

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LVI - novembre 2016, n° 11

II

20
16

| **estratto**

BREVI NOTE SUL PROGETTO GRATTERI
DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA
DELLE INTERCETTAZIONI

di **Francesco Caprioli**

541.2 BREVI NOTE SUL PROGETTO GRATTERI DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI (1)

Notes on Gratteri's draft of the interceptions reform

di **Francesco Caprioli**

Professore ordinario di Diritto processuale penale - Università di Torino

Sommario 1. Una discutibile manovra compensativa. — 2. Il superamento del “doppio binario” (a esclusivo vantaggio degli inquirenti). — 3. Le barriere (sempre più fragili) dell’intimità domiciliare. — 4. “Purché nulla trapeli all’esterno”. — 5. Un interlocutore necessario.

1. UNA DISCUTIBILE MANOVRA COMPENSATIVA

Può essere utile muovere da una riflessione che faceva vent’anni fa Paolo Ferrua a proposito di uno dei tanti progetti poi abortiti di riforma della disciplina delle intercettazioni. Attenzione, scriveva Ferrua, a non cedere a una logica di questo tipo: «si intercetti pure, si limiti quanto si vuole la segretezza delle comunicazioni, purché nulla di quanto si scopre trapeli all’esterno del procedimento». Ragionare così, scriveva Ferrua, sarebbe «dissegnato», perché «proteggere la riservatezza a scapito della segretezza è tipico di un regime poliziesco, rispetto al quale resta di gran lunga preferibile l’incontrollata divulgazione sui *mass-media* delle notizie intercettate» (2).

L’impressione, purtroppo, è che il c.d. “progetto Gratteri” (3) si ispiri esattamente a questa logica. Da un lato, si rende estremamente più agevole il ricorso allo strumento dell’intercettazione, estendendo anche ai procedimenti per i reati di cui all’art. 266 c.p.p. il blando regime autorizzativo attualmente riservato dall’art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 alle indagini per i delitti di criminalità organizzata e per i reati di minaccia con il mezzo del telefono. Per intercettare basteranno dunque indizi puri e semplici anziché indizi gravi di reato (con un lieve slittamento semantico rispetto allo stesso disposto dell’art. 13, che richiede indizi di reato “sufficienti”), e basterà che le attività di ascolto risultino necessarie per lo svolgimento dell’indagine anziché assolutamente indispensabili per la prosecuzione di un’inchiesta già avviata. Si potrà inoltre intercettare più a lungo (il termine ordinario passa da quindici a quaranta giorni, le proroghe da quindici a venti), e le intercettazioni ambientali domiciliari saranno consentite anche in assenza del *fumus perdurantis criminis* (risolvendosi in questo modo alla radice, nel senso meno garantisticamente rassicurante, anche il problema dell’intercettazione effettuata mediante captatore informatico installato su dispositivo mobile). È stato detto che l’incidenza pratica di queste modifiche non andrebbe sopravvalutata, perché non risulta che siano mai

(1) Testo della Relazione svolta al convegno “*Proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata*”, organizzato dall’Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza, svoltosi in Roma il 17 giugno 2016.

(2) P. FERRUA, *Privacy e riservatezza nella riforma delle intercettazioni*, in *Studi sul processo penale*, III. *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 119 s.

(3) Il riferimento è al progetto presentato dalla *Commissione per l’elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata* nominata con d.P.C.M. 30 maggio 2014 e presieduta dal dott. Nicola Gratteri, i cui lavori si sono conclusi il 31 dicembre 2014.

stati annullati decreti autorizzativi *ex art. 267 c.p.p.* sul presupposto che gli indizi di reato non fossero gravi, o sul presupposto che l'intercettazione non fosse assolutamente indispensabile per la prosecuzione delle indagini. L'obiezione non convince: talvolta le norme trasmettono segnali più importanti della loro stessa portata precettiva, e qui il segnale rivolto agli inquirenti sarebbe inequivoco. Si potrà intercettare molto più di prima: e fin da subito, più a lungo, dovunque.

