

# La disciplina delle intercettazioni preventive nel sistema antiterrorismo

## *The Legal Framework on Preventive Wiretapping for Counter-Terrorism Objectives*

BIANCA AGOSTINI

*Dottoranda di ricerca presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma*

TERRORISMO, INTERCETTAZIONI,  
DIRITTI FONDAMENTALI

TERRORISM, WIRETAPPING,  
FUNDAMENTAL RIGHTS

### ABSTRACT

Il contributo analizza le dinamiche relative all'utilizzo di strumenti propri del procedimento penale per esigenze preventive, come quella di impedire la commissione di determinate tipologie di illeciti, soffermandosi, in particolare, sulla disciplina delle intercettazioni.

This article analyses the dynamics relating to the use of tools proper of the criminal law proceedings for different objectives such as the prevention of the commission of certain types of crimes, with a main focus on the regulation of preventive wiretapping.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Le intercettazioni preventive: genesi dell'istituto. – 3. Le problematiche. – 4. Conclusioni e prospettive.

# 1.

## Introduzione.

La lotta ai fenomeni terroristici che hanno variamente interessato il territorio europeo ed extraeuropeo ha determinato l'esigenza di interventi normativi spesso dettati dalla necessità di approntare strumenti di *law enforcement* adeguati al repentino stato di emergenza.

Il legislatore nazionale è recentemente intervenuto con una decretazione d'urgenza<sup>1</sup> – che si aggiunge ai precedenti interventi del 2001 e del 2005 – la quale, oltre ad aver introdotto rilevanti novità sul piano del diritto sostanziale con l'intento di anticipare la soglia di rilevanza penale di determinate condotte, ha portato con sé alcune importanti modifiche per il sistema processuale penale nel suo complesso.

In particolare, gli interventi più incisivi sono stati dedicati alla fase delle indagini preliminari attraverso l'estensione delle funzioni proprie del procuratore nazionale antimafia anche ai delitti commessi con finalità di terrorismo (art. 371-*bis* c.p.p.), l'inserimento nel catalogo dei reati suscettibili di arresto in flagranza delle fattispecie cd. "sentinella" rispetto a fatti di matrice terroristica (art. 497-*bis* c.p. e art. 12, commi 1 e 3, d.lgs. n. 286/1998), l'inclusione dei delitti di criminalità terroristica nel catalogo dei delitti che permettono l'utilizzo degli strumenti dei colloqui (art. 18-*bis* ord. penit.) e delle intercettazioni a fini investigativi (art. 226 disp. coord. c.p.p.).

All'interno di questo mutevole quadro normativo, il presente contributo avrà ad oggetto, più nello specifico, l'analisi delle dinamiche relative all'utilizzo di strumenti propri del procedimento penale – e, quindi, finalisticamente orientati all'accertamento della responsabilità penale in relazione alla commissione di un reato – per obiettivi di prevenzione, allo scopo cioè di impedire la (possibile) realizzazione di determinate tipologie di illeciti.

La creazione di questo "doppio binario" riguarda, in particolare, gli strumenti delle intercettazioni e dei colloqui con soggetti detenuti o internati che, a seconda (esclusivamente) dell'obiettivo perseguito dagli organi investigativi, saranno soggetti ad una disciplina differenziata, nonché a requisiti di adozione e garanzie profondamente eterogenei.

Ciò ha posto e pone tuttora numerose questioni inerenti alla legittimità e all'opportunità di prevedere un regime differenziato nonché – come si dirà – meno garantito per quelle misure che incidono su diritti costituzionalmente tutelati come, ad esempio, il diritto alla riservatezza delle comunicazioni.

Accanto a questo profilo si pone, poi, il problema delle eventuali ricadute che tali meccanismi *ante delictum* possono avere all'interno dello spazio giurisdizionale e sull'impiego di istituti processuali, che viene spesso identificato come fenomeno di "trasmutazione poliziesca del procedimento penale"<sup>2</sup>. Sullo sfondo si staglia, infatti, il rischio di un'involuzione politico-criminale non solo che si focalizzi sugli autori più che sui fatti ma che trasformi i mezzi di accertamento in strumenti di lotta più che contro il singolo terrorista, in generale contro il terrorismo come fenomeno<sup>3</sup>.

