinate dall'art. 266-bis c.p.p., non possono essere eseguite mediante il *trojan horse* il cui impiego è testualmente consentito solo per le ben diverse intercettazioni ambientali di comunicazioni fra presenti. Infine, ma non ultimo, il concetto di comunicazione non può certo includere la fase preparatoria di redazione di un documento che, solo in ipotesi, potrebbe essere in un secondo momento spedito a un diverso destinatario. L'assoluta atipicità delle argomentazioni svolte dalla sentenza in esame non riesce a nascondere la realtà di una perquisizione informatica illegittima, svolta da remoto mediante l'indebito utilizzo di un virus informatico che il legislatore vorrebbe limitato alle sole intercettazioni di conversazioni fra presenti.

Occorre, quindi, esplicitare meglio il divieto di impiegare il captatore per ogni forma di intercettazione diversa dalle ambientali fra presenti.

Infine, anche in seguito alla recentissima decisione della Corte costituzionale¹², è tanto necessario quanto urgente aggiornare i concetti stessi di intercettazione e sequestro, prendendo atto dell'evoluzione delle comunicazioni oggi sempre più spesso affidate a canali diversi dalla mera telefonata o dal dialogo fra presenti.

La giurisprudenza di legittimità ha già ben colto il fenomeno con la conseguenza di spingere l'atipicità a un livello superiore che rasenta la piena libertà di investigazione info-telematica. Per orientamento consolidato, la Cassazione ritiene che i messaggi *whatsapp*, così come gli sms e ogni altra comunicazione scritta conservati nella memoria di un apparecchio cellulare o di un computer, abbiano natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., con la conse-

¹² Corte cost., n. 170 del 2023.

guenza che la relativa attività acquisitiva non soggiace alle regole stabilite per la corrispondenza, né tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche. Posta questa premessa, l'acquisizione di ogni comunicazione scritta contenuta nello smartphone può avvenire legittimamente mediante riproduzione fotografica eseguita a cura degli inquirenti, magari previa informale richiesta di esibizione del *device* e senza nemmeno procedere a sequestro probatorio¹³. Non c'è bisogno di invocare l'atipicità della prova quando tutto il procedimento acquisitivo si pone al di là dei limiti segnati dalla legge processuale e, in una deriva finalistica, si guarda solo al risultato, da inquadrare impropriamente in una norma contenitore come quella relativa alla prova documentale. L'evidente obiettivo della deformalizzazione delle investigazioni viene raggiunto ignorando e aggirando la disciplina tipica delle intercettazioni o anche solo delle perquisizioni e dei sequestri di documenti informatici, limitando la visuale al solo risultato finale delle attività di indagine, ossia a una fotografia/documento ottenuta illegittimamente.

Appare giuridicamente ipocrita e sociologicamente anacronistico continuare ad applicare l'artificiosa distinzione fra comunicazioni in atto, suscettibili di intercettazione, corrispondenza fisica, per la quale valgono le regole dei sequestri garantiti, e la corrispondenza elettronica che può essere appresa mediante un semplice scatto fotografico dello schermo di un *device* da parte della polizia giudiziaria, senza alcuna previa autorizzazione giurisdizionale e al di fuori di ogni limite di ammissibilità. Per comprendere quanto sia superata questa impostazione dall'evoluzione dei costumi, basterebbe ricordare che la maggior parte delle nostre comunicazioni è ormai digitale e asincrona, come dimostra l'impiego sempre più diffuso tanto della posta elettronica, quanto dei messaggi scritti o vocali che vengono inseriti o registrati dal mittente nelle chat e che non possono certamente dirsi recapitati fino a quando il destinatario non li abbia letti o ascoltati.

Il messaggio vocale è il paradigma di una conversazione in corso di svolgimento rispetto alla quale non si può legittimare l'ascolto da parte della magi-

¹³ In tal senso, Cass., Sez. VI, 14 aprile 2022, Barlocco; ID., Sez. VI, 12 novembre 2019, Bassi, Rv. 278124; ID., Sez. III, 6 novembre 2019, R., *ivi*, n. 278635; ID., Sez. III, 25 novembre 2015, Giorgi, *ivi*, n. 265991.

struttura, o peggio ancora della polizia giudiziaria, prima ancora che il destinatario venga a conoscenza del contenuto del messaggio medesimo. Ma lo stesso potrebbe dirsi per ogni forma di comunicazione scritta info-telematica che, fino a quando il destinatario non ne ha preso conoscenza, è a tutti gli effetti in corso di svolgimento e rispetto alla quale l'intrusione dell'autorità deve soggiacere alle regole delle intercettazioni.

