

Marco Cerase

Intercettazioni telefoniche e immunità parlamentari

1 - Introduzione e scopo del saggio; 2 - Natura e scopi delle intercettazioni; 3 - Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: perché, quando e come; 3.1 - Le intercettazioni investigative; 3.1.1 - Casi e presupposti; 3.1.2 - Procedimento; 3.1.3 - Utilizzo; 3.2 - Le intercettazioni preventive; 3.3 - Le intercettazioni nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; 4 - I tabulati telefonici; 5 - Le intercettazioni nei confronti dei membri del Parlamento; 5.1 - Lavori preparatori e *ratio* della modifica costituzionale; 5.2 - Le intercettazioni indirette, ovvero la confusione e l'eterogenesi dei fini; 5.2.1 - Problemi processuali e parlamentari; 5.2.2 - Le divulgazioni non gradite (talora legittime, talora no); 5.2.2.1 - Il caso «Cleopatra»; 5.2.2.2 - Il caso Petrella; 5.2.2.3 - Il caso Fassino; 6 - Conclusioni.

1 - *Introduzione e scopo del saggio* (*)

Oliver Wendell Holmes – giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti dal 1902 al 1932 – è tra i più amati dalla dottrina americana, sia per la sua storia personale sia per la sua prosa.

Nato da una famiglia benestante di Boston, combatté e fu ferito nella Guerra di secessione. Giudice della corte suprema statale del Massachusetts per venti anni (dal 1882 al 1902) approdò alla Corte Suprema federale per nomina di Theodor Roosevelt. Le sue *opinions* erano in genere stese con prosa chiara, frasi secche, prive di ambiguità, e con argomenti facilmente intelligibili (in questo condive nella seconda parte del suo mandato un percorso, che fu un sodalizio umano oltre che professionale, con Louis Brandeis, primo giudice ebraico della Corte Suprema, nominato da Woodrow Wilson nel 1916).

(*) L'autore è grato a *sir* William McKay, funzionario della House of commons dal 1961 al 2003 (oltre che *Clerk* della stessa dal 1998 al 2003) per i preziosi suggerimenti.

Il presente lavoro è stato terminato mentre presso la II Commissione (giustizia) della Camera dei deputati era in corso l'esame delle proposte di legge n. 1164 e abb. in materia di intercettazioni telefoniche. Tali proposte recano alcune significative modifiche alla disciplina che qui è illustrata. Nel prosieguo del testo si dà conto inoltre dell'emanazione nel settembre 2006 del d.l. n. 259 (convertito nella l. n. 281 del 2006), il quale reca ulteriori modifiche alla disciplina delle intercettazioni, anche in qualche contraddizione con l'A.C. 1164 e abb.

Holmes e Brandeis si trovarono dalla stessa parte della barricata nel 1928 quando la Corte dovette decidere se un nuovo strumento investigativo e probatorio (le intercettazioni telefoniche) rientrasse nella nozione di «*unreasonable search*» (perquisizione irragionevole) vietata dal IV emendamento alla Costituzione federale (v. il caso *Olmstead v. United States*). La Corte scelse la negativa, per la penna di Taft, *Chief Justice* nonché ex Presidente degli Stati Uniti (che con tutti i mezzi si era opposto alla nomina di Brandeis alla Corte, non ritenendo ancora giunto il momento per un ebreo di sedere su uno scranno così alto). Brandeis, guarda caso, scrisse una preziosa *dissenting opinion*, cui Holmes si associò brevemente, definendo le intercettazioni «*dirty business*» (uno sporco affare, *t.d.a.*).

* * *

Nella seduta della Camera dei comuni del 17 novembre 1966, Harold Wilson sorprese gli astanti con una dichiarazione perentoria: la polizia – che dipendeva dal Governo e quindi, in ultima istanza, da lui – non avrebbe mai fatto ricorso all’intercettazione dei telefoni dei membri della Camera. Da quel momento in poi, tra le prerogative che i parlamentari britannici ritengono spettare loro, rientra l’impossibilità per la polizia di intercettare i loro telefoni e i loro ambienti, pur se è generale la consapevolezza che tale principio è di derivazione – per così dire – otriata e non costituzionale, come l’insindacabilità delle opinioni espresse nella sede della Camera, fissata già nel *Bill of Rights* del 1689.

In questo breve saggio si cercherà di rispondere a due domande: se e perché le intercettazioni di conversazioni sono *dirty business*. E se e perché ancor di più si pensa lo siano se disposte a carico di parlamentari.

2 - *Natura e scopi delle intercettazioni*

Dal punto di vista materiale, le intercettazioni sono il fenomeno per cui – con i più vari strumenti tecnici – un terzo estraneo a una conversazione si inserisce in un flusso sonoro già stabilito – via cavo o via etere – tra altri soggetti oppure capta suoni prodotti in un certo ambiente. Il presupposto perché possa parlarsi di intercettazioni è che i soggetti a carico dei quali essa è effettuata ne siano ignari ⁽¹⁾. Non è evidentemente un’intercettazione la registrazione di un discorso rivolto al pubblico né lo è la registrazione da parte di uno dei partecipanti alla conversazione ⁽²⁾.

Gli strumenti tecnologici per svolgere questo tipo di operazioni si sono grandemente evoluti nel tempo: se inizialmente era possibile soltanto inserirsi in comunicazioni via cavo, facendo sì che il segnale fosse percepito anche nel ricevitore dell'intercettante oltre che dell'intercettato, oggi un'ampia varietà di modi d'inserimento in campi elettromagnetici destinati alle telecomunicazioni consente di intercettare conversazioni prescindendo dal filo, appoggiandosi anche solo su *microchip* e sulle *sim card* degli apparecchi cellulari.

La possibilità di intercettare conversazioni e comunicazioni costituisce un limite alla riservatezza (che in questa sede può essere usato come sinonimo di *privacy*), vale a dire il diritto di governare le informazioni che di sé ciascuno vuole che gli altri abbiano ⁽³⁾. Poiché è spesso ragionevole pretesa di ciascuno tacere o esternare le proprie idee e rendere noti fatti nei modi che ritiene più opportuni a seconda di chi lo ascolta, l'intercettazione come mezzo a sorpresa comprime e svuota l'esercizio di questo diritto.

Nessun diritto però è assoluto e convive invece con altre pretese legittime vantate da altri soggetti: possono esservi quindi temperamenti e limitazioni al diritto alla riservatezza. Generalmente gli stati democratici contemporanei – attraverso sia la legislazione sia la giurisdizione – contemplan bilanciamenti d'interesse: per quel che ci riguarda, riservano alla legge la materia della limitazione della *privacy* (anche esplicitando formalmente – come fanno per esempio l'articolo 15 della Costituzione, l'articolo 10 della Costituzione tedesca e l'articolo 18 di quella spagnola – una tutela per la segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni) e rimettono la concreta applicazione di tale legge a un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

Su questo punto è particolarmente chiara la Corte costituzionale italiana. Nella sentenza n. 34 del 1973 ⁽⁴⁾, il sovrano consesso ha nitidamente ribadito che solo la legge applicata da un magistrato tenuto a motivare il suo provvedimento può essere causa di limitazione del diritto alla riservatezza delle comunicazioni. Dice infatti la Corte:

In definitiva la disciplina vigente sulle intercettazioni telefoniche qui in esame non si pone in contrasto con l'articolo 15 della Costituzione. Dal disposto di questo articolo, che espressamente enuncia la possibilità di limitazioni del diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge, è dato inferire che il principio enunciato dal primo comma della norma costituzionale sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa,

motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Se ciò avvenisse, un diritto "riconosciuto e garantito" come inviolabile dalla Costituzione sarebbe davvero esposto a gravissima menomazione (punto 2 del *Considerato in diritto*).

Da questo passaggio si evince anche la regola della non utilizzabilità degli atti d'indagine svolti in violazione delle disposizioni codicistiche. Si tratta della cosiddetta *exclusionary rule* che – misconosciuta in relazione alle intercettazioni nel caso *Olmstead*, su cui, come si è visto in apertura, aveva dissentito il giudice Holmes – faticosamente si era affermata negli USA a partire dal caso *Weeks v. United States* del 1914 fino al caso *Mapp v. Ohio* del 1961 (su questo si tornerà).

Gli ordinamenti democratici solitamente consentono tre tipi d'intercettazione: quella spionistica, in caso di guerra; quella preventiva, per prevenire la perpetrazione di reati; quella investigativa, volta a ricercare prove di un reato commesso (o a cercare il latitante).

Lasciando da parte le intercettazioni svolte per esigenze di difesa nazionale – che spesso comportano l'intercettazione transfrontaliera – il problema giuridico centrale delle intercettazioni preventive e investigative si articola su tre versanti: *i*) in presenza di quali presupposti e con quali mezzi possono essere disposte; *ii*) che valore hanno i relativi risultati nel processo penale; e *iii*) a carico di chi possono essere disposte.

Per i comuni cittadini in realtà il tema si pone solo in relazione ai primi due profili, giacché il punto *iii*) centra il quesito delle immunità, interne ed internazionali, su cui si tornerà successivamente.

