



Processo Penale

La società aperta ed il diritto penale del popolo: il tema cruciale delle intercettazioni tra sicurezza sociale e libertà individuale

di [Cataldo Intrieri](#)

17 novembre 2018

*«Arrestare il cambiamento politico non costituisce un rimedio e non può portare la felicità. Noi non possiamo mai più tornare alla presunta ingenuità e bellezza della società chiusa. Il nostro sogno del cielo non può essere realizzato sulla terra...» (K. R. Popper, *La società aperta ed i suoi nemici*, 1945)*

La società aperta ed il diritto penale del popolo: il tema cruciale delle intercettazioni tra sicurezza sociale e libertà individuale di Cataldo Intrieri

Sommario: 1.Introduzione. 2.L'evoluzione scientifica e le incerte regole di legge. 3.L'agente provocatore e le conversazioni tra presenti: l'evoluzione del concetto di privata dimora secondo la giurisprudenza delle Corti.

1. Introduzione

La vicenda della riforma Orlando sulle intercettazioni è emblematica dello stato di confusione in cui versa il settore Giustizia, tra ritardi, improvvisazioni e strumentalizzazioni politiche ma è anche il terreno su cui si misurerà la tenuta democratica del sistema giudiziario e politico.

La situazione attuale è divenuta particolarmente complessa e merita qualche riflessione non solo di natura tecnica per contribuire ad una maggiore chiarezza.

Partendo dall'analisi della situazione attuale, come noto, con il decreto "mille-proroghe" 2018 è stata ottimisticamente rinviata al 31 marzo 2019 l'entrata in vigore della più discussa delle riforme delle intercettazioni.

Una morte annunciata perché mai in passato vi era stata una così completa e condivisa disapprovazione da tutte le parti in causa, dai giornalisti, agli avvocati, agli studiosi, ai magistrati.

In particolare (e come noto), il punto dolente (non unico) della riforma voluta dal Guardasigilli Orlando concerneva la gestione delle intercettazioni, dalla selezione di quelle rilevanti alla custodia ed alla pubblicazione.

I motivi di tale diffusa avversione erano distinti: per i giornalisti, ad esempio la preoccupazione maggiore derivava dalla riduzione del materiale da cui poter trarre notizie, per gli avvocati l'impossibilità materiale di poter orientarsi nella sterminata quantità di captazioni, per i Pm la delega in bianco alla polizia giudiziaria sulla selezione delle intercettazioni rilevanti, ma mai bocciatura fu più unanime.

Non sfuggiva a nessuno infatti il pericoloso sbilanciamento che la riformulazione dell'art. 268 c.p.p. avrebbe comportato spostando sugli organi investigativi di polizia la leva di comando dell'indagine.

Ovviamente si fa riferimento ad indagini complesse ed estese, che ormai secondo una prassi consolidata vedono il ruolo di sofisticate agenzie investigative di rilievo pari a quello degli organi giudiziari, se non, in alcuni casi preponderante. Si pensi ad esempio a quale possa essere il reale grado di autonomia nei procedimenti ad istrutti presso procure medio-piccole dove il ricorso ai reparti specializzati è una necessità.

Più in generale l'esperienza insegna che i reparti investigativi nel corso degli anni hanno guadagnato un grande spazio di manovra nel corpo dell'indagine, quasi fatalmente verrebbe da dire perché le tecniche sempre più sofisticate delle intercettazioni richiedono competenze sempre più avanzate e specialistiche.

Dal punto di vista dei difensori l'evidente squilibrio di una non meditata (o forse fin troppo?) riforma si risolveva in un duplice danno: alla mancanza di un adeguato controllo dell'Autorità

Giudiziaria su di una pervasiva indagine si aggiungeva la sostanziale impossibilità di sopperirvi con una effettiva completa conoscenza del materiale intercettato.

Secondo l'articolato, infatti, al difensore venivano concessi un massimo di venti giorni per ascoltare le captazioni, senza neanche avere la mappa dei brogliacci riassuntivi che lo potessero indirizzare in un oceano vocale sovente sterminato (i soli riassunti delle conversazioni di Mafia Capitale riempivano un file di circa 70 Giga).

In questa situazione già alterata veniva a porsi la decisione del legislatore per cui la polizia giudiziaria delegata all'ascolto non avrebbe avuto neanche più l'obbligo di annotare in modo riassuntivo le singole telefonate.

