

BREVI NOTE SUL “DISEGNO DI LEGGE NORDIO” (*)

di Pasquale Bronzo

SOMMARIO: 1. In tema di pubblicazione e accesso alle intercettazioni. – 2. In tema di interrogatorio di garanzia “preventivo”. – 3. In tema di appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento.

1. In tema di pubblicazione e accesso alle intercettazioni.

L’art. 2 comma 1 lett. *b*) del disegno di legge dispone che all’art. 114, comma 2-*bis*, c.p.p. le parole: «non acquisite ai sensi degli articoli 268, 415-*bis* o 454» sono sostituite dalle seguenti: «se non è riprodotto dal giudice nella motivazione di un provvedimento o utilizzato nel corso del dibattimento».

Oggi vige la regola (di cui all’art. 114 comma 2-*bis* c.p.p., interpolato dal d.l. n. 161/2019 convertito nella L. 1. 7/2020) secondo la quale la pubblicazione del contenuto delle intercettazioni – e *a fortiori* anche il testo - è vietata finché queste non siano state sottoposte ad un filtro che separi le parti processualmente rilevanti da quelle che non lo sono e, successivamente a tale momento, è consentita soltanto limitatamente alle parti così acquisite al processo (mentre quelle ritenute irrilevanti o inutilizzabili sono destinate a restare segrete, conservate nell’archivio).

Quella selezione avviene, è noto, nei modi classici dello stralcio *ex* art. 268, comma 6 c.p.p. o, secondo il nuovo schema della “indicazione acquisitiva” (introdotto dal citato d.l. n. 61/2019: in pratica, una indicazione di rilevanza effettuata dal p.m. e integrata dalla difesa) che segue all’avviso di chiusura delle indagini *ex* art. 415-*bis* comma 2-*bis*, o che precede l’istaurazione del giudizio immediato *ex* art. 454 c.p.p.

Lo scopo della disciplina attualmente vigente è quello di evitare il rischio di divulgare informazioni rimaste incastrate nella rete delle intercettazioni, ma che risultino inutilmente lesive della riservatezza dell’indagato o di terzi (è ritenuta trascurabile la possibilità che l’intercettazione non rilevante per il processo contenga, ciò nondimeno, informazioni di rilevante interesse pubblico).

Inoltre, la regola della pubblicabilità delle sole captazioni passate al setaccio fa in modo che sulle intercettazioni il cd. “segreto esterno” permanga (secondo l’interpretazione più convincente dell’attuale assetto normativo) anche quando queste, non ancora filtrate, vengano utilizzate nel corso delle indagini per motivare un decreto di ispezione, di perquisizione o di sequestro, diventando così note alla difesa e quindi

(*) Testo scritto dell’audizione del 28 marzo 2024 Commissione II Giustizia della Camera dei Deputati sul DDL C. 1718 recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare”.

pubblicabili nel contenuto secondo le regole ordinarie (ai sensi dell'art. 114 commi 2 e 7 c.p.p.).

Questo assetto, e le logiche che ne sono alla base, viene messo in discussione dal disegno di legge in esame che, ricalcolando il bilanciamento dei valori in gioco - informazione pubblica, riservatezza delle persone, esigenze processuali - propone di vietare la pubblicazione del contenuto delle intercettazioni «se non è riprodotto dal giudice nella motivazione di un provvedimento o utilizzato nel corso del dibattimento».

La pubblicabilità dell'intercettazione viene dunque collegata non più alla sua avvenuta ripulitura delle parti irrilevanti o lesive (e in sostanza alla loro astratta utilizzabilità all'interno del processo) ma alla circostanza che di quelle intercettazioni sia stato fatto un concreto impiego processuale, che ne abbia provocato una seppur limitata divulgazione.