Se le persone comunicano sempre di più in modo digitale e asincrono, non si può continuare a circoscrivere la tutela apprestata dall'art. 15 Cost. alle sole comunicazioni vocali sincrone, in quanto la garanzia dei beni costituzionali va adattata all'evoluzione dei costumi sociali, soprattutto quando non vi sarebbero limiti di sorta anche a una interpretazione apertamente analogica, ma in *bonam partem*. Ad ogni modo, l'art. 266 comma 1 c.p.p. prende in considerazione l'intercettazione di conversazioni, distinta dalle comunicazioni telefoniche, o da altre forme di telecomunicazione, mentre l'art. 266-bis c.p.p. estende la disciplina alle intercettazioni dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche: concetti ampi in cui rientra, senza neppure la necessità di ricorrere all'analogia, qualunque modalità di trasmissione del proprio pensiero, compresa quella riconducibile alle forme di messaggistica istantanea o di posta elettronica.

L'atipicità delle intrusioni che gli inquirenti compiono, su vasta scala, in ogni forma di comunicazione trova spiegazione, ma non certo giustificazione, non solo nella facilità delle operazioni e nelle potenzialità smisurate dei mezzi impiegati, ma anche sotto un altro aspetto, che riguarda l'esigenza della magistratura di sottrarsi alle regole delle intercettazioni per non dover sottostare ai complessi meccanismi della cooperazione giudiziaria internazionale. I maggiori gestori (provider) dei servizi di posta elettronica e di messaggistica istantanea si trovano all'estero, in particolare negli Stati Uniti d'America o comunque in Paesi che, a differenza del nostro, hanno una cultura delle regole processuali improntata a un rispetto sacrale per la riservatezza. Da ciò discende che le difficoltà operative sconsigliano di fare ricorso alle vere e proprie intercettazioni, soprattutto quando la giurisprudenza legittima benevolmente l'aggiramento di ogni regola attraverso l'intrusione diretta nel *device* del soggetto *target*. La scorciatoia viene praticata tanto in modo "virtuale", attraverso

l'uso improprio del *trojan horse* che permette di monitorare ogni forma di comunicazione in corso, ma anche di accedere ad altre funzioni del virus, pur vietate dalla legge processuale, come, ad esempio, l'ascolto di conversazioni telefoniche, le perquisizioni della memoria informatica, il tracciamento e il posizionamento, le video riprese dell'ambiente circostante, quanto in modo più brutale e fisico, con l'ordine di consegna dello *smartphone* (art. 248 c.p.p.) o il sequestro d'urgenza dello stesso e la successiva visione di tutti i contenuti, previo superamento dell'eventuale *password* di protezione.

Non appare necessario soffermarsi ulteriormente sulle deviazioni giurisprudenziali per comprendere come l'atipicità, formalmente rivendicata, nasconda, in realtà, una ben diversa esigenza di irritualità che sfocia nella piena libertà di una *inquisitio generalis* senza limiti, in grado di calpestare tutti i diritti fondamentali dell'individuo per il fine superiore dell'accertamento dei reati che giustifica ogni mezzo.

Qualora non si volesse accogliere la lettura evolutiva dei concetti di comunicazione e di intercettazione¹⁴, l'esigenza di tutela imposta dall'art. 15 Cost. andrebbe comunque assicurata alla corrispondenza elettronica (posta o messaggistica istantanea) «anche dopo la ricezione da parte del destinatario, almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento "storico"»¹⁵. In seguito alla decisa presa di posizione della Corte costituzionale è indifferibile una complessiva riscrittura della disciplina codicistica posta a tutela dell'art. 15 Cost, abbandonando la comoda scorciatoia della prova documentale, finora praticata grazie all'espedito interpretativo sconfessato dal Giudice delle leggi.