3 - *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: perché, quando e come*

3.1 - *Le intercettazioni investigative*

3.1.1 *Casi e presupposti*. L'articolo 266 del codice di procedura penale del 1988 (entrato in vigore nel 1989 e detto codice Vassalli per contrapporlo al codice del 1930, il quale a sua volta aveva sostituito quello del 1913 e aveva preso il nome da Alfredo Rocco, Ministro guardasigilli del tempo) prevede ⁽⁵⁾ – anche a seguito di modifiche intervenute successivamente – che le intercettazioni possano essere disposte solo in procedimenti per cui s'indaga per un insieme enumerato di reati.

Si tratta dei delitti non colposi per cui è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore a cinque anni (o non inferiore a cinque anni se si tratta di delitti contro la pubblica amministrazione); dei delitti di droga, di contrabbando, di armi ed esplosivi e di pornografia minorile. È consentito l'uso delle intercettazioni telefoniche anche per l'indagine di reati d'ingiuria, minaccia, usura e altri commessi con il mezzo del telefono.

Nei medesimi casi è consentito svolgere intercettazioni ambientali, con il *caveat* che se l'ambiente è il domicilio di una persona – tutelato ai sensi dell'articolo 614 del codice penale – occorre l'ulteriore presupposto che sussista il fondato motivo di ritenere che in tale ambiente si stia svolgendo l'attività criminosa ⁽⁶⁾.

Quando sussistano gravi indizi di reato ⁽⁷⁾ e quando siano indispensabili per la prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero avanza al giudice delle indagini preliminari (GIP) una domanda volta a consentirgli l'espletamento delle operazioni.

Non è detto che la persona che s'intenda intercettare sia quella a carico della quale sussistano gli indizi di colpevolezza in ordine ai reati ora menzionati. Potrebbe darsi – paradossalmente – che l'indiziato non possieda telefoni o, come più probabile, non faccia uso di un proprio apparecchio per lo scopo precipuo di rendere più difficoltose le operazioni d'intercettazioni a suo carico. È ben possibile allora che possa essere intercettato un soggetto terzo, estraneo alle indagini, che potrebbe interloquire con l'indagato o che discorra di lui con altri soggetti. È il caso dei congiunti, dei conviventi, dei commensali abituali *et similia*.

Non possono però essere assoggettati alle operazioni intercettive i difensori degli indagati nell'esercizio delle loro funzioni. Una volta che l'indiziato abbia conferito il mandato difensivo, le sue conversazioni con l'avvocato divengono oggetto di un segreto professionale opponibile alla pubblica accusa e al giudice *ex* articoli 103, comma 5, e 200, comma 1, lett. *b*), c.p.p.

Analogo divieto d'intercettazione sussiste per gli investigatori privati autorizzati con incarichi relativi al procedimento, per i consulenti tecnici e per i loro ausiliari.

Nei procedimenti per i reati di cui all'articolo 266, è invece possibile disporre intercettazioni per la ricerca del latitante: non dunque per carpire informazioni sul reato commesso ma per tentare di individuare la posizione sul territorio di chi si sottrae alle indagini (art. 295, commi 3 e 3-*bis*, c.p.p.). Le relative registrazioni sono poi sottoposte alla disciplina di cui agli articoli 268-270 c.p.p. ove possibile.

3.1.2 *Procedimento*. Il GIP – valutata la domanda – decide se autorizzare o meno le intercettazioni. Nella pratica (come si è visto nella nota 7) la decisione è spesso motivata *per relationem* ⁽⁸⁾ e il dispositivo è apposto in calce alla domanda.

Da quanto fin qui esposto è soddisfatta la doppia riserva – di legge e di giurisdizione – che l'articolo 15 Cost. appresta a tutela della riservatezza delle conversazioni dei singoli ⁽⁹⁾.

Tale riserva è rispettata anche dalla procedura d'urgenza pure prevista e disciplinata dal codice di procedura penale (art. 267, commi 2 e ss.). Nei casi d'urgenza, infatti, è il pubblico ministero che dispone con proprio motivato decreto lo svolgimento delle operazioni, salvo chiedere entro le successive quarantotto ore la convalida del provvedimento al GIP.

Il decreto di autorizzazione (o di convalida) delle intercettazioni ha una durata di quindici giorni, sempre prorogabili. Il pubblico ministero deve tenere un registro con i provvedimenti di autorizzazione e proroga.

Le intercettazioni hanno dunque luogo. Vi è addetto un elemento della polizia giudiziaria che si pone all'ascolto e alla registrazione delle conversazioni e che ne redige un verbale (art. 268, comma 1, c.p.p.).

Nella pratica, i verbali spesso assumono la forma di (o sono accompagnati da) informali brogliacci di annotazione. Quest'ultima comprende data, ora e durata della telefonata o della conversazione; utenze interessate, partecipanti (indicati nominativamente se riconosciuti). Il verbale deve recare anche il nome dell'addetto alle operazioni e il luogo in cui queste si svolgono.

A quest'ultimo proposito, l'articolo 268, comma 3, c.p.p. stabilisce che le operazioni possono essere compiute solo per mezzo di impianti installati nella procura della Repubblica e a questa regola si deroga solo se tali impianti siano insufficienti ⁽¹⁰⁾ e tale insufficienza sia motivata nel decreto autorizzativo ⁽¹¹⁾. La motivazione dell'uso di mezzi esterni alla procura è un elemento essenziale del decreto autorizzativo, tale per cui in sua mancanza le intercettazioni sono inutilizzabili come prove.

Sul punto si è avuta una *querelle* giurisprudenziale, sanata da una pronuncia delle sezioni unite penali, le quali hanno stabilito che tale regola vale anche per le intercettazioni ambientali ⁽¹²⁾. L'opinione contraria era basata sull'insufficienza tecnologica per captare da lontano le conversazioni tra presenti. Superata questa difficoltà per il progredire della tecnologia, anche le intercettazioni ambientali possono essere eseguite con dispositivi a distanza e dunque sottostanno alla regola dell'articolo 268, comma 3, c.p.p. ⁽¹³⁾

Il verbale delle intercettazioni – ai sensi dell'articolo 268, comma 2, c.p.p. – reca anche, in vista del loro deposito, una sbobinatura e dunque una sommaria trascrizione. Questa è operazione prodromica a una prima valutazione da parte degli organi investigativi circa la rilevanza e la concreta utilità delle conversazioni intercettate. Si tratta – evidentemente – di un passaggio assai delicato.

Gli investigatori devono decidere tempestivamente e segretamente, giacché del materiale palesemente inutile o irrilevante occorre ordinare la non trascrizione in modo da evitarne a tutti i costi la diffusione: si tratterebbe altrimenti di una lesione illecita del bene della riservatezza poiché in questi casi l'intercettazione ha fallito per definizione la sua funzione legislativa di mezzo di ricerca della prova. Gli investigatori devono quindi decidere accuratamente e in via necessariamente prognostica sulla rilevanza del materiale che *ictu oculi* non può essere scartato⁽¹⁴⁾.

L'articolo 89, comma 2, delle disposizioni di attuazione del c.p.p. dispone poi che i nastri delle registrazioni siano conservati in custodie numerate e sigillate collocate a loro volta in involucri che rechino i dati identificativi del materiale che contengono (presumibilmente il numero del procedimento penale cui si riferiscono, il numero intercettato e persone delle cui conversazioni si tratta).

Queste regole sono dettate per un duplice scopo: da un lato occorre pur sempre tutelare la segretezza del materiale finché non si apre il processo; dall'altro è necessario impedire manomissioni o alterazioni che renderebbero inservibili le intercettazioni quali strumenti di prova.

Il codice stabilisce poi che entro cinque giorni dall'esaurimento delle operazioni, i verbali e le registrazioni vengono depositate nella cancelleria del pubblico ministero e viene dato avviso alle parti (qui s'intendono le parti private) del termine entro cui possono prenderne cognizione.

L'articolo 268, comma 5, c.p.p. però prevede anche che se dal deposito tempestivo possano venire gravi pregiudizi per l'indagine, è consentito differire il deposito stesso alla fine delle indagini preliminari. Sicché l'avviso per la consultazione del materiale di fatto è inviato insieme all'avviso di conclusione delle indagini *ex* articolo 415-*bis* c.p.p.

Effettuati tali adempimenti, il materiale intercettivo – da meramente investigativo – può divenire probatorio. È infatti previsto che si svolga un'udienza in camera di consiglio innanzi al GIP, il quale dispone lo stralcio delle intercettazioni irrilevanti per il processo, mentre dispone la trascrizione delle altre. Questa è la vera trascrizione che vale per il dibattimento: è in gergo detta «periziata» giacché l'ordine del giudice deve essere eseguito rispettando le forme della perizia tecnica. Una volta

che questa operazione è conclusa, le intercettazioni entrano a pieno titolo nel processo come parte del fascicolo del dibattimento.