A quali intercettazioni si riferisca la norma proposta è abbastanza chiaro: da un lato, quelle impiegate nella motivazione di un provvedimento giudiziale, dall'altro quelle impiegate «nel corso del dibattimento»; l'ultima espressione allude ad un uso precedente alla sentenza conclusiva del giudizio (altrimenti l'ipotesi rientrerebbe già nella prima fattispecie) e può essere riferita ad una contestazione "impropria" del contenuto di una intercettazione effettuata ad un testimone durante l'esame, o semplicemente alla rievocazione della conversazione intercettata nel corso della discussione, o comunque nel racconto probatorio che ogni parte nell'istruzione svolge all'interno del proprio caso.

Certamente anche in questi casi si tratta di intercettazioni che sono state ritenute processualmente rilevanti e dunque, ma alla base, la regola della pubblicabilità sembra sorretta da una logica del "fatto compiuto": siccome in quei casi l'intercettazione ha ricevuto la divulgazione implicata dall'essere stata incorporata nel suo contenuto nella motivazione di un provvedimento del giudice o rievocata nel corso del dibattimento, allora tanto vale renderle pubblicabili.

La regola proposta dal disegno di legge, per come incide sulla disciplina della pubblicazione delle intercettazioni, opera un bilanciamento degli interessi in gioco che appare *largamente opinabile*. Se la pubblicazione di atti di un'indagine penale, nell'esercizio del diritto di cronaca giudiziaria, fondato ad un tempo sull'art. 21 e sull'art. 101 della Costituzione è funzionale, da un lato, all'informazione della collettività su notizie di interesse pubblico, e dall'altro al controllo democratico della giustizia da parte del popolo nel cui nome essa viene amministrata, sembra lecito affermare che la regola proposta sottragga a quella possibilità di informazione e controllo atti processuali quali sono le intercettazioni che hanno superato le procedure selettive oggi elencate dal comma 2-*bis* dell'art. 114 c.p.p.

Si può discutere se quest'ultima disposizione, nel testo attualmente vigente, risulti migliorabile; di certo, però, una riscrittura del regime della pubblicabilità delle intercettazioni nel senso proposto dal disegno di legge - che esclude dal "pubblicabile" intercettazioni che sono fuoriuscite dallo spazio extraprocessuale dell'archivio digitale e sono divenute "atti del procedimento" - allontanerebbe intollerabilmente la disciplina dai valori in gioco. Impiegate o no nella motivazione di un provvedimento, evocate o no sulla scena dibattimentale, le intercettazioni selezionate penetrano all'interno del

fascicolo per il dibattimento, quale suo contenuto “necessario”, e tutte entrano a far parte del materiale che il giudice dovrebbe, in qualche modo, considerare ai fini della decisione (è solo un controllo di utilizzabilità la loro lettura reale o fittizia, *ex art. 511 c.p.p.*).

Il limite che si propone di introdurre sarebbe, peraltro, dissonante rispetto all’insegnamento del giudice delle leggi che, con la sentenza n. 59 del 1995 quando ha dichiarato incostituzionale l’art. 114 comma 3 c.p.p. nella parte in cui non consente la pubblicazione degli atti del fascicolo del dibattimento anteriormente alla sentenza di primo grado, ci ha ricordato che i divieti di pubblicazione hanno la finalità di contemperare gli interessi dell’informazione con quelli delle investigazioni e dunque non possono ragionevolmente riferirsi alla pubblicazione di quanto contenuto nel fascicolo per il dibattimento, che attiene, per definizione, agli atti che il giudice deve conoscere. Gli atti processuali che sono acquisiti al processo devono essere, insomma, sempre pubblicabili.

C’è poi un’altra modifica – collegata a quella ora citata in quanto cooperante al medesimo scopo di contrastare pubblicazioni inutilmente lesive della riservatezza delle persone – che meriterebbe di essere ripensata. Si tratta della novella di cui alla lett. c) dell’art. 2 comma 1 del d.d.l. che, nel modificare la disciplina generale del diritto alla copia degli atti del procedimento aggiunge alla fine del comma 1 dell’art. 116 c.p.p. il seguente periodo, riferito, si direbbe, da un lato, ai giornalisti e dall’altro ai difensori di imputati in diverso procedimento: «Non può comunque essere rilasciata copia delle intercettazioni di cui è vietata la pubblicazione ai sensi dell’articolo 114, comma 2-*bis*, quando la richiesta è presentata da un soggetto diverso dalle parti e dai loro difensori, salvo che la richiesta sia motivata dall’esigenza di utilizzare i risultati delle intercettazioni in altro procedimento specificamente indicato»