Contemporaneamente, si fa divieto di inserire il testo integrale delle intercettazioni non rilevanti nei provvedimenti dell'autorità giudiziaria diversi dalle sentenze (art. 271, comma 4, c.p.p.) e, soprattutto, come «forte ed efficace deterrente alla illegittima divulgazione di stralci a contenuto diffamatorio estranei al tema delle indagini e del processo» (così la relazione al progetto), si introduce nel codice penale una nuova fattispecie di reato denominata "pubblicazione arbitraria di intercettazioni" (art. 595-*bis* c.p.), punendo severamente, con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 2.000 ad euro 10.000, «chiunque, fuori dei casi consentiti, pubblica o diffonde in qualsiasi modo il testo d'intercettazioni di conversazioni telefoniche o altre forme di comunicazione, ovvero di corrispondenza acquisita agli atti di un procedimento penale, il cui contenuto abbia portata diffamatoria e che risulti manifestamente irrilevante a fini di prova».

È precisamente il modello ripudiato da Ferrua: via libera alle intercettazioni, disco rosso alla pubblicazione di tutti i materiali irrilevanti. Come se questa seconda opzione normativa potesse in qualche modo compensare, redimere, rendere maggiormente tollerabile la prima. La mia opinione, come cercherò di spiegare, è che non sia così, e che anzi questa logica andrebbe interamente rovesciata: si dovrebbe intercettare molto di meno, e a volte andrebbe reso pubblicabile anche ciò che non serve al processo.

2. IL SUPERAMENTO DEL "DOPPIO BINARIO" (A ESCLUSIVO VANTAGGIO DEGLI INQUIRENTI)

La scelta di allentare i presupposti dell'intercettazione segna una radicale inversione di rotta rispetto ai numerosi progetti di riscrittura degli artt. 266 ss. c.p.p. presentati nel corso degli ultimi dieci anni. Finora nel cantiere normativo si era sempre ragionato – assennatamente – in senso opposto: le intercettazioni sono troppe, sono troppo costose, tendono a crescere in misura incontrollabile (secondo dati ministeriali, il numero delle persone intercettate ogni anno risulta essere passato da 77.000 a 141.000 tra il 2003 e il 2013; dato preoccupante anche al netto di uno sviluppo tecnologico che indubbiamente favorisce la comunicazione a distanza). Si era dunque cercato semmai di limitare, in vario modo, il potere degli inquirenti. Ad esempio, si era tentato di dare seguito alle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo circa l'esatta individuazione normativa dei soggetti intercettabili e dei luoghi sottoposti a controllo auditivo, oltre che dei reati per i quali l'intercettazione è consentita (magari inserendo al riguardo uno specifico presupposto supplementare per l'intercettazione, come nella bozza Severino del 2012, in cui si pretendeva, accanto ai gravi indizi di reato e all'assoluta indispensabilità ai fini dell'indagine, che le utenze fossero «intestate o in uso a soggetti indagati» o sussistessero «concreti elementi per ritenere che l'utenza [fosse] utilizzata, anche da soggetti diversi, per conversazioni o comunicazioni attinenti ai fatti per cui si procede»; o come nel disegno di legge Alfano del 2008, approvato dal Senato nel 2010, in cui si pretendeva che utenze e luoghi monitorati fossero in uso all'indagato o ad altri soggetti che «sulla base di specifici atti di indagine, risultassero a conoscenza dei fatti per cui si procede»; o più semplicemente, come

richiesto nel 2008 dalla Commissione Riccio, imponendo al giudice uno specifico obbligo supplementare di motivazione in ordine al legame sussistente tra l'utenza o il luogo da sorvegliare e le esigenze investigative); oppure si era esplorata la tematica dei rapporti tra la validità delle intercettazioni effettuate e la sorte dell'addebito preliminare addotto a fondamento della richiesta autorizzativa, per scongiurare il rischio di un uso meramente strumentale del potere di contestazione (fino eventualmente a prevedere, come nel testo di riforma del 2010 o nella bozza Severino del 2012, l'inutilizzabilità delle intercettazioni sostenute da un addebito mai sfociato in un'imputazione, o trasformatosi, in sede processuale, nella contestazione di un reato diverso da quelli elencati nell'art. 266 c.p.p.). Soluzioni più o meno apprezzabili, ma espressione di una linea di tendenza univoca. Di certo, nessuno aveva finora pensato che la disciplina vigente dei presupposti dell'intercettazione fosse addirittura troppo restrittiva.