A tal proposito risulterà, quindi, necessario affrontare il delicato tema della tutela dei confini tra attività di *intelligence* e attività investigativa propria del procedimento penale.

<sup>1</sup> Cfr. d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. in l. 17 aprile 2015, n. 43.

<sup>2</sup> NEGRI, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2, p. 3. L'Autore mette in luce una duplice evoluzione dei rapporti intercorrenti tra esigenze preventive e sistema processuale sottolineando come, ad oggi, "non siamo solo di fronte al definitivo congedo dall'idea del processo penale come puro luogo d'accertamento di responsabilità per fatti criminosi del passato; non al semplice mescolarsi della repressione classicamente intesa con la logica della prevenzione rispetto a fonti di pericolo bisognose d'urgente neutralizzazione" in quanto l'ingresso sulla scena dei servizi informativi addetti alla sicurezza dello Stato ha reso addirittura "improprio assumere il processo penale a categoria di riferimento, sia pure per registrarne i notevoli scostamenti dal modello tramandato".

<sup>3</sup> Si tratta di osservazioni espresse, sul piano processuale, da PAULESU, *Contrasto al terrorismo e presunzione di non colpevolezza*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 628.

## 2.

## Le intercettazioni preventive: genesi dell'istituto.

Limitando il campo di analisi alla figura delle intercettazioni, occorre rilevare che il nostro codice di procedura penale contempla l'intercettazione come mezzo di ricerca della prova, il cui utilizzo è subordinato al riscontro di gravi indizi in merito alla sussistenza di determinate categorie di reato, a ragioni di assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, nonché alla preventiva autorizzazione dell'organo giurisdizionale (art. 266 e ss. c.p.p.)<sup>4</sup>.

L'intercettazione quale mezzo di prevenzione dei reati impiegabile, cioè, *ante delictum* in funzione di neutralizzazione di futuri comportamenti criminosi, è stato icasticamente definito dalla dottrina come "strumento polveroso"<sup>5</sup>, trattandosi, infatti, di un'opzione (almeno inizialmente) osteggiata dall'avvento del nuovo codice<sup>6</sup>.

Tale strumento, concepito nel periodo di emergenza terroristica degli anni Settanta<sup>7</sup> con l'obiettivo di prevenire gravi delitti a sfondo politico, prevedeva, *ex art. 226-sexies* del codice di rito allora vigente, che "a richiesta del Ministro per l'interno o, su sua delega, esercitata anche per il tramite del prefetto competente, a richiesta del questore, del comandante del gruppo dei carabinieri, del comandante del gruppo della guardia di finanza [...] il procuratore della Repubblica del luogo ove le operazioni devono essere eseguite può autorizzare l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni telefoniche quando sia necessaria per le indagini in ordine ai delitti indicati nel primo comma dell'articolo 165-ter".

Successivamente la facoltà di utilizzare lo strumento delle intercettazioni preventive era stata estesa anche ai delitti di criminalità organizzata, inserendo l'allora istituendo Alto Commissario per la lotta alla mafia tra i soggetti abilitati a farne richiesta al procuratore della Repubblica<sup>8</sup>.

Il nuovo codice aveva optato per mantenere in vita esclusivamente quest'ultima ipotesi che, espulsa dall'impianto codicistico e trasferita tra le disposizioni di attuazione, assumeva carattere eccezionale, legittimando esclusivamente l'Alto Commissario per la lotta alla mafia ad ottenere tale "speciale strumento di ascolto"<sup>9</sup>.

L'atteggiamento di sospetto e di critica che aveva suscitato lo strumento in esame sin dalla sua introduzione avevano, infatti, portato la Commissione parlamentare a segnalarne, in seno alla relazione definitiva al codice, il contrasto con le stesse ragioni ispiratrici del nuovo sistema processuale.

Tuttavia, di lì a poco le stragi di stampo mafioso dell'estate del 1992 portarono il legislatore a ricorrere nuovamente allo strumento *de quo* prevedendo una nuova ipotesi di intercettazione preventiva, sempre su richiesta delle autorità di polizia – tra cui anche l'allora neoistituita Direzione investigativa antimafia – e subordinata alle ipotesi in cui queste ultime lo ritenessero necessario per l'attività di prevenzione e di informazione in ordine ai delitti previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, del codice. Come è stato notato, tale nuova disposizione, contenuta nell'art. 25-*ter* d.l. n. 306/1992<sup>10</sup>, non prevedeva alcun criterio di coordinamento con la disciplina di cui all'art. 226 disp. coord. c.p.p.: parte della dottrina aveva prospettato come la cessazione dell'ufficio dell'Alto Commissariato a far data dal 1/1/1993 avesse determinato, però, la contestuale abrogazione della norma *de qua*<sup>11</sup>.