Questa previsione, riferita a soggetti diversi dalle parti, appare di arduo coordinamento col resto della disciplina normativa del diritto alla copia delle intercettazioni: essa letta isolatamente autorizzerebbe a ritenere, *a contrario*, che alle parti del processo sia consentito avere copia di tutte le intercettazioni (anche di quelle per le quali la pubblicazione fosse vietata), e invece la disciplina oggi vigente consente alle parti di ottenere copia delle intercettazioni solo se e quando queste siano state passate al setaccio nell’udienza di stralcio o secondo uno degli altri meccanismi di selezione (art. 89-*bis* comma 4 disp att. c.p.p.).

Peraltro, gli organi dell’informazione sarebbero costretti ad esercitare il loro controllo istituzionale soltanto sulle intercettazioni usate dai soggetti che essi hanno il compito di “controllare”.

2. In tema di interrogatorio di garanzia “preventivo”.

L’art. 2 comma 1 lett. e) n. 2 del disegno di legge prevede di interpolare nell’art. 291 c.p.p. un comma 1-*quater* «Fermo il disposto dell’articolo 289, comma 2, secondo periodo, prima di disporre la misura, il giudice procede all’interrogatorio della persona sottoposta alle indagini preliminari con le modalità indicate agli articoli 64 e 65, salvo

che sussista taluna delle esigenze cautelari di cui all'articolo 274, comma 1, lettere a) e b), oppure l'esigenza cautelare di cui all'articolo 274, comma 1, lettera c), in relazione ad uno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, lettera a), o nell'articolo 362, comma 1-ter, ovvero a gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale».

L'opportunità di prevedere una qualche forma di contraddittorio "anticipato" per l'applicazione delle misure cautelari, come correttivo all'unilateralità dell'approvvigionamento informativo dei provvedimenti restrittivi è un tema da tempo dibattuto. Uno dei profili di maggiore delicatezza è sempre stato quello di ridurre al minimo il rischio di vanificazione delle esigenze sottese all'intervento cautelare, cioè di assicurare che il destinatario, messo a conoscenza della richiesta, non si sottragga all'esecuzione dell'eventuale provvedimento applicativo. Già nel corso di lavori preparatori del codice vigente erano state ipotizzate misure di controllo provvisorie, fino all'accompagnamento coattivo o al fermo provvisorio in attesa della decisione, da applicarsi nei casi di ritenuta necessità, e proprio a fronte di questa esigenza l'idea era stata abbandonata, per non aumentare il ricorso alla restrizione, pur temporanea, della libertà personale; la controindicazione maggiore sarebbe, ancora oggi, il rischio di un appiattimento della decisione cautelare del g.i.p. su quella precautelare.

Il disegno di legge oggi in discussione opta per una soluzione che fa affidamento sulla *selezione normativa* degli interventi che consentono questo contraddittorio preventivo senza rischio di frustrazione del bisogno cautelare. Il criterio selettivo è nel "tipo" di esigenza cautelare, nel senso che la norma impone l'interrogatorio solo quando la richiesta del provvedimento restrittivo postula il pericolo concreto e attuale che l'indagato (o l'imputato) commetta gravi delitti della stessa specie di quello per cui si procede, e salvo che non si tratti – in buona sostanza – di un reato di mafia, di terrorismo, o di "codice rosso".