In buona sostanza veniva a crearsi una sorta di riserva probatoria privilegiata in favore di un soggetto che non riveste la qualità di parte, in danno dei titolari dei diritti processuali.

Lo scopo professato dal Legislatore era quello di porre fine all'immotivato pregiudizio del diritto alla riservatezza, un principio costituzionale e convenzionale, derivante dalla illegittima diffusione delle intercettazioni private (peraltro già vietata dall'art.114 c.p.p.).

Resta da chiedersi, ed in tal senso erano già stati preannunciati possibili incidenti di costituzionalità se il contemperamento del diritto di difesa e della riservatezza fosse sufficientemente equilibrato.

Per dirla con una autorevole fonte, «ci sono almeno quattro interessi costituzionalmente garantiti che devono essere messi in equilibrio. Primo: quello dello Stato di perseguire il reato. Secondo: il diritto di difesa. Terzo: il diritto di informazione e la libertà di critica. Quarto: quello alla privacy» (Dott. G. Pignatone Procuratore Capo della Repubblica del Tribunale di Roma).

A ben comprendere l'entità dei diritti in gioco ed i rischi gravissimi che alcuni di essi avrebbero corso (e correranno) vi è il pensiero del nuovo Ministro di Giustizia succeduto a proponente la legge che ha provveduto a differirne (al 31 Marzo 2019) e presumibilmente bloccarne definitivamente l'entrata in vigore.

Secondo Bonafede la riforma delle intercettazioni sarebbe stata una "legge bavaglio" per coprire scandali politici. Dalla natura dei contrasti è agevole desumere la strumentalizzazione del tema fatta dai diversi settori politici in funzione dei propri interessi e non per quelli dei cittadini.

Eppure va detto che una riforma sia pure "in house" era stata tentata da alcune Procure con l'emanazione di circolari finalizzate ad un attento controllo sulla effettiva rilevanza delle captazioni affidate però all'Autorità Giudiziaria e dunque con maggiori garanzie.

Va detto che anche nei modelli poi diffusi (oltre Roma, anche Napoli e Torino) permanevano gli stessi problemi e discrasie poi criticati dalla stessa magistratura nel progetto Orlando.

Un acuto osservatore della realtà giudiziaria ha efficacemente sintetizzato le varie caratteristiche.

«Sulle intercettazioni non rilevanti per le indagini, infatti, le circolari di Napoli e Roma contengono una precisa direttiva alla polizia giudiziaria, la quale non dovrà inserirle nei verbali delle operazioni (i cd. brogliacci) né nelle annotazioni di polizia giudiziaria. In caso di dubbio in merito alla rilevanza la polizia giudiziaria dovrà riferirne, con nota autonoma, al pubblico ministero, che darà disposizioni al riguardo. La circolare di Torino non contiene, invece, direttive per la polizia giudiziaria, e prevede che le intercettazioni ritenute non rilevanti per le indagini (e lesive della privacy) siano distrutte, su iniziativa del pubblico ministero, con la procedura di cui all'art. 269 c.p.p.. La prima soluzione, intervenendo, per così dire, a monte, ha il pregio di evitare che il contenuto di conversazioni non rilevanti per il processo sia inserito negli atti del procedimento e quindi riduce maggiormente il rischio di una loro diffusione. Ma paga il prezzo (in parte sempre inevitabile in questo campo) di affidare la selezione del materiale non rilevante alla polizia giudiziaria, con il rischio di pregiudicare la acquisizione di conversazioni utili alle indagini (o che si rivelino tali ex post). La soluzione torinese, al contrario, ha il pregio di garantire un maggiore controllo dell'ufficio di procura sul contenuto delle intercettazioni, ma paga il prezzo, oltre che di una procedura un po' macchinosa, di non evitare l'inserimento nei brogliacci e nelle annotazioni di materiale non rilevante e potenzialmente lesivo della privacy» (G. Cascini).

Esaminando le proposte si può ben vedere che esse erano state recepite, nelle linee essenziali nel disegno Orlando, ivi compresa la “delega” alla polizia giudiziaria sulla scelta delle intercettazioni.