L'udienza camerale, nella quale si decide della rilevanza delle intercettazioni e in seguito alla quale viene dato l'incarico peritale di trascrizione, è un'udienza c.d. stralcio se si svolge nel corso delle indagini preliminari; altrimenti, nel caso di differimento del deposito ai sensi dell'illustrato articolo 268, comma 5, c.p.p. finisce per essere l'udienza preliminare ⁽¹⁵⁾.

«Camerale a stralcio» o preliminare che sia, l'udienza in cui si decide sull'acquisizione delle intercettazioni è un primo momento di formazione della prova in contraddittorio e dunque un passaggio processuale che rispetta pienamente il principio del giusto processo di cui all'articolo 111, commi primo e secondo, Cost. È per questo che l'udienza è una fase necessaria ⁽¹⁶⁾ e – se in tal sede vengono proposte istanze controverse di stralcio o di acquisizione delle intercettazioni – il giudice deve decidere con ordinanza e non può risolvere le relative questioni implicitamente con l'incarico peritale ⁽¹⁷⁾.

3.1.3 *Utilizzo*. Transitati nel fascicolo del dibattimento, i risultati delle intercettazioni diventano prove valutabili dal giudice *ex* articolo 192 c.p.p. Sulla loro conclusione il giudice è tenuto a motivare, nell'ambito del più generale obbligo di motivazione della sua pronuncia.

Al riguardo, è di rilievo la recente pronuncia della Cassazione, secondo cui costituiscono una prova (sulla cui consistenza il giudice di merito deve adeguatamente motivare) anche le registrazioni c.d. criptiche, vale a dire le intercettazioni di conversazioni il cui significato non è immediatamente comprensibile, vuoi perché privo di riferimenti espressi al tema da provare, vuoi perché connotato da un linguaggio «in codice» usato dagli interlocutori per paura di essere ascoltati. In tal caso la motivazione deve esporre con chiarezza il contesto più ampio all'interno del quale il giudice ritenga che le conversazioni intercettate assumano un significato e non un altro ⁽¹⁸⁾.

Le intercettazioni di conversazioni disposte in un procedimento possono essere utilizzate in altri procedimenti – ai sensi dell'articolo 270 c.p.p. – solo se risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. In questi casi alle parti sono consentite le facoltà previste dall'articolo 268, comma 6, c.p.p.

Il principio di cui all'articolo 270 c.p.p. è assai discutibile: comporta un aggravio di costi per la struttura inquirente e non dà alcuna garanzia suppletiva ai cittadini intercettati, giacché non accorda loro un rafforzamento del diritto di cui all'articolo 15 Cost., mentre offre al terzo inter-

cettato un ampliamento di limiti all'uso delle intercettazioni rispetto a quanto previsto dagli articoli 266 e 267 c.p.p. Del resto, se un fatto che viene alla luce dalle intercettazioni sia oggetto dello stesso procedimento o di altro potrebbe essere un dato del tutto casuale, data la possibilità di riunione dei procedimenti, ai sensi dell'articolo 17 c.p.p., la quale potrebbe derivare da circostanze indipendenti da quelle che hanno indotto il giudice ad autorizzare le intercettazioni ⁽¹⁹⁾.

La Corte costituzionale però ha difeso la legittimità dell'articolo 270 c.p.p. Con la sentenza n. 366 del 1991, essa ha infatti rigettato l'incidente di costituzionalità in un procedimento penale in cui s'indagava per intercettazione e nel corso delle intercettazioni del quale erano emersi chiaramente gli estremi del reato di peculato, per cui sarebbe stato competente un diverso giudice ⁽²⁰⁾. La Corte ha infatti ritenuto che l'indiscriminato uso probatorio delle intercettazioni in procedimenti diversi eluderebbe il requisito della motivazione del provvedimento autorizzatorio.

La stessa sentenza però ha chiarito che l'articolo 270 limita l'utilizzo probatorio delle intercettazioni in altri procedimenti, non già quello investigativo. Sicché se dalle intercettazioni disposte in un procedimento emergono fatti che inducono ad aprirne un altro e a disporre in questo una misura cautelare, questa può ben trovare i suoi presupposti di indizio nelle medesime intercettazioni ⁽²¹⁾. Ovvio poi che le intercettazioni disposte (quantunque illegittimamente) in un procedimento possano costituire *notitia criminis* per l'avvio di un altro procedimento ⁽²²⁾. Altrettanto ovvio è che possono essere considerate corpo del reato (e dunque non soggette ai limiti dell'art. 270 c.p.p.) se la conversazione captata integra essa stesso un delitto, come la molestia telefonica o la rivelazione di segreti d'ufficio ⁽²³⁾.

All'utilizzo delle intercettazioni si applica il principio generale di cui all'articolo 191 c.p.p., secondo cui le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non sono utilizzabili.

Questa disposizione è il frutto del recepimento della cosiddetta *exclusionary rule* del diritto anglosassone, per il quale la violazione delle disposizioni attinenti alla raccolta delle prove non soltanto è un illecito sotto il profilo sostanziale ma diviene un motivo invalidante anche sotto il profilo processuale ⁽²⁴⁾. Come si è constatato poc'anzi, il principio ha acquisito cittadinanza nel nostro ordinamento già dalla sentenza n. 34 del 1973.

L'articolo 191 c.p.p. però stabilisce in via generale l'inutilizzabilità per le prove raccolte in violazione di divieti espressi, non già per le mere irregolarità procedurali della loro acquisizione. Sicché per una più precisa declinazione delle inutilizzabilità delle intercettazioni soccorrono le disposizioni dell'articolo 271 c.p.p. ⁽²⁵⁾.

Al riguardo, il legislatore non ha scelto una drastica via di esclusione di tutte le intercettazioni il cui procedimento acquisitivo sia viziato da ogni e qualsiasi irregolarità, ma soltanto una sanzione selettiva, limitata cioè a taluni vizi. Viene stabilito che non sono utilizzabili le intercettazioni disposte al di fuori delle ipotesi di reato di cui all'articolo 266; se mancano i gravi indizi e se non erano indispensabili per le indagini e se comunque non sia stato osservato l'articolo 267 c.p.p.; se di esse non è stato redatto il verbale ⁽²⁶⁾; e se le operazioni non sono compiute dagli apparecchi in dotazione alla procura della Repubblica. L'inutilizzabilità colpisce poi le intercettazioni di persone che potrebbero avvalersi del segreto professionale *ex* articolo 200, c.p.p. se i fatti narrati sono stati conosciuti in ragione della funzione esercitata.

Molto importante è rilevare che la violazione delle disposizioni dell'articolo 268, commi da 4 a 8, non è assistita dalla sanzione espressa dell'inutilizzabilità, ma solo dal regime generale delle nullità, di cui agli articoli 177 ss. c.p.p. ⁽²⁷⁾. Si tratta quindi di nullità cosiddetta a regime intermedio (art. 180 c.p.p.) o di nullità relative, rimesse all'eccezione di parte.

3.2 - *Le intercettazioni preventive*

Secondo l'adagio popolare per cui spesso «è meglio prevenire che combattere», anche la legislazione italiana si è dotata della possibilità di intercettare comunicazioni di soggetti da quali si teme possano venire attacchi particolarmente virulenti alla civile convivenza. È per questo che l'articolo 226 delle disposizioni di attuazione del c.p.p. prevedono che c.d. intercettazioni (telefoniche e ambientali) preventive, volte cioè ad acquisire notizie necessarie per la prevenzione dei delitti di criminalità organizzata.

In questi casi l'iniziativa non viene dall'ufficio della pubblica accusa ma dall'autorità amministrativa: il Ministro dell'interno, il capo della Direzione investigativa antimafia, il questore, il comandante dei Carabinieri o della Guardia di finanza. La domanda di costoro viene avanzata al procuratore della Repubblica, il quale autorizza le operazioni se ritiene che gli elementi investigativi addotti giustifichino l'attività di prevenzione (art. 226, comma 2, disp. att. c.p.p. nel nuovo testo, conseguente alla legge n. 438 del 2001).

È importante qui notare che le intercettazioni così effettuate non hanno valore probatorio: l'articolo 226, comma 5, disp. att. c.p.p. stabilisce che in ogni caso le risultanze di queste intercettazioni non possono es-

sere utilizzate nel processo né essere oggetto di deposizione. Possono essere usate ai fini investigativi ma non menzionate negli atti d'indagine. È per questo che nella disciplina di questo tipo di operazioni manca tutta la parte garantita che invece è presente – per le intercettazioni investigativo-probatorie – nell'articolo 268, commi 6, 7 e 8, c.p.p.

Il decreto legge n. 374 del 2001 (convertito in legge con la menzionata legge n. 438 del 2001) ha poi esteso la disciplina delle intercettazioni preventive cosiddetta «antimafia» all'ambito dei delitti di terrorismo internazionale.

Successivamente, la legge n. 155 del 2005 (di conversione del decreto-legge n. 144 del 2005) ancora in materia di contrasto del terrorismo internazionale ha esteso il novero dei soggetti che possono richiedere le operazioni intercettive in via preventiva: è infatti previsto che la richiesta di autorizzazione ai controlli sia avanzata dal Presidente del Consiglio per il tramite dei vertici dei servizi d'informazione (SISDE e SISMI) e che sia rivolta non al procuratore della Repubblica ma al procuratore generale presso la corte d'appello (art. 4).