Un'ulteriore evoluzione, ancora una volta determinata da una emergenza di matrice terroristica, si è avuta con gli attacchi dell'11 settembre, a seguito dei quali il legislatore ha deciso

<sup>4</sup> È stato, poi, introdotto un regime differenziato e meno stringente per i reati di criminalità organizzata che prevede, come presupposti, la sussistenza di sufficienti indizi di reato nonché che lo strumento sia necessario per la prosecuzione delle indagini. Cfr. art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, successivamente modificato dall'art. 3-*bis* del d.l. 8 giugno 1992 n. 133, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, e da ultimo dall'art. 23 della l. 1 marzo 2001, n. 63.

<sup>5</sup> DE LEO, *L'irrisolto presente e un possibile futuro delle intercettazioni preventive*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1862.

<sup>6</sup> MENGONI, *Commento all'art. 4 del d.l. 2005*, in [www.csm.it/circolari/050727\\_T.pdf](http://www.csm.it/circolari/050727_T.pdf): "con l'avvento del c.p.p. vigente, la disciplina delle intercettazioni preventive appariva cancellata dal sistema, perché ritenuta tanto di dubbia legittimità costituzionale, quanto – e soprattutto – ampiamente superata dalle regole del nuovo codice e dalle sue più profonde ragioni ispiratrici".

<sup>7</sup> Cfr. art. 9 d.l. 21 marzo 1978, n. 59, recante "Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati", conv. in l. 18 maggio 1978, n. 191.

<sup>8</sup> Cfr. art. 1, comma 8, d.l. 6 settembre 1982, n. 629, conv. in l. 12 ottobre 1982, n. 726.

<sup>9</sup> CANTONE, *Le modifiche processuali introdotte con il "Decreto antiterrorismo" (d.l. n. 144/2005 conv. in l. n. 155/2005)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2508; PISTORELLI, *Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale*, in *Guida al dir.*, 2001, p. 90.

<sup>10</sup> Tale decreto legge, contenente "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa" fu poi convertito in l. n. 356/1992.

<sup>11</sup> SPANGHER, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Arch. pen.*, 1994, p. 9; DI CHIARA, *Commento all'art. 25-ter d.l. 8 luglio 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 256.

di intervenire direttamente sull'art. 226 disp. coord. c.p.p, riformando la disciplina delle intercettazioni preventive e abrogando la disposizione contenuta nell'art. 25-ter sopra citato<sup>12</sup>.

Il nuovo impianto, tuttora vigente, prevede che il Ministro dell'interno o, su sua delega, i responsabili dei servizi centrali<sup>13</sup> nonché il questore o il comandante provinciale dei carabinieri e della guardia di finanza possano avanzare la richiesta di autorizzazione alle intercettazioni preventive al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso in cui questo non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione tutte le volte il cui lo ritengano necessario per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di delitti di cui agli artt. 407, comma 2, lett. a) e 51, comma 3-bis, del codice. Si prevede che delle operazioni effettuate debba essere redatto verbale sintetico il quale, insieme ai supporti utilizzati per le operazioni, dovrà essere depositato presso la segreteria del procuratore che ha autorizzato le captazioni affinché lo stesso possa valutare la conformità alla autorizzazione delle attività compiute e disporre la successiva distruzione. E', inoltre, espressamente stabilito che gli elementi acquisiti non possono essere utilizzati in un processo penale "fatti salvi i fini investigativi".

Dal punto di vista del contenuto dell'attività di captazione, la novella del 2001 ha inserito anche "le comunicazioni o conversazioni tra presenti, anche se queste avvengono nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale" ampliandone, così, i confini anche oltre i limiti previsti dalla disciplina codicistica che, viceversa, ammette l'intrusione nel domicilio esclusivamente là dove vi sia "fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa"<sup>14</sup>.