Risulta inoltre assai poco convincente la giustificazione offerta dalla Commissione a sostegno delle proprie scelte. «La *ratio* dell'intervento», si legge nella relazione che accompagna il progetto, «va individuata nella necessità di superare il c.d. "doppio binario", che non si giustifica né sul piano delle garanzie costituzionali (la legge, infatti, calibra le garanzie in termini più 'affievoliti' nei casi di reati di criminalità organizzata), né sul piano più strettamente operativo (la ricerca della prova non richiede mezzi diversificati a seconda del tipo di reato cui si riferiscono le indagini)». A tacer d'altro – cosa significa che «la ricerca della prova non richiede mezzi diversificati a seconda del tipo di reato cui si riferiscono le indagini»? che è a rischio anche il doppio binario tra reati inseriti e reati non inseriti nell'elenco di cui all'art. 266 c.p.p.? –, il vizio di motivazione è palese: con le stesse parole si sarebbe potuta argomentare anche la scelta opposta (estendere ai reati di criminalità organizzata le garanzie previste per i reati ordinari).

Il fatto è che la relazione elude la vera domanda: il rapporto tra le esigenze di repressione degli illeciti penali e i diritti dei cittadini alla segretezza delle comunicazioni e all'inviolabilità del domicilio è attualmente troppo sbilanciato a favore delle prime nei procedimenti per i reati di criminalità organizzata, o è troppo sbilanciato a favore dei secondi nei procedimenti per i reati ordinari? La Commissione ha ritenuto evidentemente che oggi siano i diritti individuali a usufruire di un eccesso di tutela, ed è così che si spiega l'equiparazione *in peius* anziché *in melius*. È una giustificazione evidentemente tutta politica, che andrebbe però sbandierata senza ipocrisie (la ritenuta impellente necessità di eliminare il doppio binario) e senza infingimenti (si legge nella relazione che «in definitiva gli interventi correttivi mirano a dare una risposta a una [precisa] esigenza manifestata dall'opinione pubblica», e cioè «apprestare un sistema di contrasto alle forme più aggressive di criminalità»: ma qui ad essere colpiti non sono affatto i crimini più gravi). Ed è una giustificazione di fronte alla quale il giurista risulta alquanto disarmato, perché la Costituzione, come è noto, pretende il rispetto della riserva di legge e della riserva di giurisdizione, ma nulla dice circa le ragioni per le quali – e circa i limiti entro i quali – inviolabilità delle comunicazioni e inviolabilità del domicilio possono essere sacrificati alle esigenze della giustizia penale. Sappiamo tutti però che l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo subordina le violazioni del diritto alla *privacy* anche alla condizione che l'ingerenza sia «necessaria, in una società democratica» per il perseguimento delle finalità di giustizia. Necessaria *in una società democratica*: il che significa non solo affermare un principio di indispensabile proporzione tra mezzi e fini (rendendo ammissibili anche differenze di trattamento in relazione ai diversi reati), ma anche introdurre un preciso

criterio di valutazione della proporzionalità, che viene fatto coincidere con il mantenimento stesso della natura “democratica” della società.

Su questo versante, il progetto lascia intravedere i segnali di una deriva che potrebbe essere pericolosa. Ad esempio, colpisce che la Commissione non abbia esitato a subordinare la audiosorveglianza e la videosorveglianza domiciliare alle stesse condizioni delle intercettazioni telefoniche e delle intercettazioni ambientali extradomiciliari: come se l’installazione di una microspia o, peggio, di una videocamera nell’altrui domicilio non fosse un attentato infinitamente più grave ai diritti di *privacy* dell’individuo. In una sentenza dello scorso aprile la Corte costituzionale tedesca ha speso parole di grande civiltà su questo argomento: poiché la ripresa audio-video domiciliare è un’ingerenza «nel nucleo più profondo della vita privata», sono state dichiarate illegittime le riprese domiciliari effettuate direttamente nei confronti di persone diverse dall’imputato, e illegittimo l’utilizzo delle registrazioni da parte degli organi inquirenti, salvi casi di pericolo immediato, se non dopo che un “organismo indipendente” le abbia esaminate per espungere i contenuti irrilevanti. Se verrà approvato il testo del quale si sta discutendo, basterà invece che sussistano indizi (non gravi) di commissione di un reato (anch’esso magari non grave, non essendo tutti di particolare gravità i reati elencati nell’art. 266 c.p.p.), per permettere agli inquirenti di audiosorvegliare e videosorvegliare il domicilio non solo dell’indagato, ma di chiunque possa offrire elementi utili all’indagine. Ciò a tempo tendenzialmente indeterminato e – lo si dirà più avanti – con il rischio concreto che anche i filmati processualmente irrilevanti divengano di dominio pubblico.