Neanche le intercettazioni preventive nell'ambito del contrasto del terrorismo internazionale sono utilizzabili come prove.

Proprio di recente, sul tema delle intercettazioni telefoniche preventive, si è avuta negli Stati Uniti una rovente polemica, dovuta all'esecuzione da parte dell'agenzia governativa per la sicurezza interna (la National Security Agency – NSA) di un programma segreto di intercettazione telefonica dei cittadini statunitensi.

A partire dal 2002 – asseritamente sulla base di una legge del 1978 sull'attività di controspionaggio e della risoluzione di autorizzazione al Presidente degli Stati Uniti dell'uso della forza (deliberata dal Congresso il 18 settembre 2001) – la NSA ha intercettato le conversazioni e le comunicazioni informatiche di milioni di persone ed enti negli Stati Uniti, per tentare di assumere informazioni utili alla prevenzione di nuovi attentati, simili a quello tragico delle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001.

Il programma segreto però prevede che tali intercettazioni avvengano senza alcuna autorizzazioni giudiziale – preventiva o successiva – e nei riguardi di persone di discrezionale (e non necessariamente motivata) scelta delle autorità di polizia.

Tale programma è stato ritenuto totalmente incostituzionale da numerose associazioni per i diritti civili, prime fra tutte l'American Civil Liberties Union (ACLU), la quale peraltro – in ragione delle sue attività di informazione e propaganda per i diritti dei detenuti e degli immigrati – si è trovata essa stessa intercettata per anni. Per tale motivo, l'ACLU ha

proposto un ricorso volto a ottenere da un giudice federale del Michigan la sospensione del programma segreto e la sua declaratoria d'illegittimità, alla luce di numerosi parametri costituzionali: il IV emendamento; il I emendamento; e il principio della separazione dei poteri.

Con sentenza del 17 agosto 2006, il giudice federale Anna Diggs Taylor ha accolto il ricorso dell'ACLU con una motivazione tanto estesa e approfondita quanto chiara e ancorata ai fondamenti classici delle libertà costituzionali (28). Ai nostri fini, importa sottolineare come il giudice Diggs, nel ritenere illegittimo che l'autorità amministrativa si sottragga al controllo giurisdizionale, si riallaccia a numerosi precedenti tra cui la sentenza Katz (v. *supra* nota 24). La pronuncia risulta d'interesse anche per il nesso che fissa tra il I e il IV emendamento della Costituzione americana. Afferma la sentenza che è acquisizione storica sin dall'Inghilterra del XVII secolo che difendere la riservatezza delle comunicazioni significa proteggere anche la libertà dei cittadini di crearsi un pensiero e poi di esprimerlo e in definitiva la loro indipendenza di giudizio (29). (Si vedrà *infra* che importanza hanno questi elementi argomentativi).

3.3 - *Le intercettazioni nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

L'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede che ogni persona ha il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, al proprio domicilio e alla propria corrispondenza. Tale diritto può essere limitato dall'ingerenza dei pubblici poteri solo nei casi stabiliti dalla legge e quando tale ingerenza costituisca una misura necessaria in una società democratica per tutelare la libertà di altri, per prevenire reati e garantire la sicurezza e l'ordine pubblico.

In sostanza, la Convenzione enuncia il diritto alla riservatezza e lo esige rispettato nei paesi sottoscrittori ma non esclude che le legislazioni nazionali e i provvedimenti dell'autorità pubblica possano limitarla per motivi che non snaturino il carattere democratico del regime ivi vigente. Sicché in realtà la Convenzione rimette alla Corte europea dei diritti un ampio potere di valutazione.

Che la segretezza delle comunicazioni rientrasse nella nozione di vita familiare non era scontato, giacché il contenuto di una telefonata potrebbe anche non afferire alla vita privata, affettiva o familiare dell'intercettato. Tuttavia, la Corte nel 1978 (30) ha affermato che il tema delle intercettazioni rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 8. Sicché

anche per la Corte europea le intercettazioni sono un mezzo investigativo e preventivo valido se sono previste per legge ⁽³¹⁾ e costituiscono nel caso concreto una misura necessaria – in un ambiente giuridico democratico – per il perseguimento dei menzionati fini. La Corte si è spinta fino a sostenere che il diritto di cui all'articolo 8 esige da parte dello Stato sottoscrittore l'adempimento di obblighi positivi volti a far sì che il sacrificio della riservatezza realizzato con le intercettazioni sia il più contenuto possibile e che quindi vi è violazione della Convenzione se nell'applicazione pratica della legge nazionale si verifica una sproporzionata mortificazione della riservatezza delle conversazioni ⁽³²⁾.

Quanto alle sanzioni per la violazione delle norme nazionali sulle intercettazioni, alla Corte è stato posto il problema dell'eventuale violazione dell'articolo 6 della Convenzione, che prevede il diritto a un equo processo. Su questo versante, la Corte appare ben più cauta e non sembra abbracciare l'*exclusionary rule*.

Già in una sentenza adottata a maggioranza nel 1988, la Corte stabilì che l'uso probatorio di un'intercettazione telefonica effettuata da uno degli interlocutori non violava l'articolo 6 della Convenzione ⁽³³⁾.

Nella citata sentenza *Khan v. United Kingdom*, 12 maggio 2000, punto 40, la Corte (che pure aveva ravvisato una violazione del diritto alla *privacy* nell'intercettazione ambientale non prevista e disciplinata da una legge, v. *supra* nota 30) ha ritenuto che nel complesso *Khan* non aveva patito un processo ingiusto in cui le sue possibilità di difesa erano state conculcate. In sostanza, il fatto che le *Home office guidelines* non potessero considerarsi «legge» ai sensi dell'articolo 8 non significava automaticamente che le intercettazioni svolte in ossequio a quelle direttive fossero illecite e quindi prove inammissibili ⁽³⁴⁾.

Infine, nel caso *P.G. and J.H. v. United Kingdom* del 2001 ⁽³⁵⁾, la Corte è tornata mostrarsi cauta verso la regola dell'esclusione nell'ipotesi dell'intercettazione ambientale carpita senza preventivo ordine giudiziale.

Era accaduto che nel 1995 un ispettore di polizia di aveva disposto delle intercettazioni di conversazioni tra presenti in un appartamento presso cui sospettava si stesse preparando una rapina a mano armata. Catturati i sospetti a bordo di una vettura nel cui bagagliaio in effetti furono rinvenuti oggetti suscettibili di essere usati per rapine, fu chiesto loro di offrire un campione vocale per poter confrontare le voci con quelle registrate nell'appartamento. Al rifiuto degli indagati, furono collocate microspie nelle loro celle e fu fatto uso di agenti attrezzati per il suono. Ottenuti così i campioni vocali, fu possibile la comparazione e la

conferma che le originarie intercettazioni appartenevano agli arrestati. Successivamente condannati per tentata rapina, essi adirono la Corte europea dei diritti, che però – se accolse la loro doglianza di violazione dell'articolo 8 della Convenzione – respinse invece quella di violazione dell'articolo 6 sull'equo processo, basandosi, per la parte che qui interessa, sui precedenti Schenk e Khan. Ancora una volta, la Corte stabilì che nella verifica del rispetto dell'articolo 6 non è suo compito sindacare sull'applicazione della legge nazionale che inerisce alla raccolta e all'utilizzo delle prove nel processo penale, a meno che da tale applicazione non risultino palesi e grossolane violazioni della Convenzione. Il compito della Corte è quindi quello di giudicare se nel complesso il processo si sia svolto in contraddittorio e ad armi pari ⁽³⁶⁾.

4 - *I tabulati telefonici*

Si tratta dei documenti con cui le società di telefonia registrano le chiamate e i messaggi in uscita e in entrata su un'utenza telefonica (il c.d. traffico telefonico). Tali documenti servono essenzialmente ai fini commerciali: anzitutto – come è ovvio – per tenere il conto delle telefonate da addebitare all'utente a fine periodo (solitamente il bimestre) e per provare il rapporto di fornitura in eventuali contenziosi; in secondo luogo, servono per monitorare i flussi di traffico ed eventualmente cercare quali siano i più frequentati (per es. urbane, interurbane, eccetera) e quali modalità (da fisso a fisso, da mobile a fisso, eccetera) siano le più redditizie ⁽³⁷⁾.

Accade così che il gestore sia depositario di informazioni che possono rivelarsi preziose per l'autorità inquirente, la quale potrebbe maturare l'intenzione di acquisire i tabulati per finalità investigative e probatorie.