Un discorso a parte meritano le garanzie di libertà del difensore. L'inutilizzabilità postuma, a volte declinata sul mero paradigma dei criteri di valutazione, è un baluardo del tutto insufficiente per tutelare l'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.) e il conseguente segreto professionale. La tecnologica consente di escludere in radice l'ascolto dei dialoghi fra av-

¹⁴ Già proposta in MAZZA, *Critica delle prove atipiche nella deriva giurisprudenziale*, in *Dir. difesa*, 2022, 68 ss.

¹⁵ Corte cost., n. 170 del 2023, § 4.4 del considerato in diritto.

vocato e assistito, sul punto non vi sono mediazioni possibili e la scelta non può che essere quella di un divieto radicale e assoluto di intercettazione delle utenze dedicate alle comunicazioni inerenti all'esercizio della difesa, sulla falsariga della tutela accordata alla corrispondenza fisica dagli artt. 103 comma 6 c.p.p. e 35 norme att. c.p.p.

2. *La libertà personale.* L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia, per le richieste di custodia cautelare fondate sul pericolo di recidiva, e la collegialità nell'adozione delle misure sono proposte chiaroscurali.

Il contraddittorio anticipato rispetto all'adozione della misura cautelare è un timido esperimento di natura sostanzialmente eccezionale, rimanendo del tutto esclusi i procedimenti per reati di maggiore allarme sociale, nella deteriorata tradizione dei modelli differenziati, ed essendo comunque limitato alla sola esigenza cautelare del pericolo di reiterazione del reato.

La tematica non è certamente nuova, se ne discute dagli anni 90 del secolo scorso¹⁶, ma è ancora vivo il ricordo degli interrogatori in transito gestiti dal pubblico ministero e dal G.i.p. al tempo di Mani pulite, quando il tintinnare delle manette segnava il percorso da Palazzo di giustizia al carcere di San Vitore. L'interrogatorio prodromico all'adozione della misura custodiale è un atto dai contorni drammatici, un'arma a doppio taglio, soprattutto uno strumento di smisurata pressione sull'indagato temporaneamente a piede libero, con buona pace per la libertà di autodeterminazione che dovrebbe caratterizzare ogni scelta autodifensiva, a partire da quella di avvalersi o meno della facoltà di non rispondere.

Un ulteriore effetto indesiderato della proposta di modifica sarebbe certamente quello di cementare la sinergia investigativa fra pubblico ministero e giudice, quest'ultimo chiamato a svolgere l'interrogatorio di garanzia anticipato più nell'ottica di un mezzo di prova che di uno strumento di difesa. Il fondato timore è che da tale atto derivi per l'interrogato un onere di collaborazione che non sarebbe altro se non il prezzo da pagare per conservare la libertà.

Fin troppo facile l'obiezione che tale trasformazione dell'interrogatorio di ga-

¹⁶ Cfr. *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Napoli, 1997.

ranzia riguarda già l'atto postumo dell'attuale assetto normativo, ma non si può non notare la drammaticità del clima in cui si svolgerà l'interrogatorio in transito e la enorme compressione del diritto di autodifesa passiva.

Per quanto attiene alla collegialità nell'adozione della misura, la vera controindicazione non è di carattere organizzativo per i tribunali di piccole dimensioni, trattandosi di un inconveniente al quale lo stesso ministero saprà porre rimedio, magari investendo le risorse liberate dal PNRR, né la facile previsione che si tratterà di una collegialità solo apparente, considerata la vocazione monocratica dei G.i.p. Sul piano delle garanzie e del sistema, la preoccupazione maggiore è il conseguente depotenziamento del riesame o comunque un consolidarsi della decisione cautelare, soprattutto sul versante indiziario, tale da pregiudicare seriamente il giudizio di merito.

L'abuso della custodia cautelare si può fronteggiare solo con scelte radicali, peraltro imposte dal combinato disposto degli art. 13 e 27 comma 2 Cost. E' un fatto notorio che soggetti presunti innocenti vengono concretamente privati della libertà personale per esigenze di punizione anticipata o comunque di difesa sociale. La politica degli aggettivi e degli avverbi, finora seguita dal legislatore, non è mai riuscita a incidere sulle distorsioni applicative indotte da una sedimentata cultura inquisitoria che trova riscontro normativo nell'art. 274 lett. c) c.p.p. Per spezzare questa deriva, apparentemente inarrestabile, bisogna prevedere che, di regola, la massima restrizione possibile siano gli arresti domiciliari, confinando la custodia in carcere ai soli casi eccezionali in cui l'imputato abbia dimostrato, con il suo comportamento in costanza del procedimento, il concreto e attuale pericolo di violenze. Solo un rigoroso sbarramento all'applicazione della custodia cautelare sarebbe in grado di dare un preciso significato alla presunzione di non colpevolezza, intesa come regola di trattamento dell'accusato in attesa di giudizio.