Tutto questo è davvero necessario in una società democratica? Si direbbe sinceramente di no. Stupisce, dunque, che la Commissione non abbia neppure ritenuto di farsi carico del problema (nella relazione ci si limita a denunciare come «inesigibile», perché al limite della *probatio diabolica*, il presupposto dello svolgimento attuale di attività criminosa oggi previsto dall’art. 266 comma 2 c.p.p., e ad affermare che con l’eliminazione di tale presupposto non sarebbero state in alcun modo «intacca[te] le garanzie costituzionali della tutela del domicilio», coincidenti con la sola duplice riserva di legge e di giurisdizione).

3. LE BARRIERE (SEMPRE PIÙ FRAGILI) DELL’INTIMITÀ DOMICILIARE

Non è un caso che si sia usata in precedenza l’espressione “videosorveglianza” anziché “videointercettazione” domiciliare. Nel disporre che «negli stessi casi [dell’art. 266, comma 1, c.p.p.] è consentita [...] l’intercettazione di comportamenti tramite ripresa video anche nei luoghi indicati dall’art. 614 cod. pen., o per i quali sussistono comunque caratteri di riservatezza» (art. 266, comma 2, c.p.p.), il progetto fa piazza pulita della nota distinzione giurisprudenziale tra la ripresa video di comportamenti domestici comunicativi (consentita in quanto ascrivibile al *genus* delle intercettazioni) e la ripresa video (non consentita) di comportamenti domestici non comunicativi, autorizzando espressamente gli inquirenti a videoriprendere anche comportamenti del secondo tipo alle stesse condizioni previste per l’intercettazione telefonica e per l’intercettazione di colloqui tra presenti.

Vale in proposito quanto appena osservato: è un’equiparazione sbrigativa e intollerabile, troppo diversa essendo la portata degli interessi in gioco. Ma non è questa la sola perplessità suscitata dal progettato art. 266, comma 2, c.p.p.

In primo luogo, l’espressione “intercettazione di comportamenti” appare infelice come l’espressione “intercettazione di immagini” che figurava nel disegno di legge Alfano del 2008.

Intercettare significa cogliere qualcosa nel passaggio da un mittente a un destinatario: immagini o comportamenti che non siano di natura comunicativa non possono essere intercettati. Introdurre l'inedita fattispecie dell'intercettazione di comportamenti significherebbe rimettere in discussione la definizione stessa di atto intercettivo, faticosamente messa a punto da dottrina e giurisprudenza nel silenzio del legislatore: e qualcuno potrebbe ritenere applicabile l'art. 266, comma 2, c.p.p. ai soli comportamenti comunicativi (gli unici realmente intercettabili), mentre non è questa, evidentemente, l'intenzione della Commissione. Preferibile, dunque, una locuzione come "videoripresa di comportamenti", o, meglio ancora, "videoripresa di immagini", essendo lesiva dell'intimità domiciliare anche la ripresa video di immagini domiciliari inanimate.

In secondo luogo, i soggetti videoripresi sembrerebbero beneficiare addirittura di un eccesso di tutela nelle ipotesi in cui il comportamento non sia comunicativo e si svolga in un luogo pubblico. Dire che «negli stessi casi è consentita [...] l'intercettazione di comportamenti tramite ripresa video *anche* (*sic*) nei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen., o per i quali sussistono comunque caratteri di riservatezza» significa, si direbbe, subordinare alle medesime condizioni formali e sostanziali dell'intercettazione telefonica anche le riprese video dei comportamenti non comunicativi tenuti in pubblico, cioè assoggettare all'autorizzazione del giudice attività di videosorveglianza che oggi pacificamente possono essere effettuate dagli organi inquirenti di propria iniziativa. Con quale logica, è difficile a dirsi, non essendo in gioco né il diritto alla segretezza delle comunicazioni, né il diritto all'intimità domiciliare. Una scelta analoga era stata compiuta a suo tempo dal disegno di legge Alfano, ma in un ben diverso quadro complessivo di regolamentazione della materia (basti pensare che, in quel contesto, le videoriprese dei comportamenti comunicativi pubblici risultavano consentite solo in presenza di uno svolgimento attuale di attività criminosa nel luogo sorvegliato).