L'acquisizione dei tabulati – però – ha una potenzialità invasiva della riservatezza piuttosto elevata, tanto che – nel fornirli a terze autorità – le compagnie stesse criptano in genere le ultime tre cifre dell'utenza che interloquisce con quella a cui il tabulato si riferisce. Né alla Corte costituzionale è sfuggita la delicatezza della questione, tanto che nella sentenza interpretativa di rigetto n. 81 del 1993 ⁽³⁸⁾, essa ha riconosciuto che gli strumenti con cui si consente l'identificazione dei partecipanti a una data conversazione e del tempo in cui questa è avvenuta (i c.d. dati esteriori della comunicazione) sono sì diversi dalle intercettazioni, ma sono pur sempre ricompresi nell'ambito di applicazione dell'articolo 15 Cost ⁽³⁹⁾. Sicché l'atto con cui i tabulati devono essere acquisiti al giudi-

zio (e con cui quindi viene in sostanza – secondo la Corte – violata la libertà e la segretezza delle comunicazioni di un soggetto) sottosta alle riserve di legge e di giurisdizione e, in particolare, all'obbligo di congrua motivazione, che sta comunque al legislatore disciplinare.

Il decreto legislativo n. 196 del 2003 (c.d. testo unico sulla *privacy*) ha successivamente disciplinato la materia, prevedendo – anche a seguito di ripetute modifiche introdotte prima con il decreto-legge n. 354 del 2003 e poi con la legge n. 155 del 2005 – che l'acquisizione dei tabulati telefonici è disposta con decreto motivato del pubblico ministero entro i primi ventiquattro mesi; dopo la scadenza di tale termine è necessaria l'autorizzazione del GIP (v. l'art. 132, commi 3 e 4) ⁽⁴⁰⁾.

5 - *Le intercettazioni nei confronti dei membri del Parlamento*

Tutti i nodi problematici emersi in relazione alle intercettazioni in generale – e quindi il problema del bilanciamento di interessi tra *privacy* ed esigenze di prevenzione e repressione dei reati; tra *privacy* e pubblicità dei processi penali; conseguenze della violazione delle regole processuali di assunzione della prova a sorpresa – si ripropongono in modo accentuato a proposito dei membri del Parlamento.

L'articolo 68, Cost., al terzo comma, prevede che per sottoporre in qualsiasi forma un parlamentare a intercettazioni di conversazioni o comunicazioni occorre l'autorizzazione del ramo d'appartenenza. Data la natura di atto a sorpresa dell'intercettazione, telefonica o ambientale che sia, la norma appare davvero bizzarra. È da domandarsi dunque perché in sede di lavori parlamentari di revisione dell'articolo 68 Cost. essa sia stata inserita nella Carta fondamentale e quali conseguenze abbia tale inserimento.

5.1 - *Lavori preparatori e ratio della modifica costituzionale*

La disposizione del terzo comma dell'articolo 68 Cost. fu il frutto di un emendamento proposto dalla Commissione affari costituzionali del Senato nella quarta lettura del provvedimento, nel giugno 1993. L'emendamento fu motivato dal relatore Ruffino con il ritenuto necessario parallelismo con l'articolo 10 della legge costituzionale n. 1 del 1989 sui reati ministeriali ⁽⁴¹⁾, ai sensi del quale le intercettazioni a carico dei membri del Governo possono effettuarsi solo previa autorizzazione della Camera competente ad autorizzare il procedimento penale.

Il reale significato di impedimento all'uso dello strumento della captazione a sorpresa per i parlamentari fu in realtà sottolineato dal senatore Speroni nella seduta della Commissione al Senato del 15 giugno 1993 ⁽⁴²⁾ e dall'onorevole Carlo Casini nella seduta della Commissione alla Camera e in un'intervista a *il Giornale* di Milano dell'8 luglio 1993 ⁽⁴³⁾.

Il senatore Speroni parlò apertamente dell'inefficacia che si voleva dovesse connotare le intercettazioni da disporre a carico dei parlamentari.

L'onorevole Casini, relatore della riforma alla Camera, fu più diffuso. In Commissione sostenne che le intercettazioni dovevano essere oggetto di previa autorizzazione per coerenza normativa: assoggettare ad autorizzazione le perquisizioni e non le intercettazioni sarebbe stato contraddittorio, giacché queste ultime riguardano più soggetti alla volta (almeno i due conversatori al telefono) e si protraggono nel tempo, attentando quindi alla libertà politica del membro del Parlamento più che le perquisizioni. L'onorevole Casini non si nascose che la norma che stava per essere introdotta avrebbe di fatto vietato l'uso di quel mezzo di ricerca della prova nei procedimenti a carico dei parlamentari, ma ribadì, nella seduta dell'Assemblea della Camera del 7 luglio 1993, che le intercettazioni non sono «garantibili» perché esse si protraggono per molti giorni e sono registrate. «Comprendete la possibilità ricattatoria» esortò gli astanti nell'occasione ⁽⁴⁴⁾. Nella successiva intervista giornalistica apparsa l'8 luglio 1993 – spiegò che «per telefono si organizzano voti, si esprimono valutazioni sulle persone. Tutto ciò che si registra viene verbalizzato e inserito in un fascicolo. C'è il rischio di ricatti. Nelle campagne elettorali potranno sempre dire che hai parlato male di qualcuno o che hai un'amica».

In termini assai critici del testo si espressero in Commissione alla Camera i deputati Alfredo Galasso ⁽⁴⁵⁾ e Ciccio Messere ⁽⁴⁶⁾. Quest'ultimo però osservò con acume che il controllo sulle conversazioni telefoniche aveva più a che fare con il primo comma dell'articolo 68 che con il secondo, inerente alle autorizzazioni procedurali *ad acta*. E infatti l'onorevole Casini in Assemblea confermò che di fatto con il terzo comma si impedivano le intercettazioni, ma non riteneva la cosa inaccettabile, ravvisando una comunanza tra la *ratio* dell'immunità da intercettazioni alla stessa insindacabilità ⁽⁴⁷⁾. In sostanza, per l'onorevole Casini intercettare un parlamentare significava *lato sensu* chiamarlo a rispondere per le opinioni espresse, in violazione dell'articolo 68, primo comma, Cost. (nella successiva seduta dell'Assemblea della Camera, in ultima lettura, l'onorevole Casini affermò che con il terzo comma si tutelavano «le attività di contatti e di parola» dei parlamentari ⁽⁴⁸⁾). A nulla valsero le critiche e le denunce di ipocrisia dei deputati Benedetti, Paissan, Paggini e

Berselli (49) e del senatore Chiarante (50). La riforma passò come la conformò il Senato e le è sottesa la *ratio* di proteggere il parlamentare da interferenze indebite nell'esercizio della sua libertà politica. Nel risultato normativo, la disposizione costituzionale risulta ereta a protezione dei membri eletti dall'azione giudiziaria, eventualmente persecutoria. Ma le interferenze cui i partecipanti alla riforma pensavano erano però immaginate come provenienti più dai *mass media* e dagli avversari politici che dalla magistratura.

La storia successiva si sarebbe incaricata di rendere chiaro come sia impossibile conseguire lo scopo della prevenzione dei ricatti mediatici con lo strumento della previa autorizzazione all'intercettazione e come invece il comma all'esame sia stato foriero di ulteriori e paradossali sviluppi conflittuali tra potere politico e magistratura.

5.2 - *Le intercettazioni indirette, ovvero la confusione e l'eterogenesi dei fini*

5.2.1 - *Problemi processuali e parlamentari*

Il dato costituzionale acquisito dopo la riforma del 1993 ha fatto sì che sinora non vi sono precedenti di richieste di preventiva autorizzazione a intercettare un parlamentare sulla sua utenza telefonica o nel suo domicilio. Si è aperto invece un acceso dibattito sulle c.d. intercettazioni indirette, quelle cioè in cui la conversazione del parlamentare non è captata in virtù del controllo tecno-sonoro della sua utenza o di un ambiente in sua disponibilità, ma di utenze o ambienti altrui. Si tratta, in pratica, dei casi in cui un terzo non appartenente alle Camere sia legittimamente intercettato ai sensi degli articoli 266 e ss. c.p.p. e in tale operazione venga a intercettarsi la voce del deputato o del senatore. Si applica o no a tale eventualità l'articolo 68, terzo comma, Cost.?

La risposta più logica sarebbe la negativa: la disposizione costituzionale fa riferimento chiaro alla «sottoposizione» di un parlamentare all'operazione intercettativa (51) e a un'autorizzazione preventiva. Nel caso delle intercettazioni indirette non vi sarebbe né «sottoposizione» né possibilità pratica di autorizzare ciò che è già avvenuto.

Senonché la ricerca sulla *ratio* dell'articolo 68, terzo comma, Cost. e la pratica hanno fatto intravedere la possibilità di un aggiramento malizioso della prerogativa autorizzatoria.