3. L'esclusione dell'appello del pubblico ministero e la rinnovata informazione di garanzia. Merita apprezzamento senza riserve la proposta di introdurre il divieto per il pubblico ministero di presentare appello avverso le sentenze di assoluzione, ancorché limitato ai soli procedimenti a citazione diretta. Si tratta di un primo passo verso la piena realizzazione di una scelta logica e di

civiltà giuridica. La critica secondo cui non sarebbe razionale limitare la nuova previsione ai procedimenti a citazione diretta non coglie nel segno. Il difetto è nella logica dei moduli procedurali differenziati in funzione della tipologia del reato, ma se finora ciò è avvenuto nell'ottica di una riduzione delle garanzie, questa volta, fortunatamente, si differenzia per elevare gli standard di garanzia. Dunque, se è discutibile il doppio binario come eccezione fondata sul tipo di reato, elemento discretivo privo di razionalità alla luce della presunzione di innocenza che accomuna tutti gli imputati, a prescindere dal titolo di reato contestato, non altrettanto si può dire per una scelta politica che comunque introduce nuove garanzie, sia pure solo in determinati procedimenti. Chi critica il disegno di legge dovrebbe, per coerenza, mettere in discussione l'idea stessa dei binari processuali differenziati in ragione di una riduzione delle garanzie e, magari, cogliere l'aspetto, comunque positivo, di una differenziazione *in bonam partem* per l'imputato assolto.

Anche in questo caso l'auspicio è che la limitata introduzione di un divieto d'appello del pubblico ministero sia prodromica a un più generale ripensamento del ruolo dell'accusa dopo la sentenza di assoluzione.

La previsione pattizia dell'art. 14 par. 5 Patto. int. dir. civ. pol. non prevede, infatti, l'appello avverso le sentenze di assoluzione. Dal dato testuale emerge che, nell'ottica internazionale e costituzionale (art. 117 comma 1 Cost.), l'appello del pubblico ministero contro le decisioni di proscioglimento non è necessario. Di conseguenza, l'*international human right law* non fornisce la base giuridica per rivendicare il diritto al riesame della sentenza che escluda la colpevolezza dell'imputato.

Senza poter affrontare in questa sede le questioni che hanno dato origine alla decisione della Corte costituzionale di escludere le restrizioni poste all'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento¹⁷, la prospettiva della parità fra le parti appare fuorviante e distorcente considerata la ontologica e profonda diversità fra accusa (pubblica) e difesa (privata). Nel processo penale il pubblico ministero rappresenta lo Stato così come il giudi-

¹⁷ Corte cost., n. 26 del 6 febbraio 2007, con nota di BARGI-GAITO, *Il ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria (a proposito della funzione del p.m. nelle impugnazioni penale)*, in *Giur. cost.*, 2007, 1, 221, e di CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e «parità delle armi» nel processo penale*.

ce agisce in nome e per conto dello Stato. Quando il pubblico ministero appella una sentenza di assoluzione introduce un giudizio che potrebbe icasticamente definirsi come la causa dello Stato contro lo Stato, la Procura della Repubblica contro la Repubblica. Il pubblico ministero non può mettere in discussione l'operato del giudice che ha prosciolto l'imputato a meno che non si tratti di una decisione illegale, nel qual caso il vizio di legittimità potrà essere denunciato con il ricorso per cassazione. L'accusa non può richiedere un nuovo giudizio di merito che vada a surrogare la decisione già assunta, nel rispetto della legge, da un giudice dello Stato. Il giudice di primo grado rappresenta la Repubblica e la Procura della Repubblica non può contestare l'operato della Repubblica, può farlo solo denunciando il vizio di legge perché ciò significherebbe che il giudice è stato infedele al suo obbligo costituzionale di essere soggetto soltanto alla legge (art. 101 comma 2 Cost.). Questa è la ragione di fondo per cui non può essere previsto l'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento. Manca sostanzialmente l'interesse ad impugnare, ad introdurre un paradossale giudizio dello Stato contro lo Stato, il che esclude ogni ulteriore questione di parità tra le parti o anche solo di parità delle armi. Senza dimenticare che, *rebus sic stantibus*, giudice e pubblico ministero non sono solo rappresentanti della Repubblica, ma appartengono entrambi al medesimo ordine giudiziario, sebbene la carenza di interesse ad impugnare permarrrebbe anche nel caso di separazione degli ordinamenti, considerata la natura comunque pubblica dell'organo dell'accusa.