Colpisce, infine, che la nuova fattispecie penale di cui si propone l'introduzione – nel punire chiunque pubblici o diffonda in qualsiasi modo «il testo di intercettazioni di conversazioni telefoniche o altre forme di comunicazione, ovvero di corrispondenza acquisita agli atti di un procedimento penale» – non contempli l'indebita pubblicazione o diffusione delle immagini che costituiscano il frutto di una ripresa video investigativa (a differenza di quanto previsto nel disegno di legge Alfano del 2008, che conteneva una modifica in tal senso dell'art. 684 c.p.).

Non mancano, s'intende, soluzioni apprezzabili nel progetto. Lo è, ad esempio, la scelta di assoggettare ai medesimi presupposti formali e sostanziali dell'intercettazione – anziché a una mera autorizzazione del pubblico ministero motivata da generiche esigenze investigative, come avviene attualmente – la ripresa video dei comportamenti non comunicativi che si tengono nei luoghi definiti "riservati" dalla sentenza Prisco. E lo è la scelta – sollecitata in passato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo – di obbligare il pubblico ministero ad autorizzare specificamente l'accesso della polizia giudiziaria ai luoghi di privata dimora per il posizionamento degli strumenti di intercettazione o di ripresa visiva, ove ciò sia «necessario per la esecuzione delle operazioni» (art. 267 comma 3 c.p.p.).

Nel complesso, tuttavia, la materia andrebbe regolata con maggiore attenzione. In primo luogo, la sorveglianza audio-video del domicilio, degli altri luoghi di privata dimora e dei luoghi riservati andrebbe finalmente disciplinata come autonomo mezzo di ricerca della prova, estraneo alla dimensione concettuale e giuridica dell'intercettazione di comunicazioni (pur potendo l'*home-watching* e l'*home-listening* comportare *anche*, come è ovvio, la captazione occulta di

comportamenti comunicativi). In secondo luogo, essa andrebbe assoggettata a condizioni diverse e più rigorose di quelle previste per l'intercettazione telefonica o per l'intercettazione di colloqui extradomiciliari tra presenti: la si dovrebbe consentire solo in casi eccezionali, coincidenti con lo svolgimento *in loco* dell'attività criminosa o con altre situazioni-presupposto che garantiscano un adeguato contemperamento tra esigenze repressive e diritti di *privacy*; dovrebbe essere prevista per un numero limitato di reati, selezionati con criteri ovviamente diversi da quelli che ispirano l'art. 266, comma 1, c.p.p. (avendo ben poco senso, ad esempio, consentire la videosorveglianza domiciliare di chi sia indagato per molestie con mezzo del telefono); andrebbe vietata, di regola, la sorveglianza elettronica del domicilio di soggetti diversi dall'indagato; occorrerebbe, infine, instaurare procedure speciali di stralcio dei materiali irrilevanti, e punirne severamente la diffusione arbitraria.

4. "PURCHÉ NULLA TRAPELI ALL'ESTERNO"

Quanto all'indebita divulgazione del contenuto delle intercettazioni, la proposta della Commissione Gratterri, come già anticipato, è di sanzionare severamente chi se ne renda responsabile: fino a sei anni di reclusione per «chiunque, fuori dei casi consentiti, pubblic[hi] o diffond[a] in qualsiasi modo il testo d'intercettazioni di conversazioni telefoniche o altre forme di comunicazione, ovvero di corrispondenza acquisita agli atti di un procedimento penale, il cui contenuto abbia portata diffamatoria e che risulti manifestamente irrilevante a fini di prova» (art. 595-*bis* c.p.).