Se la ragion d'essere della disposizione è la tutela della libertà e della riservatezza delle comunicazioni del parlamentare, strumentale a un libero esercizio del mandato ⁽⁵²⁾, con il sottoporre a controllo persone estranee al Parlamento ma vicine al parlamentare si potrebbe in realtà predisporre una rete di captazioni nelle quali prima o poi il parlamentare cade, con ciò frustrando la *ratio* nella norma: si pensi all'intercettazione sul coniuge, figli, collaboratori, amici e quant'altro. L'intercettazione indiretta in questo caso da «casuale» diverrebbe «fraudolenta» e si tratterebbe in effetti, sia pure in chiave di accerchiamento, di una sottoposizione del parlamentare a intercettazioni. In questi casi, si sostiene, per non consentire una facile elusione della norma, occorre ritenere che l'utilizzo delle intercettazioni debba essere autorizzato dalla Camera competente. L'articolo 68, terzo comma, Cost. diverrebbe così fonte che prevede un'autorizzazione preventiva per le intercettazioni dirette e, implicitamente, una successiva per quelle indirette, per consentire l'utilizzo del materiale intercettivo ⁽⁵³⁾.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 140 del 2003, questa problematica si è sviluppata nel più contraddittorio dei modi. Non è infatti emersa dalla prassi parlamentare una risposta chiara sul punto centrale di che cosa debba intendersi per «utilizzazione».

Innanzitutto, non è rimasto chiarito se per utilizzazione s'intende una qualsiasi constatazione ufficiale nel procedimento che la conversazione cui il parlamentare ha preso parte è stata intercettata, constatazione che può aversi con il deposito dei brogliacci e delle trascrizioni nella segreteria del pubblico ministero (art. 268, comma 4, c.p.p.) ⁽⁵⁴⁾; oppure con l'acquisizione delle intercettazioni a fascicolo, decisa dal giudice insieme alla perizia (art. 268, commi 6 e 7, c.p.p.).

In alternativa a questa lata interpretazione, si potrebbe prospettare la soluzione per cui l'utilizzazione si ha solo in senso probatorio proprio e dunque in fase dibattimentale ⁽⁵⁵⁾. E ancora: non è mai parso del tutto chiaro se l'utilizzo da sottoporre eventualmente ad autorizzazione sia quello probatorio a carico del parlamentare o anche a carico del terzo direttamente intercettato ⁽⁵⁶⁾.

L'articolo 6 della legge n. 140 del 2003 non ha reso la materia più leggibile. Esso recita nei primi due commi:

Fuori dalle ipotesi previste dall'articolo 4, il giudice per le indagini preliminari, anche su istanza delle parti ovvero del parlamentare interessato, qualora ritenga irrilevanti in tutto o in parte ai fini del procedimento i verbali e le registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate in qualsiasi forma nel corso di procedimenti riguardanti terzi alle quali hanno preso parte

membri del Parlamento, ovvero i tabulati di comunicazioni acquisiti nei medesimi procedimenti, sentite le parti a tutela della riservatezza ne decide in camera di consiglio la distruzione integrale ovvero delle parti ritenute irrilevanti a norma dell'articolo 269, commi 2 e 3, del codice di procedura penale. Quora su istanza di una parte processuale, sentite le altre parti nei termini e nei modi di cui all'articolo 268, comma 6, del codice di procedura penale ritenga necessario utilizzare le intercettazioni o i tabulati di cui al comma 1, il giudice per le indagini preliminari decide con ordinanza e richiede entro i dieci giorni successivi l'autorizzazione della camera alla quale il membro del parlamento appartiene o apparteneva al momento in cui le conversazioni sono state intercettate.

In pratica, di fronte a un'intercettazione indiretta di una conversazione cui prenda parte un parlamentare, il GIP si trova innanzi a un bivio: considerare irrilevante il contenuto dell'intercettazione e quindi disporne lo stralcio e la distruzione; oppure considerarlo rilevante per il procedimento in corso e allora chiedere l'autorizzazione all'utilizzo.

L'unico punto che apparirebbe chiarito dalla riportata disposizione è che per utilizzo non s'intende il mero deposito delle intercettazioni ai sensi dell'articolo 268, comma 4, c.p.p., giacché la richiesta di utilizzazione può essere avanzata soltanto dopo la decisione di acquisizione prevista dall'articolo 268, comma 6, c.p.p.

Rimane invece non ancora chiarito se per utilizzazione si intenda l'uso probatorio contro il parlamentare o anche solo contro il terzo, rimanendo altresì da chiarire se l'articolo 6 si applichi solo ai procedimenti nei quali il parlamentare non sia indagato.

Quanto al primo problema, la grande maggioranza dei commentatori della legge n. 140 del 2003 ha ritenuto la disposizione incostituzionale ove la si intendesse nel senso che l'utilizzo probatorio dell'intercettazione indiretta soggiaccia all'autorizzazione parlamentare anche quando rivolto contro il terzo. Ciò infatti confliggerebbe col principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), con quello della parità di trattamento delle parti nel processo (artt. 3 e 111 Cost.) e con il diritto alla difesa (art. 24 Cost.)⁽⁵⁷⁾, oltre che con lo stesso articolo 68, che dei terzi non parla affatto.

Circa il secondo e connesso problema se l'articolo 6 si applichi ai procedimenti che riguardino «*solo terzi*» o «*anche terzi*», la maggior parte dei precedenti parlamentari sembrerebbe far propendere per la seconda soluzione⁽⁵⁸⁾.

Sulla materia è intervenuta anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 163 del 2005⁽⁵⁹⁾, con cui è stato dichiarato inammissibile un incidente di costituzionalità proposto dalla Corte di cassazione in un caso

di intercettazioni indirette di un senatore non indagato. Nel caso di specie, nell'impugnare per cassazione una misura cautelare, un indagato aveva sostenuto l'inutilizzabilità nei suoi confronti di un'intercettazione, poiché la relativa acquisizione al fascicolo e la conseguente utilizzazione in sede di vaglio degli indizi di colpevolezza non era stata autorizzata dal Senato, cui apparteneva l'altro interlocutore. Di qui l'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale per i motivi testé esposti ⁽⁶⁰⁾. Senonché, nell'approfondire gli estremi fattuali della vicenda, il giudice delle leggi ha chiarito che l'interlocutore dell'indagato intercettato non era il senatore bensì un suo collaboratore che parlava dalla di lui utenza atteggiandosi a *nuncius*. La Corte costituzionale, escludendo che l'articolo 6 possa applicarsi anche a quanti parlano per incarico di parlamentari, ha quindi dichiarato irrilevante e dunque inammissibile la questione.

Altra rilevante questione riguarda il criterio sulla base del quale le Camere dovrebbero o meno autorizzare l'utilizzo delle intercettazioni indirette. Nel silenzio della legge, la prassi si è talora ispirata al criterio del *fumus persecutionis* valevole per le richieste di autorizzare i provvedimenti restrittivi della libertà personale. È evidente tuttavia che la ricerca sulla persecutorietà di una domanda di utilizzo di intercettazioni indirette non ha senso se tale utilizzo è rivolto al terzo intercettato; ma anche se fosse rivolto al parlamentare è difficile comprendere come possa un rigetto della domanda tutelare l'interessato da eventuali ricatti mediatici, giacché le intercettazioni sono per definizione già pubbliche, quanto meno presso la Camera interessata ⁽⁶¹⁾.

Gli articoli 4 e 6 della legge n. 140 del 2003 prevedono poi la necessità di autorizzazione parlamentare per l'acquisizione dei telefonici del telefono del parlamentare o del telefono su cui siano transitate chiamate di quest'ultimo. Si tratta di disposizioni – sebbene applicate non di rado – chiaramente al di fuori del dettato dell'articolo 68, terzo comma, Cost.

5.2.2 - Le divulgazioni non gradite (talora legittime, talora no)

È evidente, da quanto esposto al paragrafo che precede con riguardo all'articolo 6 della legge n. 140 del 2003, quanto le relative problematiche si allontanino dal disposto dell'articolo 68, terzo comma, Cost. e dalle preoccupazioni a suo tempo espresse dall'onorevole Carlo Casini. Che invece egli avesse ragione sui problemi posti dalle intercettazioni telefoniche a carico di parlamentari è stato dimostrato dai fatti che seguono, anche se la disposizione costituzionale in questione non può nulla per risolvere quei problemi.

5.2.2.1 - Il caso «Cleopatra»

Su *il Giornale* del 20 novembre 2003 ⁽⁶²⁾ apparve un amplissimo servizio giornalistico relativo a un'indagine a Roma per traffico di stupefacenti con base in un noto ristorante del centro cittadino e condotto da due uomini, i quali peraltro organizzavano anche occasioni galanti presso lo stesso locale, forse anche per iniziare i clienti al consumo delle sostanze. L'aspetto di cronaca che il quotidiano intese però mettere in maggiore risalto era la partecipazione (diretta o indiretta) alla vicenda di due parlamentari, un deputato e un senatore a vita, di cui puntualmente vennero pubblicate anche fotografie.

Altri quotidiani non vollero «bucare» la notizia, ma non dettero al coinvolgimento dei parlamentari tanto un rilievo scandalistico quanto anzi sottolinearono la reazione dei Presidenti delle Camere che ritennero di sollevare un problema di legittimità dell'uso e della diffusione delle intercettazioni a mente dell'articolo 68, terzo comma, Cost. e dell'articolo 6 della legge n. 140 del 2003 ⁽⁶³⁾. In effetti era accaduto che il 19 novembre il Presidente del Senato – ritenendo la pubblicazione delle intercettazioni come la conseguenza di un illegittimo uso delle stesse da parte dell'autorità giudiziaria – aveva chiesto elementi informativi al presidente del tribunale di Roma (e futuro sottosegretario alla giustizia) Luigi Scotti. Ottenuta la risposta, aveva assegnato la questione alla Giunta delle elezioni e delle immunità per una verifica della legittimità dell'operato della magistratura, ai fini dell'eventuale levata di un conflitto d'attribuzioni.