Parallelamente, nel 2005, è stata inserita anche la legittimazione del Presidente del Consiglio dei Ministri - al quale spetta secondo la legge n. 801/1978 l'alta direzione e la responsabilità delle politiche informative e di sicurezza - a richiedere, attraverso i direttori dei servizi informativi e di sicurezza, l'autorizzazione all'utilizzo delle intercettazioni finalizzate, questa volta, alla prevenzione in senso lato di attività terroristiche o di eversione dell'ordinamento costituzionale<sup>15</sup>. La parziale sovrapposibilità, sotto il profilo oggettivo, di tale disciplina con quella di cui all'art. 226 disp. coord. c.p.p. sembra legittimare un'ipotesi di competenza concorrente del Presidente del Consiglio e del Ministro dell'interno nei casi in cui le esigenze preventive si riferiscano ai delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) n. 4 c.p.p.<sup>16</sup>.

Questo intervento normativo assume rilievo ai fini della presente analisi perché, pur richiamando espressamente il dettato paracodicistico, evidenzia alcune incertezze in merito all'individuazione del soggetto titolare del potere di autorizzazione. Mentre, infatti, l'art. 226 disp. coord. c.p.p. si riferisce al procuratore della Repubblica, il d.l. del 2005, con il dichiarato intento di evitare rapporti diretti tra i servizi di *intelligence* e magistratura inquirente<sup>17</sup>, aveva inizialmente ipotizzato la competenza del procuratore generale presso la Corte di cassazione; competenza che in sede di conversione, anche a seguito del parere negativo del CSM<sup>18</sup>, è stata invece attribuita al procuratore generale presso la corte d'appello.

A questa evoluzione si aggiunge, da ultimo, il d.l. n. 7/2015 che è nuovamente intervenuto sull'art. 226 disp. coord. c.p.p. inserendovi i delitti tentati o consumati con finalità di terrorismo di cui all'art. 51, comma 3-*quater*, c.p.p., commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche. Tale disposizione è rappresentativa dell'obiettivo, fatto proprio dal legislatore, di intervenire sul fenomeno dei cd. "lupi solitari", ossia di quei soggetti qualificati come "terroristi fai da te" che si convertono alla causa fondamentalista e che, pur non essendo mossi da una strategia comune - tipica delle tradizionali organizzazioni criminali - si avvalgono di strumenti informatici per organizzare i propri attacchi.

La limitazione alle fattispecie che presuppongono l'impiego di strumenti informatici - criticata da parte della dottrina che riteneva auspicabile una formulazione più ampia - sembra-

<sup>12</sup> Cfr. art. 5 d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 contenente "Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale", conv. in l.15 dicembre 2001, n. 438.

<sup>13</sup> Si tratta dei servizi centrali della polizia di Stato, dell'arma dei carabinieri e del corpo della guardia di finanza di cui all'art. 12 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modificazioni, in l. 12 luglio 1991, n. 203.

<sup>14</sup> Cfr. art. 266, comma 2, c.p.p.

<sup>15</sup> Cfr. art. 4 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155. L'utilizzo di una dizione così generica per identificare uno dei presupposti dell'adozione è stata notevolmente criticata, soprattutto con riferimento alla garanzia costituzionale di riserva di legge di cui all'art. 15, comma 2, Cost. Cfr., a tal proposito, RAFARACI, *Intercettazioni e acquisizione di tabulati telefonici*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di Kostoris- Orlandi, Giappichelli, 2006, p. 266.

<sup>16</sup> RAFARACI, *op. cit.*, p. 267.

<sup>17</sup> RAFARACI, *op. cit.*, p. 268.

<sup>18</sup> Il CSM, nel parere del 30 luglio 2005, aveva ritenuto maggiormente opportuno affidare tale compito ai procuratori della Repubblica presso le sedi distrettuali, in quanto già titolari di ulteriori compiti di coordinamento investigativo.

rebbe da salutare con favore, soprattutto avuto riguardo alla necessità di rispettare il principio di proporzionalità nelle limitazioni a diritti costituzionalmente tutelati come la riservatezza delle comunicazioni, e risulta giustificata dall'obiettivo di neutralizzare i principali strumenti attraverso i quali i terroristi compiono le proprie attività di proselitismo<sup>19</sup>.

Tra le novità merita, poi, di essere segnalato il nuovo comma 3-*bis* dello stesso articolo che prevede una deroga all'obbligo di immediata distruzione dei dati acquisiti (non applicabile, però, al contenuto delle comunicazioni), su autorizzazione del procuratore competente, quando gli stessi risultino indispensabili per la prosecuzione dell'attività investigativa, per una durata massima di ventiquattro mesi.