La soluzione escogitata presta il fianco, in prima battuta, ad alcune critiche spicciole. Già si è detto del mancato riferimento alla pubblicazione arbitraria delle immagini che siano state acquisite attraverso una "intercettazione di comportamenti mediante videoripresa". Ma perché punire la sola pubblicazione di conversazioni il cui contenuto abbia portata diffamatoria per l'interessato, e non anche quelle semplicemente lesive del diritto al rispetto della vita privata (ad esempio, quelle contenenti dati sensibili)? E ancora: ha senso affidare il giudizio di rilevanza della conversazione intercettata nel procedimento *a quo* al giudice che deve valutare la sussistenza del reato di pubblicazione arbitraria di intercettazioni? Non c'è il rischio di creare complicate interferenze tra le due valutazioni di rilevanza (quella effettuata dal giudice del procedimento in cui è stata disposta l'intercettazione e quella effettuata dal giudice del reato di pubblicazione arbitraria)?

L'obiezione di fondo, tuttavia, è un'altra. «Chiunque pubblica o diffonde *fuori dei casi consentiti*» significa, a quanto è dato comprendere, che la divulgazione del colloquio o della corrispondenza verrebbe punita (fatti salvi specifici divieti come quello inserito nel "nuovo" art. 271, comma 4, c.p.p.) soltanto se effettuata in violazione dei divieti attualmente previsti dall'art. 114 c.p.p., ossia, essenzialmente, in due casi: quando l'intercettazione sia ancora coperta da segreto, e quando, pur essendo caduto il segreto, sia ancora vietata la pubblicazione integrale dell'atto anziché del solo contenuto. Si tratterebbe, insomma, con specifico riferimento alle condotte di pubblicazione, di una versione aggravata e speciale del reato di cui all'art. 684 c.p., come rivela anche l'analogia delle due rubriche (pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale, pubblicazione arbitraria di intercettazioni): la clausola «fuori dei casi consentiti» equivarrebbe alla clausola «di cui sia vietata la pubblicazione» contenuta nell'art. 684 c.p.

Se le cose stanno così, tuttavia, la tutela penale della *privacy* dei soggetti intercettati continuerebbe irragionevolmente a dipendere, come già accade oggi per il reato di pubblica-

zione arbitraria di atti di un procedimento penale, da una disciplina processuale che rende gli atti segreti o non segreti, pubblicabili o non pubblicabili, pubblicabili integralmente o solo nel contenuto, per ragioni che non hanno nulla a che vedere con la protezione della riservatezza dei soggetti coinvolti nell'indagine penale, ma per ragioni di tutela degli esiti dell'indagine e di tutela della verginità cognitiva del giudice del dibattimento. Se si vuole mantenere un legame tra la disciplina penale di tutela della *privacy* e la disciplina processuale concernente il segreto e la pubblicazione degli atti, bisogna intervenire su quest'ultima, rendendola funzionale anche alla protezione della riservatezza. Bisogna cioè creare, accanto al tradizionale segreto investigativo (fisiologicamente effimero in quanto funzionale al buon esito dell'indagine), un segreto di tipo diverso, tendenzialmente perenne, preordinato alla sola tutela della riservatezza delle persone cadute nella rete dell'intercettazione e destinato a coprire tutte le notizie non rilevanti per il processo. Occorre insomma – prima di imbracciare l'arma della sanzione penale – dettare regole processuali nuove per la selezione dei materiali rilevanti, la loro utilizzabilità probatoria, la loro conservazione o eventuale distruzione, nonché ripensare in chiave diversa la stessa disciplina del segreto e della pubblicabilità degli atti. Su questo versante, il progetto Gratteri tace colpevolmente, essendo ben noti i limiti strutturali – e l'assoluta ineffettività – dell'attuale procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni irrilevanti (una recente circolare della Procura della Repubblica di Torino ha tentato di rivitalizzare l'istituto: ma per farlo è stato necessario forzare in larga misura i contenuti dell'art. 268 commi 6-8 c.p.p.).