Il giorno successivo (il 20 novembre 2003) analoga iniziativa prese il Presidente della Camera, onorevole Pier Ferdinando Casini, che domandò ragguagli informativi al presidente del tribunale di Roma e – ottenuti – li deferì immediatamente alla Giunta per le autorizzazioni.

Presso quest'ultima ⁽⁶⁴⁾ risultò ben evidente che in realtà in sede giornalistica era stato (forse volutamente) sovrapposto il tema dell'uso giudiziario delle intercettazioni a quello del tutto diverso della loro diffusione. Mentre il primo argomento avrebbe potuto (sia pure con le riserve che si esporranno) avere profili d'interesse sotto l'aspetto delle immunità parlamentari, il secondo in realtà perteneva al più generale tema della tutela del segreto istruttorio e della conseguente protezione della riservatezza delle persone intercettate, problematica questa che concerne tutti i cittadini. La Giunta – consultati gli atti del procedimento – concluse per l'insussistenza degli elementi per elevare un conflitto d'attribuzioni. Risultò chiaro infatti che le intercettazioni pubbli-

cate erano state attinte dal corpo del provvedimento cautelare notificato ed eseguito nei confronti degli indagati. Esse erano intercettazioni eseguite sugli apparecchi di soggetti non parlamentari su cui erano transitate conversazioni di questi ed erano state oggetto non di un uso probatorio dibattimentale (o in un incidente probatorio) ma solo di un uso indiziario a fini cautelari. Il vero problema – non di competenza della Giunta o della Camera – era se il GIP avesse ben operato nel trascrivere nel corpo del provvedimento – che sarebbe legittimamente divenuto di pubblico dominio dopo la notifica ai destinatari (art. 114 c.p.p.) – i testi integrali delle conversazioni e i nomi dei soggetti non indagati ⁽⁶⁵⁾.

5.2.2.2 - *Il caso Petrella*

Il Mattino di Napoli dell'8 settembre 2005 ⁽⁶⁶⁾ pubblicò le intercettazioni di alcune telefonate del deputato Giuseppe Petrella con un direttore generale di una ASL della Regione Campania, il cui contenuto non era propriamente lusinghiero: Petrella infatti tentava di indurre il direttore generale a revocare una nomina di un direttore sanitario perché asseritamente non gradito al suo partito e di sostituirla con un provvedimento in favore di altra persona. Le chiamate erano state intercettate sull'apparecchio del dirigente sanitario, indagato per abuso d'ufficio per altri fatti.

La novità di questo caso stava in realtà nella circostanza che i testi delle intercettazioni erano stati forniti ai quotidiani dal deputato Marcello Taglialatela, concittadino del Petrella, eletto nella medesima circoscrizione ma nello schieramento opposto, in una conferenza stampa. Il problema quindi si presentava come uno schietto caso di fuga di notizie arbitrariamente sfruttato da un avversario politico. Senonché il deputato Petrella, probabilmente mal consigliato, invocò con una lettera al Presidente della Camera la tutela delle sue prerogative parlamentari. La doglianza fu assegnata alla Giunta per le autorizzazioni che decise di prendere tempo per un approfondimento (affidato a due suoi componenti) ⁽⁶⁷⁾. Come era ovvio, l'esame della Giunta non poteva portare all'accertamento della violazione di alcuna prerogativa parlamentare: le intercettazioni erano state trafugate e gli uffici giudiziari di Napoli non avevano potuto che aprire un fascicolo a carico di Petrella per tentata concussione usando le captazioni come mera *notitia criminis*; e uno a carico di ignoti per violazione del segreto d'ufficio. La Giunta tuttavia stigmatizzò la condotta del deputato Taglialatela ⁽⁶⁸⁾.

5.2.2.3 - Il caso Fassino

Il caso Petrella – che era apparso di minore importanza alla luce di quel che era accaduto nel luglio 2005 in ordine ai vertici della Banca d'Italia ⁽⁶⁹⁾ – però era evidentemente solo il preludio di quel che sarebbe accaduto nell'imminente campagna elettorale per le elezioni politiche del 2006.

Il 2 gennaio 2006 ancora una volta *il Giornale* di Milano ⁽⁷⁰⁾ si fece promotore di una campagna scandalistica basata su intercettazioni telefoniche illecitamente circolanti. Esso introdusse l'argomento con un titolo in prima a tutta pagina e nell'interno pubblicò alcune telefonate (risalenti al luglio 2005) tra il deputato Piero Fassino e Giovanni Consorte, captate sul telefono di quest'ultimo, indagato per varie ipotesi di reato contro la trasparenza dei mercati finanziari (v. *supra*, nota 69).

Per la verità, le conversazioni non evidenziavano altro che una certa familiarità di tono tra gli interlocutori e comunque non contenevano alcun elemento penalmente illecito. Ciononostante la polemica politica divampò irrefrenabile e durò per settimane. Nel frattempo, pur sapendo che le basi per lamentare una violazione delle prerogative parlamentari erano assai precarie, il presidente della Giunta per le autorizzazioni, onorevole Vincenzo Siniscalchi, rilasciò delle dichiarazioni a stampa con cui auspicava l'interessamento della Camera alla vicenda. Il Presidente Casini lo accontentò immediatamente, assegnando l'affare alla Giunta per ottenerne elementi di valutazione.

La Giunta ricevette ragguagli istruttori dal procuratore aggiunto presso il tribunale di Milano, il quale tuttavia confermò che le intercettazioni pubblicate non solo non erano state utilizzate ad alcun fine rilevante per la legge n. 140 del 2003, ma sottolineò che non ne era stata neanche ordinata la trascrizione sommaria nei brogliacci. Esse erano in attesa di essere distrutte perché del tutto irrilevanti per il procedimento in corso ⁽⁷¹⁾. Si era verificato che taluno aveva trafugato il materiale intercettivo e al momento opportuno lo aveva fatto pervenire – similmente al caso Petrella – agli avversari politici dell'interessato.

Si era dunque avverata la profezia di Carlo Casini, relatore alla Camera sulla riforma che ha introdotto il nuovo terzo comma dell'articolo 68 Cost.: registrazioni e ricatti. Ma risulta evidente che l'articolo 68 così come steso dal Senato nel 1993 e convintamente sostenuto da Casini non poteva (e non possa) alcunché per prevenire la lotta politica con metodi illeciti. Men che meno può la barocca costruzione procedurale dell'articolo 6 della legge n. 140 del 2003.

6 - Conclusioni

Tornano all'attenzione le proposizioni iniziali di Oliver W. Holmes e di Harold Wilson.

Le intercettazioni sono uno sporco affare?

I casi da ultimo menzionati certamente sembrerebbero confermarlo, ma in realtà una risposta ponderata dipende dagli scopi che si perseguono e dall'uso che se ne fa. Le Costituzioni, le leggi e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ritengono tollerabili le intercettazioni purché il loro uso sia proporzionato allo scopo repressivo e preventivo che intendono perseguire rispetto al sacrificio della libertà individuale che realizzano. Al di fuori di regole chiare e di un serio controllo giurisdizionale si riducono a un mezzo poliziesco che attenta alle libertà civili. Spesso il giudizio sulle intercettazioni è influenzato più dalla prassi concreta seguita dalle autorità che non dalle leggi, frequentemente ben scritte e ragionevoli.

Merita apprezzamento l'iniziativa di Harold Wilson di esentare i parlamentari dalle intercettazioni? Nell'ottica britannica forse sì. Si è visto come i limiti alle intercettazioni nei confronti dei membri del Parlamento rispondano più alla logica dell'insindacabilità che non a quella (estranea agli ordinamenti anglosassoni) dell'autorizzazione procedurale. Se nonch  nell'esperienza britannica, statunitense, canadese e australiana il divieto di essere chiamati a rispondere per le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni ha anche un valore probatorio e non soltanto di responsabilità diretta. In altre parole, mentre in Italia, l'articolo 68, primo comma, Cost. preclude un'affermazione di responsabilità del parlamentare, invece nel Regno Unito e nei paesi di *common law* l'insindacabilità preclude anche una chiamata a deporre ⁽⁷²⁾.

Si capisce allora perché Harold Wilson abbia potuto considerare l'insindacabilità estesa a un aspetto probatorio come le intercettazioni dirette. È da sottolineare però che il suo proclama parlamentare non aveva minimamente a oggetto le intercettazioni indirette e che invece – per esempio – negli Stati Uniti non v'è alcun limite all'intercettazione di membri del Congresso ⁽⁷³⁾.

In Italia, viceversa, in cui l'insindacabilità non conosce profili probatori ⁽⁷⁴⁾, l'aver concepito la preventiva autorizzazione alle intercettazioni non trova sufficienti basi teoriche.