L'istituto del quale si propone l'introduzione, di per sé, ha il merito di innalzare lo *standard* di garanzia negli interventi restrittivi cautelari che sappiamo avere tassi di incidenza molto alti nel nostro sistema. L'opportunità dell'innovazione non pare messa in discussione dal rischio – sollevato dal C.S.M. nel suo parere - di interferenza con le strategie investigative nei procedimenti con più indagati, rispetto ai quali possono ben essere sussistenti esigenze cautelari diverse: il rischio – non troppo differente da quello che caratterizza in ogni caso l'intervento cautelare nei procedimenti plurisoggettivi - può e deve essere minimizzato dai calcoli dell'accusatore, che quel rischio è chiamato a governare.

Ben più rimarchevoli, invece, le controindicazioni che derivano dalla scelta del legislatore di puntare, per definire l'ambito operativo della garanzia, sulla tipizzazione normativa anziché sull'apprezzamento nell'autorità giudiziaria nel caso concreto.

Innanzitutto, l'istituto dell'interrogatorio avrebbe una cornice applicativa *ristrettissima*: bisogna infatti immaginare un delitto punito con una pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni (o cinque, in caso di richiesta di custodia cautelare, come recita l'art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p.), suscettibile di reiterazione, e tuttavia non appartenente alla stragrande maggioranza dei reati tradizionalmente ritenuti più gravi (in sostanza, la classe di ipotesi corrispondenti all'alea dell'art. 274

comma 1 lett. c) che si voleva rimuovere col referendum popolare abrogativo del 2022, poi fallito). Un impatto applicativo scarsissimo, insomma.

In secondo luogo, questa selettività della garanzia pare non completamente ragionevole. L'esclusione dall'ambito applicativo dell'interrogatorio i reati più gravi tra quelli per i quali il pericolo di reiterazione è rilevante *ex art. 274 c.p.p.* genera infatti un *singolare andamento delle garanzie* della libertà personale: per i reati più lievi (quelli puniti con pene sotto le soglie previste dall'art. 280 c.p.p.) la totale esclusione dell'intervento restrittivo, per i reati più gravi (ossia puniti con pene superiori a quelle soglie) un apparato di tutele, comprensivo del contraddittorio anticipato, ma poi per i reati *massimamente gravi*, l'inattivazione di tale ultima garanzia

Infine, la scelta di collegare l'attivazione della garanzia ad un calcolo legale – una “assoluta necessità” dell'effetto sorpresa legislativamente configurata, potremmo dire – anziché al dimostrato pericolo di frustrazione dell'esigenza porta con sé l'inconveniente del legiferare “per cataloghi”, ossia il rischio di consegnare nelle mani dell'accusatore le regole processuali. Di qui la necessità di un costante controllo giudiziale delle valutazioni del pubblico ministero, il quale per il timore di perdere un effetto-sorpresa sempre in una certa misura prezioso, potrebbe essere tentato di configurare, prudenzialmente, anche un pericolo di fuga o di inquinamento probatorio o a sovradimensionare l'imputazione in caso di pericolo di reiterazione delle condotte, così da rientrare nell'area sottratta al contraddittorio preventivo.

L'antidoto non può che essere nel potere-dovere di sindacato che il giudice dovrebbe sempre conservare, ritenendo, ad esempio che il pericolo di fuga sia insussistente o derubricando gli addebiti di in una richiesta motivata dal pericolo di recidiva; tanto necessario da far ritenere trascurabile, mi pare, l'anomalia segnalata nel suo parere dal CSM che ha fatto notare come, nel caso in cui il giudice, al contrario, postuli sussistente un pericolo di fuga non diagnosticato dal p.m. o riqualifichi gli addebiti penali facendoli rientrare tra quelli esclusi dall'ambito applicativo dell'interrogatorio preventivo, una garanzia legale che deriverebbe da una domanda del pubblico ministero sarebbe disattivata per effetto di una valutazione officiosa. Varrebbe forse la pena di esplicitare l'esistenza di questa prerogativa giudiziale nella formulazione della disposizione¹.

Non sarebbero risolubili in via interpretativa - e dunque sembrano meritevoli di essere corrette in questa sede - *due lacune* della disciplina della quale si propone l'introduzione che mi preme segnalarvi.

