

ATTUALITÀ

ADOLFO SCALFATI

Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili.

Sulla scia dei precedenti, il decreto-legge n. 161 del 2019 è un monumento di demagogia legislativo-giudiziaria; sarebbe stato meglio lasciare le cose com'erano prima del 2017. Adesso, in nome della privacy, il magistrato d'accusa cresce a dismisura; egli gestisce l'archivio informatico dei flussi stabilendo come e quando giudice e imputato possono accedervi: pura asimmetria dei ruoli.

Wiretapping; authoritarian spirit, propaganda and unnecessary rules

The decreto-legge n. 161/2019 is a monument of demagogy. The prosecutor is growing dramatically; he determines whether the accused and the judge can access the computer archive of wiretapping. The asymmetry of the roles emerges.

SOMMARIO: 1. Quale urgenza. - 2. Troyan a tutto spiano. - 3. In nome della privacy. - 4. Un contraddittore avvilisce l'altro.

1. *Quale urgenza.* Accolto con poco clamore, è finto rapidamente in Gazzetta il decreto-legge n. 161 del 2019 che cambia (ancora) le regole sulle intercettazioni; nel complesso si tratta di un'altra scivolata sul terreno delle libertà fondamentali che i compilatori mostrano di non conoscere.

Non è perspicuo il ricorso al provvedimento normativo d'urgenza: come se una disciplina mancasse e si dovesse colmare un vuoto; se poi qualcuno ritiene che l'impellenza stia in alcuni contenuti del decreto - aspetto molto difficile da condividere - è semplice obbiettare che proprio il legislatore, paralizzando una riforma del 2017, ha lasciato in piedi le "vecchie" norme annunciando per un anno e mezzo un'innovativa rivisitazione della materia

Niente pressava, dunque, che non potesse essere sottoposto ad un consapevole dibattito parlamentare, oggi, inevitabilmente contratto; e a nessuno interessa che la Corte costituzionale, a più riprese, ha ammonito sull'uso improprio della decretazione d'urgenza, censurando una gestione che travalica i limiti dell'art. 77, co. 2, Cost. Del resto, il Ministro proponente ha pubblicamente ammesso che, sul tema oggetto del decreto-legge, si è consultato con gli esponenti delle Procure italiane; e tanto basta, evidentemente, a rendere inutile un più articolato e consapevole confronto in Parlamento.

Il testo normativo, repentinamente elaborato con rimandi, tagli e prolunghe, presenta un tessuto poco intellegibile a prima lettura. Occorre una messa a fuoco delle "glosse" legislative, nel più ampio spettro di una disciplina oggetto di manipolazioni ordite soprattutto negli ultimi due anni; solo così si potrebbe compiutamente affrontare l'esistente, colmando eventuali difetti di sistema o l'assenza di raccordi. Ma non è lo scopo di queste note che, invece, intendo-

no sottolineare, con qualche esempio, il pressapochismo nel confezionamento normativo e la deriva autoritaria dell'impianto.

In linea di fondo, s'intravede l'irrobustirsi del ruolo d'accusa e l'indebolimento (ulteriore) della giurisdizione preliminare.

2. *Troyan a tutto spiano*. Intanto (al di là della possibilità di inoculare il captatore anche nei casi di delitti commessi da *incaricati di pubblico servizio*), il magistrato inquirente è in grado di procedere alle intercettazioni in via d'urgenza anche nei procedimenti per reati contro la pubblica amministrazione: si completa quell'odiosa assimilazione al trattamento riservato alle fattispecie di criminalità organizzata, già iniziata con legge n. 3 del 2019 (art. 4, co. 1, lett. b). Tuttavia, essendo in gioco una libertà fondamentale (art. 15 Cost.), appare irragionevole parificare l'incursione investigativa di fronte a due modelli criminali molto diversi per genesi, morfologia, manifestazione e beni violati: un censurabile modo di vedere, sostenuto da ininterrotta propaganda politica e già sperimentato altrove, sul quale la Corte costituzionale potrebbe dire presto la sua.

Le cose vanno addirittura peggio quando s'intende utilizzare in procedimenti diversi i risultati acquisiti tramite captatore informatico (art. 270 co. 1 bis c.p.p.): non serve che la vicenda giudiziaria *ad quem* riguardi fatti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza - secondo una previsione introdotta dall'art. 4 co. 1 lett. d) dlgs. n. 216 del 2017 e mai entrata in vigore - quando si tratta di delitti contro la pubblica amministrazione; l'invasività del *troyan* è simmetrica alla sua facilità d'impiego "esterno" nell'accertamento di reati anche meno gravi di quelli contemplati dall'art. 380 c.p.p., secondo una logica liberticida senza precedenti.

3. In nome della privacy

Il crocevia tra indagini e riservatezza è delineato a discapito della conoscibilità dei risultati istruttori da parte della difesa.

Si constati l'ipocrisia del nuovo art. 268 co. 2 bis c.p.p.: «*Il pubblico ministero da' indicazioni e vigila affinché' nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini*». Tradotto in altri termini, è l'apparato d'accusa che stabilisce se celare il materiale istruttorio tra le pieghe della documentazione quando insindacabilmente ritiene che siano emersi dati sensibili o notizie

sconce; non si capisce poi come farebbe il magistrato a “vigilare” sulla mole (usualmente) cospicua dei flussi, di fatto, gestita dalla polizia giudiziaria. Piuttosto, sotto le mentite spoglie della riservatezza - aspetto che diventa progressivamente privo di interesse nel mondo dei social - assurge a legge la prassi di documentare frammentariamente il contenuto dei colloqui intercettati; qui la difesa, per scovare materiale utile non annotato nei verbali sarà costretta ad ascoltare le registrazioni nei tempi che arbitrariamente il pubblico ministero gli concede, salvo la questua di una proroga al giudice (art. 268 comma 4 c.p.p.).