Restava, invero, irrisolto il problema del divieto ai difensori di poter estrarre copia di tutti i file audio e non solo di quelli di cui si chiedeva la registrazione un'impostazione avallata da sentenze della Suprema Corte

« Ai difensori è riconosciuto il diritto di ottenere copia non di tutte le registrazioni, ma solo di quelle ritenute rilevanti per il giudizio e, in quanto tali, de/imitative del campo di confronto tra accusa e difesa. Questa speciale disciplina del subprocedimento ex art. 268 c.p.p. è finalizzata alla

realizzazione del condivisibile equilibrio tra esigenze conoscitive della difesa, doverosamente informata dell'evoluzione del quadro indiziario, ed esigenze delle persone estranee alle indagini, che – coinvolte in conversazioni irrilevanti ai fini del decidere – doverosamente sono tutelate nel loro diritto alla riservatezza. Appare del tutto razionale affermare che questo contemperamento tra diritti fondamentali del nostro ordinamento, realizzato con la procedura in esame, non possa essere vanificato e svuotato di concreta vigenza, grazie al riconoscimento di una indiscriminata facoltà – concessa ai difensori, dopo gli adempimenti ex art. 415 bis c.p.p. – di ottenere copia integra/e di tutte le registrazioni.” (Cass., Sez. V pen., n. 4976 del 2010)

E' del tutto evidente, però, il profondo ed immotivato disequilibrio che si è venuto a creare (e che la novella differita ulteriormente aggrava) tra i poteri dell'accusa e le ridotte prerogative della difesa.

In una delle indagini più importanti degli ultimi anni resterà emblematica l'immagine di una conferenza stampa in cui il procuratore della repubblica legge alcune intercettazioni estremamente suggestive scelte fior da fiore, mentre alla difesa è stato negato di poter estrarre copie di centinaia di migliaia di registrazioni, costringendo i difensori ad accalcarsi nelle poche postazioni disponibili in angusti uffici della Procura. La stessa disagiata situazione si sarebbe riprodotta su scala più larga ove fosse passata la riforma Orlando.

A tale incongrua situazione si sarebbe aggiunta una radicata prassi ormai codificata dalla giurisprudenza che consente di potere disporre la perizia sulle intercettazioni a processo iniziato. È capitato nella realtà processuale di assistere ad una istruttoria dibattimentale svolta sulla lettura dei brogliacci della polizia giudiziaria in attesa dei verbali certificati dai periti.

Tempo verrà (ma è già in parte successo) che la perfezione di impianti di captazione sempre più sofisticati renderà sufficiente il semplice deposito delle intercettazioni facendo carico alle parti di richiedere eventualmente l'ascolto diretto in aula di quelle di cui riterranno insoddisfacente la trascrizione effettuata dalla polizia giudiziaria.

Un simile quadro da solo cristallizza la sproporzione di mezzi e di possibilità tra le parti e pone un preciso interrogativo in cui si cercherà di dare risposta in questo scritto: se tale diseguglianza non finisca di incidere non solo sulla equità del processo inteso come simmetria di posizioni tra le parti ma anche in relazione alla funzione di corretto accertamento della verità.

La bulimia probatoria rischia di ingozzare il dibattimento di materiale non sempre di prima qualità ma in eccesso con il rischio di una seria intossicazione e che come per la nota legge

monetaria “la prova cattiva scaccia quella buona”.

2. L'evoluzione scientifica e le incerte regole di legge.

Il progresso scientifico costituisce una spinta evolutiva verso il miglioramento della condizione umana ma il cattivo e non correttamente regolamentato uso che si faccia di esso può costituire un serio pericolo. L'uomo oggi vive infinitamente meglio dei suoi avi, più a lungo, in condizioni di salute migliori, usufruendo di cure mediche avanzate e di alimentazione adeguata.

E' però altrettanto innegabile che la scienza ha portato con sé aspetti assai meno positivi tra cui assume una particolare importanza l'inquinamento ambientale causato dalle esalazioni delle industrie che producono ciò che aiuta l'uomo a vivere meglio e più a lungo.

La nascita e lo sviluppo del web è stata la novità più rilevante dell'ultimo ventennio, esso ha permesso all'uomo di poter accedere ad un numero illimitato di contatti e di conoscenze tecniche ed umane.

Tuttavia e contrariamente a quanto ci si aspettasse la qualità della cultura non è migliorata, perché la quantità di informazioni ha sommerso gli utenti giungendo al paradossale effetto di impedire la distinzione tra buona e cattiva informazione.

Un fenomeno simile ha riguardato l'evoluzione delle tecniche scientifiche nel campo delle intercettazioni di cui una efficace descrizione si deve alle S.U. della Cassazione.