Queste brevi considerazioni dovrebbero essere sufficienti per comprendere quanto sia stato fuorviante impostare il giudizio di legittimità della legge Pecorella (l. n. 46 del 2006) sulla base di un inapplicabile principio di parità fra le parti processuali.

Per quanto concerne l'appello nelle forme penali della parte civile avverso la sentenza di proscioglimento, non vi sarebbero remore ad escluderlo, consentendo alla stessa parte di riassumere la causa nella sede propria, anche solo attraverso l'appello civile sulle statuizioni rese in sede penale.

Animato da spirito schiettamente garantista è anche l'intervento sull'informazione di garanzia, volto a scongiurare l'utilizzo per finalità di

stigmatizzazione mediatica della posizione dell'indagato. Al netto dei dubbi sulla concreta possibilità di riportare la comunicazione circa la pendenza del procedimento nell'alveo delle pure informazioni difensive, la modifica ricade, senza però considerarlo, su uno degli aspetti mai attuati del giusto processo costituzionale. Secondo l'art. 111 comma 3 Cost., «la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico» in modo tale da disporre «del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa». La disciplina processuale prevede, al contrario, che si possano svolgere indagini all'insaputa dell'interessato per due anni, lasso di tempo che risulta di fatto incrementato dai contorti meccanismi di pseudo controllo introdotti dalla riforma Cartabia. Volendo finalmente attuare il disegno costituzionale del giusto processo, bisognerebbe informare immediatamente l'indagato circa il suo *status*, peraltro senza distinzioni cronologiche in funzione della tipologia del reato. Ma se anche non si volesse recepire integralmente il principio costituzionale per cui l'informazione deve essere pressoché contestuale all'apertura delle indagini, andrebbe comunque previsto un ragionevole bilanciamento dei valori in gioco che oggi non può certamente dirsi assicurato dalla abnorme dilatazione temporale del segreto investigativo interno.

4. *I temi non toccati e il recupero del disegno costituzionale del giusto processo.* L'aspetto meno convincente del disegno di legge è rappresentato dalla selettività dell'intervento. Si incide su alcuni importanti aspetti - intercettazioni, misure cautelari, appello del pubblico ministero -, ma restano fuori dal perimetro della riforma altre questioni altrettanto urgenti e rilevanti, prima fra tutte, con un gioco di parole, la riforma della riforma.

Sono ormai chiare a tutti le sciagurate derive imposte dal d.lgs. n. 150 del 2022, verso le quali si è mostrata finora eccessiva indulgenza, forse dettata dalla mancata comprensione del disegno complessivo o dal sinistro fascino della magniloquenza del "Brave New World"¹⁸. Ogni giorno di applicazione concreta delle nuove norme si scoprono sempre più valide ragioni per la loro

¹⁸ HUXLEY, *Il mondo nuovo. Ritorno al mondo nuovo* (1932), Milano, 2016.

abrogazione o comunque per la loro profonda riscrittura. Non si può coltivare l'ideale di una riforma garantista del processo penale senza prima porre rimedio ai guasti del processo efficientista di stampo neo-inquisitorio. Occorre emendare il codice dalla ideologia dell'efficienza repressiva a scapito delle garanzie e semplificare il rito penale oggi completamente fuori controllo, come ha dimostrato la grottesca vicenda del portale telematico. Anche il futurismo tecnologico va asservito alle garanzie, è necessario riaffermare con forza che la procedura penale, tutte le regole del processo, sono regole di garanzia, sono limiti all'agire dell'autorità procedente e non devono mai trasformarsi in oneri e limitazioni per la difesa. Questi sono i fondamenti della procedura penale messi in ombra da una riforma di enorme impatto culturale e ideologico, prima che puramente normativo.