### 3. Le problematiche.

Alla luce della breve premessa relativa all'evoluzione storica dell'istituto, tenendo presente che lo scopo dell'analisi è quello di verificare la compatibilità dell'impiego di tali strumenti con le garanzie difensive e con l'esigenza di rendere "impermeabile" il processo penale alle informazioni ottenute per esigenze di sicurezza pubblica, i punti nei quali emergono le maggiori criticità sono, da un lato, quello dell'evanescenza dei presupposti applicativi e della relativa procedura di autorizzazione nonché, dall'altro, quello della previsione dell'inutilizzabilità quale presidio dei confini tra attività di prevenzione e di repressione.

Rispetto al primo tema, partendo dal presupposto che il terreno elettivo del contrasto al terrorismo è necessariamente quello della prevenzione e che, quindi, non si possa, ad oggi, fare a meno di tali strumenti, è necessario nondimeno rilevare come, anche nel settore preventivo, debba essere rispettato l'insieme delle libertà della persona che contraddistingue gli ordinamenti democratici<sup>20</sup>. Quali parametri di riferimento normativo della disciplina è, quindi, necessario avere riguardo, anzitutto, all'art. 15 Cost. che legittima le sole limitazioni al diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni derivanti da "atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge" nonché all'art. 8 CEDU che ammette eventuali ingerenze nel diritto al rispetto della vita privata e familiare che siano previste dalla legge e che costituiscano una misura "necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

La compatibilità astratta dell'istituto delle intercettazioni *ante delictum* con il dettato dell'art. 15 Cost. è stata affermata dalla Corte costituzionale sotto la vigenza del codice previgente là dove ha riconosciuto che «nel precetto costituzionale trovano [...] protezione due distinti interessi; quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale [...] Nel compiere la valutazione [inerente all'autorizzazione] il giudice deve tendere al contemperamento dei due interessi costituzionali protetti onde impedire che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche venga ad essere sproporzionatamente sacrificato dalla necessità di garantire una efficace repressione degli illeciti penali»<sup>21</sup>.

Inoltre, le critiche successivamente elaborate in merito alla violazione della riserva di giurisdizione determinata dall'attribuzione del potere di autorizzazione non ad un organo terzo ed imparziale come può essere un giudice bensì al pubblico ministero, potenzialmente abilitato a

<sup>19</sup> BERRUTTI, *Una nuova formulazione delle intercettazioni preventive al servizio della lotta contro il terrorismo*, in *Commento al d.l. 7/2015, art. 2*, [http://www.laegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2016/01/studi\\_legge4315\\_art.2-co.-1-quater-berrutti.pdf](http://www.laegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2016/01/studi_legge4315_art.2-co.-1-quater-berrutti.pdf). L'Autrice mette in evidenza come la suddetta limitazione "potrebbe diventare l'ancora di salvezza da un eventuale giudizio di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 15 Cost., 117 Cost e 8 CEDU".

<sup>20</sup> PAULESU, *op. cit.*, p. 631.

<sup>21</sup> Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34.



svolgere indagini sulla base delle informazioni così raccolte<sup>22</sup>, sebbene non prive di pregio, trovano ad ostacolo l'orientamento della Corte costituzionale che ha da sempre riferito la dizione "autorità giudiziaria" indistintamente al pubblico ministero e all'autorità giurisdizionale<sup>23</sup>. Allo stesso modo la Corte costituzionale ha ritenuto di disattendere la censura relativa alla disparità di trattamento determinata dalla possibilità, per il procuratore che dispone l'attività di captazione, di autorizzare l'utilizzo di strutture esterne a quelle della procura anche in assenza delle esigenze di particolare urgenza richieste a tal fine per le intercettazioni aventi finalità probatoria. In quella occasione la Consulta ha, infatti, chiarito che sebbene sia «indubitabilmente vero che l'esigenza di tutela del valore fondamentale della segretezza delle comunicazioni è comune ad entrambe le forme di intercettazione [...] ciò non significa che le norme impugnate possano ritenersi lesive del principio di uguaglianza, per "eccesso di garanzie", sulla base del raffronto con la disciplina dettata per un istituto strutturalmente eterogeneo – in quanto collocato al di fuori del processo – e nel suo insieme meno "garantito" quale, appunto, quello delle intercettazioni preventive»<sup>24</sup>.