«La rivoluzione che ha trasformato la telefonia nel recente passato ha segnato, in estrema sintesi, il progressivo passaggio dalla trasmissione di segnali in maniera analogica a quella in forma digitale, trasformando il servizio telefonico in un sistema informatico o telematico. Di conseguenza è stato fatto progressivamente ricorso alla utilizzazione di sistemi di registrazione digitale computerizzata che hanno sostituito gli apparati meccanici. In definitiva si è assistito ad una profonda trasformazione della realtà presupposta dal legislatore del 1988. Da qualche anno infatti per la registrazione vengono utilizzati apparati multilinea (collegati ad un flusso di linee telefoniche) che registrano dati trasmessi in forma digitale e successivamente decodificati in file vocali immagazzinati in memorie informatiche centralizzate. I dati così memorizzati vengono poi di regola trasferiti su supporti informatici per renderli fruibili all'interno dei singoli procedimenti»

(Cass., S.U., 23 settembre 2008, ud. 26.6.2008, n. 36359).

In soli dieci anni il progresso ha ulteriormente accelerato consentendo la “ripresa diretta” della vita delle persone sull’arco di 24 ore. Spostamenti, attività, incontri, l’intimità personale, tutto è monitorato e contro questa invasività non vi è difesa.

Il sistema più sofisticato ed avanzato è costituito dai cosiddetti “virus spia” meglio conosciuti come “Trojan”, strumenti che possono svolgere la loro attività di captazione dentro gli apparati di comunicazione Smartphone ed ogni tipo di device elettronico anche quando gli stessi sono fuori uso.

In sostanza la sorveglianza è illimitata senza confini di tempo e di luogo, e come detto efficacemente consentono *«più che un potenziamento, un recupero dell’efficacia perduta o compromessa delle tecniche tradizionali»* (Relazione alla Cass., S.U. della Procura Generale Cassazione-sentenza 28 Aprile 2016 n.26889).

Certamente i Trojan sono uno strumento di avanzata tecnologia ma anche estremamente invasivo *«un congegno bulimico che permette di gestire, in un centro remoto di comando e controllo, la captazione – spegnendo e accedendo, all’occorrenza, microfono e webcam – e, dunque, di carpire immagini e suoni prelevandoli dal dispositivo bersaglio»* (L. Palmieri, *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali Dalla sentenza “Scurato” alla riforma sulle intercettazioni*, su DPC -Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale n. 1/18, pp. 59-66).

L’enorme potenzialità e l’estrema invasività di tali mezzi hanno suscitato come da attendersi un vivace dibattito sulla regolamentazione dell’uso dei captatori, soprattutto con riferimento al possibile impiego nei luoghi di privata dimora, oltre i limiti posti dal 2 comma dell’art. 266 c.p.p. con riferimento alle eccezioni poste dall’art.13 d.lgs. n. 152/91.

L’interprete delle Leggi, come spesso è capitato ha preceduto il pigro ed incerto legislatore affermando tre punti cruciali:

– *«deve escludersi la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall’art. 614 c.p., con il mezzo indicato in precedenza, al di fuori della disciplina derogatoria per la criminalità*

organizzata di cui all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991, convertito in legge n. 203 del 1991, non potendosi prevedere, all'atto dell'autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto, previsto dall'art. 266, comma 2, c.p.p., che in detto luogo «si stia svolgendo l'attività criminosa»;

– «è invece consentita la captazione nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., pure se non singolarmente individuati e se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, per i procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, secondo la previsione dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991»;

– «per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi quelli elencati nell'art. 51, commi 3bis e 3quater, c.p.p. nonché quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato». (Cass., S.U., 28 aprile 2016, n. 26889).

Echeggiano nella sentenza non condivisibili richiami a quella “*giurisprudenza di scopo*” che la Corte Costituzionale pone all'indice nell'ordinanza n. 24/17 come totalmente estranea al ruolo della Giurisdizione, ma va posto l'accento sul fatto che la Cassazione non trascura la tutela dei diritti della persona con un “*obiter*” significativo proprio alla luce del mancato varo della riforma Orlando.