Una volta ristabilita la funzione cognitiva e garantista del processo penale, depurato dalle scorie dell'efficientismo aziendalista imposto dal baratto con i fondi europei, si potrà pensare alla rifondazione del sistema accusatorio, a partire dalla piena attuazione dei valori costituzionali.

In questa sede si possono solo elencare le questioni imposte dalla attuale deriva dei diritti fondamentali, senza alcuna pretesa di ulteriore approfondimento.

Il punto di partenza non può che essere il rifiuto dei modelli processuali differenziati che negano in radice la presunzione d'innocenza. Il doppio binario per i fatti di mafia è contrario all'art. 27 comma 2 Cost., così come lo sono tutti gli altri moduli processuali differenziati in ragione della natura del reato ipotizzato dal pubblico ministero. La Costituzione non gradua le garanzie processuali in funzione della gravità o della tipologia degli addebiti, essere presunti innocenti per una accusa di mafia o per un reato "comune" è esattamente la stessa cosa, il diritto al giusto processo è assoluto e generalizzato.

Se proprio si volessero differenziare le regole processuali, bisognerebbe incrementare le garanzie con il crescere del rischio penale, non il contrario. Va superata la logica del processo come strumento di lotta alla criminalità o di difesa sociale. Ferri, Garofalo, Carrara, fra gli altri, ci hanno insegnato che il codice di procedura penale è la legge che tutela i galantuomini, i presunti innocenti, mentre l'imputato pericoloso è la negazione del giusto processo.

Il disegno costituzionale del giudice terzo (art. 111 comma 1 Cost.) attende ancora una piena attuazione ordinamentale attraverso la netta separazione di *status* fra magistrato giudicante e pubblico ministero. Del resto, è un concetto elementare e intuitivo che il giudice non possa decidere sulla fondatezza dell'accusa formulata da un suo collega magistrato appartenente al medesimo ordine giudiziario.

Nel mutato clima politico si è aperto un concreto spiraglio per attuare questa idea di civiltà imposta dalla Costituzione, in tal senso si sono espressi lo stesso Ministro Nordio e la maggioranza di Governo, sollevando la dura reazione corporativa della Associazione Nazionale Magistrati. La storia insegna che, al di là dei proclami, il percorso parlamentare sarà accidentato e il risultato per nulla scontato. Mentre si torna a discutere della separazione delle carriere, soprattutto grazie all'impegno dell'Unione delle Camere Penali Italiane, la riforma Cartabia ha segnato una netta regressione sul terreno della separazione delle funzioni, che è un *præius* logico della separazione delle carriere, senza, peraltro, che tale scelta in controtendenza abbia suscitato lo sdegno che avrebbe meritato.

Nel disegno del processo efficientista, il giudice collabora attivamente alla costruzione dell'accusa, indicando al pubblico ministero «le necessarie modificazioni» dell'imputazione (artt. 423 commi 1-bis e 554-bis comma 6 c.p.p.). La riforma Cartabia ha così reintrodotta, senza colpo ferire, la malfamata figura del giudice-accusatore, abrogando la separazione delle funzioni che stava alla base del processo accusatorio.

Come è stato acutamente notato¹⁹, c'è un'evidente osmosi fra il piano processuale e quello ordinamentale ed è proprio l'impianto del d.lgs. n. 150 del 2022 a porsi in contrasto con l'idea stessa della separazione delle carriere. Nel processo neo-inquisitorio, consegnatoci dal PNRR, le indagini preliminari sono state appesantite, formalizzate, cosparse di finestre di giurisdizione al punto da mostrare sempre più il volto di una rinnovata istruzione formale, lastricata da sub-procedimenti fondati su distinzioni oziose e perlopiù indeci-

¹⁹ FERRUA, *Processo accusatorio e riforma dell'ordinamento giudiziario: in ricordo dell'avv. Vittorio Chiusano*, testo inedito della *Relazione svolta al convegno su "La separazione delle carriere per l'attuazione del giusto processo accusatorio: in memoria dell'avvocato Vittorio Chiusano a vent'anni dalla scomparsa"*, Torino, 14 luglio 2023.

frabili.

Lo spostamento dell'asse del processo sulla fase delle indagini, la pervasiva presenza del giudice nel momento investigativo, la perdurante assenza della difesa, la fuga incentivata dal dibattimento ci restituiscono un'idea di processo quanto mai lontana dal modello accusatorio che implica la separazione delle carriere.