Qualche nuova statuizione, inoltre, è davvero inutile: *more solito*, serve a sostenere che, rispetto alla disciplina del 2017, ripudiata dall'attuale *establishment*, una modifica c'è stata. Ecco un esempio. L'art. 269, co. 1, c.p.p. vuole che atti e fonie siano conservati in apposito archivio: scompare l'attributo “riservato”, come se la sede in cui giace il materiale sia accessibile a chiunque; poiché sappiamo che non è così, l'espulsione del termine è *sine causa* (anzi, con malizia, qualcuno potrebbe persino ritenere che, se non è “riservato”, gli interessati allo *scoop* mediatico potrebbero accedervi).

La previsione prosegue con un'esposizione roboante: l'«*archivio [è] gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni*». Al legislatore non sembra chiaro che il materiale è sempre stato tenuto dall'apparato amministrativo controllato dal pubblico ministero; ma qui la nomenclatura ha una forte carica evocativa: richiama un'entità olistica, dove la somma dei poteri supera le singole parti che costituiscono l'ufficio. Se, invece, si voleva sottolineare implicitamente che la responsabilità della fuga di notizie dovrà essere attribuita al capo della Procura, perché non ha diretto o sorvegliato sull'archivio, si scrive una certezza tanto antica quanto sterile.

4. *Un contraddittore avvilisce l'altro*. Al di là dell'impianto complessivo, tre previsioni tendono all'asfissia della difesa.

La prima (art. 415 bis, co. 2 bis, c.p.p.). Tramite l'avviso di conclusione delle indagini, se non è già stato effettuato il deposito (casistica molto ampia), si avverte l'indiziato che sono disponibili per la consultazione i verbali e le registrazioni presso l'archivio informatico, con possibilità di estrarre copia *solo di quelle ritenute rilevanti dal pubblico ministero*; se il difensore obietta - dopo un'immaginifica ricerca nel flusso delle captazioni - che ve ne sono altre di rilevanti, è sempre il magistrato d'accusa a decidere sul punto. Se non è soddisfatta dalle ritrosie del suo interlocutore, la difesa chiede, non si capisce in

quali tempi, l'intervento del giudice il quale procederà al cd. stralcio. Si prospettano diritti partecipativi di facciata, anche considerando che il giudice, per pronunciarsi consapevolmente, dovrebbe egli stesso avere cognizione dei flussi registrati; si aggiungano i vincoli generati dal regime di accesso all'archivio informatico controllato dal pubblico ministero e l'eventualità (non infrequente) di cattivo funzionamento degli uffici, fattori che, sul piano pratico, rischiano di paralizzare l'intervento difensivo.

La seconda previsione (art. 452 co. 2 bis c.p.p.) è addirittura più proibitiva della prima: se non è già stato effettuato il deposito, con la richiesta di giudizio immediato il pubblico ministero allega l'*elenco* delle captazioni (da lui ritenute) rilevanti; entro quindici giorni, la difesa può proporgli di integrare il catalogo e, nel caso di disaccordo, chiedere al giudice di intervenire: a parte l'esiguità dei tempi, che coincidono con quelli per effettuare le opzioni giudiziarie consensuali, come farà la difesa a conoscere il contenuto dei flussi per avanzare la sua pretesa se l'inquirente - così è la lettera della norma - gli rende noto solo l'*elenco* delle comunicazioni? Ai compilatori distratti - si fa per dire - è sfuggito che senza il deposito del materiale (verbali e fonie) il difensore non è in grado di interloquire.

Ed ecco il terzo intervento normativo: scompare la regola secondo cui, dopo la notifica dell'ordinanza cautelare, il difensore ha diritto a trasportare, su idoneo supporto, i dati e le registrazioni impiegate in funzione della misura (art. 293 co. 3 c.p.p., secondo la modifica introdotta dalla legge n. 216 del 2017); una pericolosa linea interpretativa potrebbe sostenere che - mentre la copia dei verbali relativi alle captazioni è permessa - non così per la trasposizione dei file che contengono flussi e registrazioni. Se l'intenzione dei compilatori fosse proprio questa, a prevalente tutela della riservatezza, s'ignora come sia già statuito che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, il difensore ha diritto di trasportare su nastro magnetico le registrazioni utilizzate per l'adozione del provvedimento (Corte costituzionale, sentenza 10 ottobre 2008, n. 336); pertanto, la predetta modifica dell'art. 293 comma 3 c.p.p. non potrebbe essere intesa in termini restrittivi senza ritenerla illegittima.

Insomma, così com'è scritta, la riforma affila le armi del pubblico ministero lasciandogli libertà nella gestione dei verbali e nell'approvvigionamento processuale del materiale istruttorio; inoltre, sminuisce il giudice, costretto ad intervenire con improbabile consapevolezza; infine, comprime la difesa, già subalterna in fase d'indagine, assoggettandola all'antagonista.