“Per quel che riguarda l'eventualità che lo strumento captativo in argomento possa produrre, in casi estremi, esiti lesivi della dignità umana, va osservato – come opportunamente prospettato dai rappresentanti della Procura Generale nella memoria in atti – che si tratta di un pericolo che ben può essere neutralizzato con gli strumenti di cui dispone l'ordinamento; ad esempio «facendo discendere dal principio personalistico enunciato dall'art. 2 della Costituzione, e dalla tutela della dignità della persona che ne deriva, la sanzione di inutilizzabilità delle risultanze di “specifiche” intercettazioni che nelle loro modalità di attuazione e/o nei loro esiti abbiano acquisito “in concreto” connotati direttamente lesivi della persona e della sua dignità». (cit.)

Un inciso volutamente schematico e generico ma che pone una sanzione di “inutilizzabilità” come rimedio all'invasività degli strumenti ed al loro uso improprio che leda diritti costituzionali,

un tema su cui si ritornerà per le sue importanti prospettive.

Va detto che la sentenza Scurato ha suscitato notevoli perplessità in ordine al paventato pericolo di consolidate prassi di strumentale iscrizione per il delitto associativo per consentire l'uso del mezzo anche in casi in cui sarebbe vietato, una "bad practice" che tuttavia la stessa Cassazione con le sue pronunce ha avallato, ma nel complesso le SU hanno escluso un uso indiscriminato.

Con il d.lgs. n. 216/2017, il legislatore ha varato una specifica disciplina per l'uso dei Trojan e inopinatamente ha rotto gli argini posti dalle Sezioni Unite, (a riprova come certe volte sia più garantista l'interprete che il legislatore, anche se non sempre ciò viene apprezzato) rendendo possibile l'uso dei captatori in tutti i tipi di reato che ricadono nell'ambito della disciplina delle intercettazioni.

Il problema della violazione del diritto alla riservatezza ed alla tutela della vita familiare (art. 8 CEDU) viene flebilmente quanto elusivamente garantito da una generica indicazione contenuta nel comma 2bis dell'art. 268 ed all'obbligo ex art. 267 c.p.p. che grava sul Gip all'atto di autorizzare l'intercettazione dei *"luoghi e tempo anche indirettamente determinati in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono"*.

Chiunque abbia conoscenza dello strumento immagina benissimo il contenzioso che si sarebbe scatenato circa la esatta individuazione dei luoghi dove ascoltare. Il fatto è che a differenza delle telecamere, dei microfoni installati in luoghi statici oppure su automezzi, i captatori inseriti su devices come smartphone seguono il possessore ovunque ed in ogni singolo momento della sua giornata.

Come norma "di chiusura" avrebbe dovuto esservi l'art. 268 comma 2bis c.p.p. che fa carico al Pm di individuare e vietare la trascrizione *"delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge"* per limitare ad indicare *"soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta"*.

Meglio avrebbe fatto il legislatore a seguire fedelmente le orme della nomofilachia che avendo delimitato ai reati di criminalità organizzata il campo di applicazione degli strumenti investigativi, senza limiti di localizzazione, agevolando così di molto il lavoro degli investigatori ed ancor più quello degli interpreti. Così non è stato e dunque provvidenziale, sotto questo profilo, è stata la proroga disposta dal nuovo governo.

Ma nulla è mai semplice, ed a mantenere un sufficiente clima di confusione è rimasta come eccezione la disciplina nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, che consente le intercettazioni secondo la disciplina speciale di cui all'art. 13 d.l. n. 152/1991 in tema di criminalità organizzata

L'unica norma che entra in vigore, dunque, è quella che "allarga" i presupposti dell'intercettazione. Infatti per molti delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione l'autorizzazione ad eseguire intercettazioni viene concessa allorché le stesse appaiano «necessarie» (anziché «indispensabili») in presenza di «sufficienti» (e non «gravi») indizi di reato, per «lo svolgimento delle indagini» (e non per «la prosecuzione»).

Non solo ma anche è previsto un termine di durata delle operazioni di intercettazione di quaranta giorni (e non gli ordinari quindici) con successive proroghe di venti giorni (anziché di quindici). Si applica una frazione della nuova disciplina prorogata allorché nei "casi d'urgenza" provvede lo stesso P.M. alla proroga dell'intercettazione, procedendosi poi ai sensi dell'art. 267 comma 2 c.p.p. per la convalida.

La deroga più rilevante e grave, consiste nel fatto che, come per i reati di criminalità organizzata l'intercettazione nel domicilio è consentita anche se non vi è "fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa".