Il processo deve potersi svolgere in una cornice temporale tale da garantire l'effettività dei diritti e la funzione rieducativa della pena eventualmente inflitta all'esito del compiuto accertamento di responsabilità. Che sia la prescrizione, l'improcedibilità o qualunque altro istituto di nuovo conio, quello che conta è il risultato: gli standard minimi europei non tollerano processi che durino più di otto anni e mezzo nei casi complessi, bisogna perciò trovare il modo di allineare il nostro Paese a questa soglia cronologica e garantire che oltre quel limite temporale lo Stato abbandoni la pretesa punitiva. È curioso come finora si sia guardato all'Europa solo per giustificare limitazioni delle garanzie, dimenticando proprio la regola, sempre europea, in tema di durata massima del processo.

Il sistema delle misure di prevenzione si è progressivamente trasformato, perdendo i suoi originari connotati che ne giustificavano l'esistenza. Dalle misure *ante o praeter delictum*, siamo passati a quelle *post delictum* che rappresentano un succedaneo deformalizzato dell'intervento repressivo penale. Così come è oggi, la prevenzione si pone palesemente in contrasto con la Costituzione e con la presunzione d'innocenza: non si può punire, soprattutto con la pena patrimoniale, senza prima accertare la responsabilità mediante le regole del giusto processo²⁰. Il caso Cavallotti²¹, pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ha avuto il pregio di disvelare l'inganno²² di un sistema repressivo che nel tempo è cresciuto a dismisura, collocandosi al di fuori del perimetro tracciato dai principi costituzionali ed europei.

Sono passati ormai dieci anni dalla sentenza Torreggiani, ma l'emergenza del

²⁰ Cfr. MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 68.

²¹ Per una efficace sintesi, cfr. MARANDOLA, *Presunzioni, inversione dell'onere della prova e pericolosità qualificata sotto la lente d'ingrandimento della Corte EDU*, in *Ius penale*, 28 luglio 2023

²² BARBANO, *L'inganno. Antimalia. Usi e soprusi dei professionisti del bene*, Venezia, 2023, *passim*.

sovraffollamento carcerario è rimasta tale, nel crescente disinteresse della politica e dell'opinione pubblica. Al di là dei provvedimenti "emergenziali", serve il coraggio di scelte di civiltà: dal carcere devono uscire immediatamente gli imputati in attesa di giudizio, nel rispetto della presunzione di innocenza e di una applicazione limitatissima della custodia cautelare nei soli casi di pericolo legato a comportamenti violenti, comunque da eseguirsi in strutture differenziate rispetto agli istituti di pena. I tempi per ripensare l'essenza stessa della pena non saranno brevi, nel frattempo si può migliorare la situazione con riforme che diano un senso ai principi costituzionali.

Ricostruire un sistema processuale penale costituzionalmente orientato sulle attuali macerie significa anche porre un limite all'ingerenza, sempre più pervasiva, di fonti europee ispirate a principi di *law enforcement*, come dimostra la recente proposta di direttiva in tema di corruzione che, se adottata, implicherebbe aumenti draconiani delle pene e dei termini di prescrizione; superare le stringenti limitazioni di accesso ai giudizi di impugnazione imposte non solo tramite superflui oneri formali, ma soprattutto grazie alla dilagante cultura dell'inanmissibilità, intesa come scelta di comodo di un giudice che abdica al suo ruolo di rendere giustizia, a dispetto della diretta rilevanza costituzionale dei giudizi d'appello e di cassazione; regolare l'uso delle tecnologie, dalla telematica fino all'intelligenza artificiale che, prima di quanto si possa immaginare, metterà in discussione la stessa sopravvivenza delle professioni liberali e della giurisdizione umana.

A fronte dei grandi temi imposti dalla contemporaneità, sui quali dovrà concretamente misurarsi lo spirito liberale preannunciato dall'azione di governo, il primo passo del Ministro Nordio può sembrare piccolo, ma se collocato nel contesto rappresentato dalla retorica populista, giustizialista ed efficientista che ha caratterizzato il clima politico della scorsa legislatura, è un gigantesco passo in avanti²³.

²³ Si è parafrasata la celeberrima frase pronunciata da Neil Armstrong il 20 luglio 1969, al momento dello sbarco sulla superficie lunare: «One small step for a man, one giant leap for mankind».