Occorre, piuttosto, muoversi sul terreno della valutazione dei presupposti che legittimano l'attività di captazione.

L'art. 226 disp. coord. c.p.p. si riferisce ai casi in cui le intercettazioni siano ritenute necessarie per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di determinati reati nonché sussistano elementi investigativi che giustificano l'attività di prevenzione. A ben vedere la norma, non indicando in alcun modo quale debba essere il grado di consistenza della prognosi derivante dagli elementi raccolti per ritenere sussistente un'esigenza di prevenzione<sup>25</sup>, si pone in potenziale contrasto con l'art. 15, comma 2, Cost. Una tale indeterminazione, infatti, oltre a vanificare il ruolo di autorizzazione e controllo dell'autorità giudiziaria, preclude la possibilità di verificare il rispetto del principio di proporzionalità di tali misure nonché di individuare il legame tra gravità del fatto temuto e importanza del bene giuridico sottoposto a compressione; legame che dovrebbe essere presidiato, a monte, dal principio di legalità.

A proposito del bilanciamento degli interessi sottesi alla norma costituzionale in esame, merita di essere segnalata la recente decisione della Corte costituzionale tedesca che, pur avendo affermato l'astratta compatibilità con i diritti fondamentali dei mezzi di sorveglianza occulta affidati alla polizia giudiziaria per combattere le minacce terroristiche, ha parallelamente ravvisato, in concreto, una violazione del principio di proporzionalità<sup>26</sup>. In particolare, la Corte tedesca ha chiarito che spetta al legislatore risolvere il conflitto tra esigenze di sicurezza collettiva e la libertà dei singoli e che l'utilizzo di determinati poteri investigativi debba essere limitato ai casi in cui sia prevedibile l'esistenza di un pericolo sufficientemente specifico per gli interessi collettivi oggetto di bilanciamento. Più nel dettaglio, l'uso di mezzi di sorveglianza in luoghi diversi dal domicilio, come l'osservazione e la registrazione audio-video al fine di prevenzione dei reati, deve essere limitata ai casi in cui sia prevedibile uno specifico fatto-reato, ovvero che il comportamento di una persona dimostri la probabilità specifica che egli possa commettere reati terroristici.

Nel caso, poi, si tratti di sorveglianza di luoghi di privata dimora, è necessario limitare la misura al solo *target*, ovvero al soggetto dal quale si assume che derivi la minaccia per la

<sup>22</sup> Cfr. GARUTI, *Le intercettazioni preventive nella lotta al terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 12, "giustificate appaiono poi le perplessità che emergono dalla legittimazione del pubblico ministero, piuttosto che del giudice, alla concessione dell'autorizzazione a limitare una libertà inviolabile come quella tutelata dall'art. 15 Cost. E' d'altronde ragionevole – anche se non assolutamente pacifico – ritenere che l'art. 15 comma 2 Cost., laddove afferma che la limitazione delle forme di comunicazione possa avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria, debba essere inteso nel senso che il giudice, e non il rappresentante dell'accusa, possa legittimare delle limitazioni in questo contesto. E' solo ragionando in tal modo che si verrebbe ad offrire ad un organo in posizione imparziale il compito di comporre il conflitto tra le ragioni dell'autorità e quelle della libertà"; nello stesso senso DI BITONTO, *Terrorismo internazionale, procedura penale e diritti fondamentali in Italia*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1197, secondo cui "non si può fare a meno di rilevare, tuttavia, che sia le intercettazioni preventive per così dire ordinarie [...] sia quelle introdotte quale strumento di contrasto al terrorismo internazionale nella disponibilità dei Servizi di sicurezza, evidenziano una vistosa distonia con la riserva di giurisdizione, poiché affidano il potere di autorizzare la captazione al p.m. e non al giudice"; v. anche RAFARACI, *op. cit.*, p. 269.

<sup>23</sup> Cfr. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 11, il quale, nell'analizzare la disciplina delle intercettazioni quali mezzo di ricerca della prova, afferma che il nostro codice, nel richiedere l'autorizzazione del giudice "ha avanzato la tutela predisposta dalla Carta Costituzionale, che generalmente richiama l'autorità giudiziaria".