Si è dunque venuta creare una sovrapposizione di norme per situazioni omogenee:

- 1- La vecchia normativa per le ordinarie intercettazioni per tutti i reati ad eccezione di quelli previsti dall'art.13 l. n. 152/91 con i limiti posti dal 266 comma 2 c.p.p. quanto all'uso nel domicilio.
- 2- Una nuova normativa per i reati contro la p.a. cui viene applicata la disciplina ex art.13 l. n. 152/91.
- 3- Una fonte ermeneutica (transitoria fino al 31 Marzo 2019) costituita dalla sentenza delle Sezioni Unite Scurato che disciplina l'applicazione dei captatori informatici per i reati di criminalità organizzata oltre ex art. 51 commi 3bis e quater c.p.p. e «quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato» (Cass, S.U. Scurato, cit.), senza i limiti posti dal 266 comma 2 c.p.p..

4- Una fonte normativa in attesa di entrare in vigore tra qualche mese che consente l'uso dei captatori informatici coi limiti previsti dal 2 comma dell'art. 266 e dalla disposizione inserita nel primo comma dell'art. 267 c.p.p., che impone, per i reati diversi da quelli dell'art. 51 comma 3bis e quater c.p.p., di indicare nel decreto autorizzativo “i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono”.

In tale situazione è poi subentrata la dichiarata volontà del nuovo Governo di rivedere nel frattempo il suo contenuto non solo e non tanto a causa delle violazioni del diritto di difesa e delle disfunzioni organizzative collegate conseguenti alla disciplina del cosiddetto archivio riservato, evidenziate dagli operatori già nel corso dell'iter di approvazione del decreto, quanto piuttosto rispetto alla denunciata natura di “legge bavaglio” del provvedimento e alla necessità di non ostacolare le indagini finalizzate alla “lotta” ai diversi fenomeni criminali.

3. L'agente provocatore e le conversazioni tra presenti: l'evoluzione del concetto di privata dimora secondo la giurisprudenza delle Corti.

A rendere ulteriormente complesso il quadro, va aggiunto che l'8 settembre è stato licenziato il Disegno di Legge “spazzacorrotti” che introduce per i reati contro la PA la possibilità di impiego nelle indagini di agenti infiltrati.

Nonostante le “rassicurazioni” sulla non riconducibilità di tale fonte investigativa al ruolo dell'agente provocatore appare chiaro che la particolarità dell'indagine tesa ad evidenziare uno specifico reato di concussione o malversazione necessariamente condurrà all'identificazione sia pur ambigua delle due figure. Ciò apre un altro fronte non meno controverso in materia di intercettazioni che riguarda le cd “registrazioni tra presenti” condotte dagli emuli nostrani di Donnie Brasco il poliziotto americano capace di infiltrarsi nella mafia newyorkese protagonista d'un famoso film con Al Pacino e Johnny Depp .

E' facile prevedere l'uso “congiunto” di infiltrati e captatori con una efficacia invasiva senza precedenti. Abitualmente il diritto rifugge dalle valutazioni politiche ma come sottolineava in tempi non ancora così gravi uno dei più sensibili interpreti del diritto penale esiste un “livello minimale” oltre il quale l'afonia dello studioso sul contesto storico sarebbe un ennesimo “tradimento dei chierici”.

«Tale livello minimale è costituito: 1) da un'azione strettamente informativa, che miri a contrastare il populismo penale dominante, e con ciò anche l'uso del penale come strumento di lotta tra partiti (o tra privati), con un'azione la più consona al dibattito scientifico...; 2) dall'intervento pubblico su alcune linee minimali comuni di politica del diritto» (M. Donini, *I professori di diritto e il dibattito sulla questione penale e la questione giustizia*, in *Questione Giustizia* http://questionegiustizia.it/articolo/i-professori-di-diritto-e-il-dibattito-sulla-questione-penale-e-la-questione-giustizia_25-10-2017.php).

Ebbene proprio la dilatazione incontrollata di strumenti di spionaggio e di ibride figure di soggetti d'indagine in un contesto politico segnato dal declino delle tradizionali forme di democrazia liberale deve essere oggetto di massima attenzione e di deciso ostacolo di effetti che possono essere devastanti.

Il problema principale che pongono i nuovi sofisticati mezzi di indagine è la tutela della libertà individuale, della vita di relazione e familiare, di quel nucleo essenziale di rapporti, segreti che costituiscono il nucleo del diritto fondamentale di ogni essere umano.