La prima è l'omessa previsione del *trattamento dell'indagato all'esito dell'interrogatorio* anticipato, quando il giudice si orienti a ritenere fondata la richiesta cautelare dell'accusa e debba dunque disporre la misura coercitiva richiesta dal pubblico ministero. La disciplina proposta infatti non si occupa del trattamento dell'indagato libero e non prevede strumenti attraverso i quali esso possa essere assicurato all'esecuzione dell'ordinanza che il giudice emetterà, né questi possono essere tratti dalle

¹ Cfr. G. COLAIACOVO – G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, in corso di pubblicazione in *Penale Diritto e Procedura*.

altre previsioni normative. Del resto, il giudice non potrebbe avere l'ordinanza in tasca, non foss'altro che per il fatto che deve tener conto delle risultanze dell'interrogatorio. Se nelle more occorresse una misura precautelare provvisoria, sarebbe il pubblico ministero a doverla richiedere, secondo l'ordinaria distribuzione delle funzioni *de libertate*, e una norma dovrebbe prevederlo. La soluzione alternativa - assai meno praticabile - sarebbe scindere provvedimento e motivi, soluzione che comunque comporterebbe un disfunzionale (rispetto alla tutela della libertà) decorso dei termini per impugnare il provvedimento dal deposito della motivazione.

La seconda lacuna che vi segnalo è nella *mancata previsione della necessaria presenza del difensore*, che è invece contemplata per l'interrogatorio di garanzia *ex art. 294 c.p.p.* Non è molto diversa, nei due contesti, la pressione psicologica dell'interrogando che per l'incombente espletato nei confronti della persona già *in vinculis* ha fatto ritenere indispensabile la presenza del patrono: nel caso in discorso abbiamo pur sempre qualcuno al quale viene prospettata la possibilità (*rectius*, probabilità) di una restrizione cautelare.

3. In tema di appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento.

L'art. 2 lett. *p*) della proposta legislativa prevede una modifica dell'art. 593 c.p.p. che contiene la disciplina dell'appellabilità oggettiva delle sentenze penali, sostituendo il primo periodo del secondo comma, che prevede oggi la legittimazione del pubblico ministero ad impugnare le sentenze di proscioglimento, con una norma del seguente tenore: «Il pubblico ministero non può appellare contro le sentenze di proscioglimento per i reati di cui all'articolo 550, commi 1 e 2».

La modifica si propone di escludere l'appellabilità da parte dell'accusa dei proscioglimenti ai reati per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, secondo un regime che in qualche modo si salda a quello delle sentenze del giudice di pace, ritenuto costituzionalmente legittimo da Corte cost. 42/2009.

La limitazione all'appello dei proscioglimenti da parte del pubblico ministero è frutto di una *opzione politica* che sottende la considerazione secondo la quale il tema della violazione della parità delle parti, che ha condotto alla declaratoria di illegittimità costituzionale (Corte cost. n. 26 del 2007) della l. 20 febbraio 2006, n. 46 (cd. Legge Pecorella), mutui concetti importati da ordinamenti che non conoscono l'impugnazione del pubblico ministero, e sull'idea che in un processo asimmetrico come il nostro processo penale togliere poteri al pubblico ministero sia in una certa misura fisiologico, se non doveroso. Una opzione di fondo la cui discussione travalica i limiti di questa audizione.

Può però essere utile segnalare qui due profili critici relativi al *modo* in cui questa opzione viene realizzata dalla proposta di legge in discussione, ossia stabilendo un divieto di appello dei proscioglimenti *limitato* ad alcuni casi. Un rilievo riguarda il merito, l'altro la tecnica normativa.

Quanto al merito: nella scelta di ridurre l'appello dell'accusa si intravede – in continuità rispetto a quanto previsto per il rito “di pace” - la logica della sperimentazione che negli anni '70 aveva suggerito al legislatore processuale di introdurre nel rito penale pretorile soluzioni “di avanguardia”, sulla cui tenuta non si era completamente sicuri, per testarle in vista dell'esportazione oltre quel sottosettore.