Queste – stando ai progetti di riforma che hanno preceduto l'articolato Gratteri – le coordinate entro le quali ci si dovrebbe muovere: creazione di un apposito archivio riservato per la conservazione delle registrazioni; deposito integrale della documentazione audio-video da parte del pubblico ministero; diritto di ascolto e visione da parte della difesa, ma con persistenza del segreto fino all'udienza di stralcio e possibilità di ottenere copia delle registrazioni solo a selezione avvenuta (salve autorizzazioni *ad hoc* del giudice e salva diversa regolamentazione per l'incidente cautelare, secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale già recepiti dal progetto nell'art. 268, comma 8-*bis*, c.p.p.); segreto "tombale" sui materiali non ritenuti rilevanti e loro eventuale distruzione; superamento del *distinguo* tra pubblicazione dell'atto e pubblicazione del contenuto (tutto ciò che non è più segreto dovrebbe diventare liberamente pubblicabile); sanzioni penali severe per la violazione del segreto e dei divieti di pubblicazione funzionali alla tutela della riservatezza. Per garantire effettività alla procedura di selezione e stralcio, si potrebbe inoltre introdurre uno specifico divieto di uso probatorio (anche nel giudizio abbreviato) dei materiali di cui non sia stato effettuato lo *screening*, attribuendo definitivamente natura acquisitiva alla suddetta procedura (ma già oggi l'art. 268, comma 6, c.p.p. stabilisce che il giudice «*dispone l'acquisizione delle conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche [...] che non appaiano manifestamente irrilevanti*»); e per evitare adempimenti inutili, si potrebbe consentire il differimento della trascrizione alla fase dibattimentale (nella prassi, come è noto, si tende a posticipare al dibattimento la procedura di filtro anche perché alla selezione dovrebbe seguire indefettibilmente *ex art. 268, comma 7, c.p.p.* l'attività trascrittiva, molto costosa e sostanzialmente inutile se il procedimento non approda alla fase dibattimentale).

5. UN INTERLOCUTORE NECESSARIO

Tutto questo, naturalmente, sul presupposto che il discrimine tra pubblicabilità e non pubbli-

cabilità delle conversazioni intercettate o delle immagini videoriprese debba realmente essere costituito dalla loro rilevanza probatoria nel processo.

In realtà è questo criterio di fondo che potrebbe risultare non del tutto soddisfacente. Sia perché è un criterio molto più difficilmente governabile e molto meno selettivo di quanto possa apparire a prima vista: nulla impedirà che vengano ritenute rilevanti nel processo conversazioni e immagini in relazione alle quali l'interesse alla riservatezza dei soggetti coinvolti sarebbe comunque meritevole di maggior tutela, nel caso concreto, rispetto all'interesse dei cittadini a sapere come viene amministrata la giustizia in loro nome. Sia perché, al contrario, l'intercettazione potrebbe far emergere notizie non rilevanti per il processo che tuttavia sarebbe delittuoso, nell'interesse dei cittadini, consegnare all'oblio dell'archivio riservato.

Questo significa che il bilanciamento degli interessi in gioco resterà ancora in larga misura affidato alla sensibilità degli organi di informazione e alla loro capacità di munirsi di codici di comportamento adeguati e vincolanti. Scriveva un anno fa Michele Serra su Repubblica: «sulla controversa vicenda delle intercettazioni telefoniche c'è da prendere atto (mestamente) che il solo criterio che nessuno considera affidabile è l'autodisciplina dei media. Ovvero, il loro autonomo discernimento a proposito della rilevanza pubblica delle conversazioni [intercettate]: evitando (ovviamente) di pubblicare quelle che hanno carattere esclusivamente privato, la cui pubblicazione [...] ha il solo scopo di svergognare, umiliare e intimidire l'intercettato. [...] In quarant'anni di giornalismo mi è capitato almeno cento volte di pensare che l'Ordine avrebbe potuto e dovuto intervenire a carico di suoi iscritti: novantanove volte non lo ha fatto»⁽⁴⁾.

Gran parte del problema che stiamo affrontando è oggi in questa che Serra definisce «imbarazzante incapacità di autodisciplina» della stampa: e lo resterà, probabilmente, anche in futuro. Poco importa se il legislatore riuscirà a predisporre raffinati meccanismi di filtro processuale delle comunicazioni e delle immagini processualmente irrilevanti, e poco importa se verranno minacciate sanzioni penali più severe. In molti casi spetterà ancora autonomamente ai giornalisti decidere se essere il feroce "cane da guardia della democrazia" descritto con ammirazione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, o, come troppo spesso accade, una petulante vergine cuccia pariniana, i cui morsi non servono a nulla se non a rovinare la vita della gente perbene.

(4) M. SERRA, *L'amaca*, in *La Repubblica*, 28 marzo 2015.