Un'idea così chiara ed elementare che mai il legislatore ne ha osato violare i confini se non nei casi estremi in cui la natura del reato (mafioso o terroristico) imponeva scelte eccezionali.

Il principio generale era che potesse essere autorizzata l'intrusione nel domicilio personale solo se in esso si consumasse il reato. Nel corso degli anni, tuttavia, questa regola è stata ridimensionata fino ad arrivare con il decreto "scaccia-corrotti" a concepire l'eccezione destinata a diventare regola. Per i reati contro la p.a. varranno le stesse regole previste per quelli di criminalità organizzata o di eversione. Il presupposto è la insindacabile scelta del legislatore di individuare in base alle proprie convinzioni o alle esigenze della maggioranza le violazioni su cui imprimere il marchio di gravità e tramite esse perseguire lo scopo di un controllo diffuso ed opprimente sulla vita delle persone e le loro idee.

Non è un caso dunque che negli ultimi tempi la giurisprudenza sia ritornata ad occuparsi specificamente del concetto di tutela della vita privata con un breve inciso nella surricordata sentenza Scurato dopo circa un decennio dall'altro fondamentale arresto in materia (Cass, S.U., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, cit.).

Nella sentenza Scurato, le Sezioni Unite avevano richiamato l'attenzione su *«l'eventualità che lo strumento captativo in argomento possa produrre, in casi estremi, esiti lesivi della dignità umana»* indicando come si tratti tuttavia di *«un pericolo che ben può essere neutralizzato con gli strumenti*

di cui dispone l'ordinamento»; ad esempio facendo discendere dal principio personalistico enunciato dall'art. 2 della Costituzione, e dalla tutela della dignità della persona che ne deriva, la sanzione di inutilizzabilità delle risultanze di "specifiche" intercettazioni che nelle loro modalità di attuazione e/o nei loro esiti abbiano acquisito "in concreto" connotati direttamente lesivi della persona e della sua dignità».

Nella sentenza Prisco, le Sezioni Unite in tema di video registrazioni “non comunicative” avevano affrontato il problema inquadrando tali tecniche nella categoria delle prove atipiche ex 189 c.p.p. giungendo alla conclusione che non si potessero ritenere utilizzabili le riprese all'interno della dimora privata. È da aggiungere che quelle Sezioni Unite (segno dei tempi) diedero del concetto di abitazione ex 614 c.p. una definizione assai più allargata di quella fatta più recentemente dal supremo consesso nomofilattico (Cass, S.U., 23 marzo 2017 – dep. 22 giugno 2017-, n. 31345).

La sentenza Prisco si è ispirata ad un indirizzo per cui ha negato rilevanza probatoria alle videoregistrazioni in questione facendo riferimento alla: categoria delle prove incostituzionali. A tale scopo il riferimento culturale è la sentenza della Corte Costituzionale n. 34 del 1973 e del «*principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito*».

Nello stesso solco la sentenza della Corte Costituzionale n. 81 del 1993 «*non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino*».

A conclusioni analoghe anche le sentenze delle Sezioni Unite del 16 maggio 1996 (Sala), del 13 luglio 1998 (Gallieri) e del 23 febbraio 2000 (D' Amuri), le quali hanno fatto rientrare «*nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità, non solo le "prove oggettivamente vietate", ma le prove formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla "legge"*», ed, a maggior ragione, quindi, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione. Ipòtesi quest'ultima sussumibile nella previsione dell'art. 91 c.p.p., proprio perché l'antigiuridicità di prove così formate od acquisite attiene alla lesione di diritti fondamentali, riconosciuti cioè come intangibili dalla Costituzione».

Appare facile previsione che sulla base di tali precedenti sulla normativa attinente l'uso dei “captatori informatici” come sull'incombente decreto “spazza-corrotti” (triste come la corruzione

del linguaggio tecnico si accompagna al deterioramento del diritto) sarà chiamato a pronunciarsi il Giudice delle leggi o almeno è questo l'augurio.

Ciò richiederà la sensibilità dell'interprete, della magistratura capace di rifuggire da un improprio ruolo di esecutrice di politiche legislative sempre più repressive e incuranti dei diritti individuali. Molto di ciò che sarà la società, se "aperta" o meno (nel senso caro a Karl Popper) dipenderà dal confronto su una materia controversa ma che mai come oggi è così connessa al tema delle libertà individuali.