E tuttavia la legislazione *per cataloghi* - anche qui - risulta delicata: rito monocratico a citazione diretta e rito di pace sono, effettivamente due casi di “procedura semplificata” per la quale la semplificazione può - in astratto - riguardare anche il sistema dei controlli, ma tra i due intercorrono differenze non irrilevanti, ai fini che qui interessano. Ciò che davvero rende ragionevole la semplificazione delle regole ordinarie, della quale stiamo discutendo, è l'elemento della gravità del reato oggetto del procedimento, rispecchiata nel livello della risposta sanzionatoria: rispetto ai *reati più lievi* il rischio di prosciogliere un imputato colpevole può essere considerato dall'ordinamento un *rischio più tollerabile*.

Mentre però il microcosmo penale del giudice di pace è caratterizzato da una generale levità dell'apparato sanzionatorio, sia per *editti* (in ragione della natura tendenzialmente bagatellare della competenza del giudice onorario, pressoché confinata all'area della microconflittualità interindividuale) sia per *tipi* di pena (limitati alla pena pecuniaria e alle sanzioni “paradentive” di quel sottosistema), l'art. 550 solo nel primo comma riguarda reati accomunati da un basso livello sanzionatorio. Lo stesso non può dirsi per l'elenco del secondo comma, che è stato compilato combinando i criteri della gravità del reato e della facilità di accertamento.

Il rilievo vale ancor di più dopo la riforma Cartabia che (non solo ha ridotto il tasso di semplificazione della procedura, introducendo l'udienza predibattimentale, ma) ha accresciuto in modo assai rimarchevole l'elenco dei reati del secondo comma. Questo massiccio incremento della citazione diretta a giudizio (un ripiego rispetto all'idea iniziale di riservare l'udienza preliminare ai reati di Corte d'Assise e di tribunale collegiale), rende assai dubbio il rispetto di criteri di ragionevolezza e proporzionalità del divieto d'appello da parte del pubblico ministero, che la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 2007 poneva come condizione di legittimità delle norme che alterino il trattamento paritario delle parti del processo. Per questi motivi, mi pare che avrebbe una maggior tenuta costituzionale un divieto d'appello che sia limitato ai proscioglimenti *per i soli reati di cui all'art. 550 comma 1 c.p.p.*

Quanto alla tecnica normativa, va segnalato che la formulazione della norma in parola proposta nel disegno di legge costringe l'interprete ad una fatica esegetica che sarebbe meglio prevenire. La novella riscrive infatti il primo periodo dell'art. 593 comma 1 c.p.p., che oggi contiene una norma attributiva di un potere («il pubblico ministero può appellare contro le sentenze di proscioglimento») sostituendovi una norma in forma di divieto del seguente tenore: «il pubblico ministero non può appellare contro le sentenze di proscioglimento per i reati di cui all'articolo 550, commi 1 e 2». In questo modo sembra venire a mancare però la base legale del potere d'appello dell'accusa rispetto alle decisioni che prosciogliono l'imputato. La materia delle impugnazioni è retta, come noto, da canoni di stratta legalità e tipicità delle fattispecie: l'art. 568 dice che la legge stabilisce i casi nei quali il provvedimento del giudice sono soggetti ad impugnazione; l'art. 570

c.p.p. conferisce agli uffici del pubblico ministero presso il Tribunale e la Corte d'Appello la legittimazione a proporre impugnazione «nei casi previsti dalla legge»; l'art. 593-bis distribuisce il potere di appello del pubblico ministero pur sempre nei «casi consentiti».

La formula corretta per conseguire la finalità che il riformatore si propone sarebbe pertanto quella dell'aggiunta, alla fine dell'attuale primo periodo del comma in parola, di una clausola di riserva: «*Il pubblico ministero può appellare contro le sentenze di proscioglimento, salvo che si tratti dei reati di cui all'articolo 550, comma 1*»².

² In questo senso cfr. L. LUDOVICI, *DDL. Nordio: nuove garanzie processuali tra fughe in avanti e false partenze*, in corso di pubblicazione in *La legislazione penale*.