<sup>24</sup> Corte cost., ord. 29 dicembre 2004, n. 443.

<sup>25</sup> La dottrina ha affermato che il requisito della "sussistenza di elementi investigativi che giustificano l'attività di prevenzione" "si colloca ad un livello più elevato del semplice sospetto ma più basso dell'indizio inteso in senso autonomo" in modo tale da evitare commistioni con la prospettiva endoprocedimentale. Cfr. GARUTI, *op. cit.*, p. 1459.

<sup>26</sup> Si tratta della decisione del *Bunderversfassungsgericht*, I senato, del 20/04/2016. Cfr. VENEGONI-GIORDANO, *La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2016.

sicurezza pubblica, oltre che affidare ad un organismo indipendente un'attività di controllo preventivo volta ad impedire che informazioni strettamente attinenti alla sfera privata siano gestite dagli organi di polizia<sup>27</sup>.

L'intervento della Corte tedesca è sicuramente un segnale positivo che evidenzia la necessità, nel panorama europeo, di irrobustire la consistenza dei presupposti che legittimano l'intervento preventivo nella sfera dei singoli e di definire con chiarezza i limiti della compressione dei diritti fondamentali, anche nei momenti di emergenza per la sicurezza.

Rispetto al secondo tema evidenziato, si sottolinea l'esigenza di delimitare i confini tra attività di prevenzione e repressione, al fine di contenere il pericolo di manipolazione di tali strumenti da parte degli organi inquirenti che – come detto – oltre ad essere titolari del potere di autorizzazione, ricevono il verbale delle operazioni svolte e dei contenuti intercettati per verificare la conformità delle attività compiute all'autorizzazione data e disporre la conseguente immediata distruzione.

A tal proposito, si è già detto che il comma quinto dell'art. 226 disp. coord. c.p.p. stabilisce che gli elementi acquisiti attraverso le attività preventive non potranno essere utilizzati nel procedimento penale, "fatti salvi i fini investigativi". Tale regola di esclusione probatoria è, poi, rafforzata dal divieto di menzione, a mente del quale "in ogni caso le attività di intercettazione preventiva [...] e le notizie acquisite a seguito delle attività medesime, non possono essere menzionate in atti di indagine né costituire oggetto di deposizione né essere altrimenti divulgate".

Proprio la clausola "fatti salvi i fini investigativi" ha dato luogo a differenti interpretazioni, soprattutto in ordine alla possibilità di riferire la finalità investigativa non solo all'attività di prevenzione bensì anche a quella propria delle successive indagini preliminari.

La dottrina ha da sempre inteso la suddetta clausola come finalizzata esclusivamente ad assicurare la possibilità di compiere ulteriori indagini di natura preventiva, negando, perciò, la possibilità di accordare "qualsiasi valenza probatoria – anche soltanto nelle indagini preliminari – degli elementi acquisiti attraverso l'attività preventiva"<sup>28</sup>.

In quest'ottica di estremo rigore in favore dell'assoluta impermeabilità del procedimento penale rispetto all'attività di *intelligence*, si è escluso che gli elementi tratti dalle intercettazioni preventive possano autonomamente costituire gli estremi di una *notitia criminis*, dovendo piuttosto il loro ruolo essere limitato a quello di "stimolo per l'attività di ricerca della notizia di reato propria del pubblico ministero e della polizia giudiziaria"<sup>29</sup>.

La giurisprudenza, invece, almeno fino all'intervento del legislatore del 2001, aveva consentito l'utilizzo delle intercettazioni preventive quali notizie di reato, affermando che «il divieto di utilizzazione dei risultati di intercettazioni preventive concerne la prova del reato, questa esposta alla pubblicità del giudizio, non la sua mera funzione di fonte della relativa notizia, rispetto alla quale, una volta ottenuta, il p.m. deve ricercare gli elementi necessari per la sua determinazione all'esercizio dell'azione penale, e perciò ricorrere a fonte diversa. La necessità di ricerca di tale diversa fonte, ancorché omologa, per sé garantisce il rispetto dell'art. 15 Costituzione, in questo secondo momento, disciplinato esclusivamente dal codice di rito»<sup>30</sup>.

Anche in epoca più recente, pur in assenza di pronunce sul tema, è possibile registrare, più in generale, un parziale superamento del problema in parola, attesa la riconosciuta possibilità di qualificare come notizie di reato anche informazioni viziata da inutilizzabilità, perché, ad esempio, ottenute dalle dichiarazioni di persona sottoposta alle indagini in assenza dell'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p.<sup>31</sup>, ovvero attraverso le intercettazioni disposte a fini di controllo di soggetti sottoposti a misure di prevenzione antimafia *ex* art. 78 del Codice Antimafia<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> RAFARACI, *op. cit.*, p. 271.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Cass., sez. V, 27 settembre 2000, n. 11500, Buccarella. Tale orientamento era già stato espresso da Cass., sez. V, 18 agosto 1998, Nigro.

<sup>31</sup> Cass., sez. V, 30 settembre 2016, n. 45016.

<sup>32</sup> Cass., sez. II, 19 gennaio 2016, n. 4777.

## 4. Conclusioni e prospettive.

Alla luce dell'attuale assetto normativo, il cui perimetro applicativo non può che essere vagliato attraverso l'angolo visuale delle garanzie individuali in gioco, sembra che il punto debole più significativo della disciplina in commento risieda nell'attribuzione del potere di autorizzazione delle captazioni preventive agli uffici della procura della Repubblica.

Questo non perché si ritiene di dover sostenere la necessità di un intervento dell'organo giurisdizionale: al contrario, tale autorità, deputata ad occuparsi della ricostruzione *ex post* di un fatto e non, invece, a compiere valutazioni prettamente prognostiche, risulta sostanzialmente estranea al terreno delle logiche proprie dell'attività di prevenzione. Per questa ragione, l'attribuzione, in capo alla stessa, di un potere valutativo come quello previsto per le finalità antiterrorismo sopra esaminate potrebbe, infatti, "sortire un effetto antigarantista e risolvere il controllo in nulla osta assolutamente formale e generalizzato"<sup>33</sup>.

Viceversa, proprio nella logica di mantenere una funzione di garanzia in capo alla figura che dispone dello strumento in esame, parrebbe ragionevole sostenere l'utilità di una centralizzazione delle funzioni di autorizzazione e controllo previste, eventualmente attraverso l'intervento di un organo le cui competenze siano già incardinate, per funzione e per scopo, nella fase pre-procedimentale.

Il riferimento è, nel dettaglio, alla possibilità di attribuire al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo il potere di autorizzare le intercettazioni preventive.

Tale prospettiva non intende proporsi alla stregua di un *escamotage* potenzialmente lesivo dell'assoluta indipendenza che deve caratterizzare gli statuti applicativi della *notitia criminis* e quello delle informazioni acquisite con finalità di *intelligence*, bensì, per converso, nell'ottica di una coerenza sistematica rispetto al disposto dell'art. 226 disp. att. c.p.p., atteso che, come è stato osservato, "le intercettazioni preventive cadono fuori dal procedimento [...] e la Procura nazionale antimafia è un organo giudiziario che svolge la sua azione per l'appunto prima del procedimento, con il compito istituzionale di raccogliere e coordinare gli elementi per stimolare l'azione penale"<sup>34</sup> nonché, nell'ottica dell'art. 371-*bis*, comma 1, c.p.p. di "dispensare informazioni tratte dai procedimenti di prevenzione"<sup>35</sup>. Ciò potrebbe consentire, invero, di superare le problematiche dettate dalle potenziali difficoltà di individuare l'organo giudiziario territorialmente competente ad autorizzare l'attività di captazione, assicurando, al contempo, una visione unitaria che appare imprescindibile per combattere fenomeni criminosi spesso altamente complessi e articolati. Inoltre, l'attribuzione ad un singolo organo potrebbe garantire – dinnanzi a criteri legislativi così poco definiti – una maggiore uniformità di trattamento dei destinatari dell'attività di intercettazione, evitando la proliferazione di molteplici criteri valutativi sulla necessità dell'intervento preventivo.

<sup>33</sup> DE LEO, *op. cit.*, p. 1864.

<sup>34</sup> DE LEO, *op. cit.*, p. 1863.

<sup>35</sup> ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *La giustizia penale preventiva*, Giuffrè, 2016, pp. 5 - 26 (Atti del Convegno "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso" organizzato dalla Associazione fra gli studiosi del processo penale, Cagliari, 29/31 ottobre 2015).