Appare errata infatti l'idea che l'articolo 68, terzo comma, Cost. protegga dei parlamentari la riservatezza in sé. Per definizione la loro attività è costituita da iniziative formali, contatti, propaganda, trattative, pre-

se di posizione e condizionamenti reciproci che sono esposti al giudizio del pubblico e dell'elettorato.

I lavori preparatori – come si è visto – indicano piuttosto che la protezione dell'articolo 68, terzo comma, Cost. era immaginata per il nesso che corre tra riservatezza e possibilità di formarsi liberamente un pensiero e una strategia politica, al di fuori di condizionamenti e ricatti indebiti. Ma che le personalità pubbliche siano titolari di un'attenuata pretesa di riservatezza è caposaldo della giurisprudenza in tutti i paesi democratici ⁽⁷⁵⁾. Si spiega così non solo la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 5881 del 2003 (v. *supra* nota 52) ma l'orientamento della Corte di cassazione che consente di diffondere notizie anche private su personalità che esercitano funzioni pubbliche ⁽⁷⁶⁾. A conferma di ciò valga anche il passaggio della menzionata sentenza Craxi della Corte europea dei diritti, secondo cui i personaggi pubblici hanno gli stessi diritti connessi alla *privacy* di ogni altro soggetto per quel che concerne i fatti estranei all'esercizio delle loro funzioni. *Ergo*: per i fatti collegati alle pubbliche funzioni prevale l'interesse del pubblico a conoscere ⁽⁷⁷⁾. L'unica totale «insonorizzazione» di cui i parlamentari possono godere per il loro ruolo pubblico è il voto segreto, nei casi in cui questo è previsto dai regolamenti parlamentari. Altrimenti essi devono essere trattati *uti cives omnes*.

Note

⁽¹⁾ La circostanza dell'ignoranza di essere ascoltati da persone che non si pensa possano sentire è il nodo centrale del problema delle intercettazioni; è il motivo per cui Holmes le definisce *dirty business* e quello per cui DI CIOLO V. e DI MUCCIO P., *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 1, le chiamano strumenti «fraudolenti» *tout court*. Il volume appena citato peraltro reca una più equilibrata *Presentazione* di Giuseppe Bettiol, penalista insigne, costituente, presidente della Commissione giustizia della Camera dei deputati nella I legislatura (oltre che della Giunta per le autorizzazioni dal 1948 al 1951, quando questi due organi non erano distinti) e della Commissione esteri nella II. CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 826, le chiama «mezzi insidiosi». Nei medesimi termini BRUNO P. F., voce «Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni», in *Digesto IV*, vol. VII, UTET, Torino, p. 177.

(²) V. ancora BRUNO P. F., voce «Intercettazioni di comunicazioni», cit., pp. 178-179. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 2005, Rosi, in *Casazione penale* 2006, p. 606. Le sezioni unite però hanno precisato che – pur non essendo un’intercettazione in senso proprio – è un’interferenza nella riservatezza non consentita dall’ordinamento la tecnica dell’«agente attrezzato per il suono», vale a dire la confessione carpita dall’agente di polizia sotto copertura dotato di microfoni nascosti: Sez. un. 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.* 2004, p. 2094, con nota di FILIPPI L., *Le sezioni unite decretano la morte dell’agente segreto attrezzato per il suono*.

(³) Le definizioni di *privacy* sono molteplici e tutte soggette all’evoluzione storica della legislazione e dell’elaborazione dottrinale: quella che si predilige nel testo appare la più comprensiva e chiara. La espone in buona sostanza RODOTÀ S., «Persona, riservatezza, identità», in *Rivista critica del diritto privato*, 1997, pp. 588-589 (pur se poi l’autore sembra accogliere la tesi – che appare a chi scrive troppo ampia – di Lawrence Friedman per cui la *privacy* sarebbe il diritto a non subire controlli pubblici o stigmatizzazioni sociali per le proprie scelte di vita) e vi aderisce SALERNO G. M., «La protezione della riservatezza e l’inviolabilità della corrispondenza», in NANIA R. e RIDOLA P., *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 419.

In precedenza, nell’esperienza anglosassone, la *privacy* era legata al concetto di *trespass*, vale a dire dell’invasione di un ambito materiale di dominio esclusivo della persona (come poteva essere l’abitazione, una stanza d’albergo, una cabina telefonica o un’automobile (v. al proposito BALDASSARRE A., *Privacy e Costituzione (l’esperienza statunitense)*, Bulzoni, Roma, 1974, p. 74 ss). Nel medesimo solco, in Italia, CATAUDELLA A., voce «Riservatezza (diritto alla – diritto civile)», in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989 aveva parlato della riservatezza come di quell’ambito legittimo in cui si manifesta l’esigenza dell’individuo di isolarsi fisicamente e moralmente dall’esterno e di godere pertanto di un riserbo (definizione questa che ricalca il basilare diritto di essere lasciati soli – *the right to be let alone* – coniata dal giudice Cooley e poi ripresa da Samuel Warren e Brandeis stesso nel loro noto articolo «The right to privacy» nella *Harvard Law Review* del 1890).

CERRI A., voci «Riservatezza (diritto alla – diritto comparato e straniero) e Riservatezza (diritto alla – diritto costituzionale)», entrambe in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989, aveva posto anch’egli l’accento sulla mobilità storica della nozione di *privacy*, esponendone origine, primi sviluppi ed evoluzioni successive, specie nella giurisprudenza americana e tedesca. Ne aveva concluso – in sostanza – che la riservatezza non potesse essere definita come un diritto dal contenuto unitario (il diritto a non subire la curiosità sociale) ma dovesse essere considerata come una «costellazione di diritti», ivi incluso il diritto all’identità personale, all’immagine e al controllo sulle notizie inerenti alla persona.

(⁴) La sentenza è pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale* 1973, p. 316, con nota di GREVI V., *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, il quale – se si mostra in qualche misura per-

plesso sulla perentorietà con cui la Corte rigetta la questione di legittimità della disciplina delle intercettazioni telefoniche – invece apprezza la chiarezza con cui essa afferma l'*exclusionary rule* (v. pp. 334 ss.). BALDUCCI P., *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 29 a sua volta definisce la sentenza una «tappa fondamentale» nel cammino della disciplina italiana in materia.

(⁵) Gli antecedenti normativi dell'art. 266 c.p.p. sono – per la necessità di un provvedimento giudiziario (sia pure da chiedere al giudice «più vicino») – la legge n. 517 del 1955 e – per una più compiuta disciplina in senso garantista – la legge n. 98 del 1974, entrambe le quali hanno novellato il codice di procedura penale allora vigente. In particolare la legge n. 98 del 1974 ha introdotto nel codice di procedura penale gli artt. 266-*bis*, *ter*, *quater* e *quinquies*. Tali articoli hanno dettato regole operative e previsto il divieto d'utilizzo delle intercettazioni svolte illecitamente: v. al riguardo BRUNO P. F., voce «Intercettazione di comunicazioni», cit., pp. 181-183; BALDUCCI P., *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, cit., pp. 27-30. La stessa legge del 1974 (su cui v. ancora DI CIOLO V. e DI MUCCIO P., *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, cit., p. 18 ss.) ha introdotto le figure di reato relative alle interferenze illecite nella vita privata. Le intercettazioni preventive sono state introdotte a seguito del sequestro Moro, con l'art. 226-*sexies* del c.p.p. 1930 (v. la legge n. 191 del 1978 di conversione del decreto-legge n. 59 del 1978).

(⁶) A questo proposito ci si è domandati quale sia l'attività criminosa che si deve ritenere in corso di svolgimento per consentire le intercettazioni, se proprio quella su cui si sta indagando o una qualsiasi ipotesi di reato per cui sarebbero ammissibili le captazioni telefoniche. La dottrina prevalente sembra orientata nel senso di credere la disputa irrilevante, giacché l'elemento dirimente in realtà non sarebbe la natura oggettiva del reato commesso nel domicilio, ma quello che si ritiene verrà commesso nel giudizio prognostico operato dal giudice al momento dell'autorizzazione. In questo senso: v. DI MARTINO C. e PROCACCIANTI T., *Le intercettazioni telefoniche*, CEDAM, Padova, 2001, p. 61 e BALDUCCI P., *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, cit., p. 98.

(⁷) Gli indizi cui si riferisce l'art. 267 non sono necessariamente quelli di cui all'art. 192 c.p.p. Tale ultima disposizione esige ai fini della prova di un fatto – in mancanza di prova diretta – che gli indizi siano gravi, precisi e concordanti, ciò che invece non è richiesto per le intercettazioni. La sussistenza degli indizi di reato deve essere però spiegata nella motivazione del provvedimento (v. già C. cost. n. 34 del 1973, punto 2 del *Considerato in diritto* laddove si esorta il magistrato a una valutazione della richiesta di intercettazioni connotata da «cautela scrupolosa»). La Cassazione, al riguardo, assume generalmente un approccio attento al dato sostanziale e rifugge dal rigorismo formalistico: le Sezioni unite (sentenze 21 giugno 2000, Primavera, in *Cass. pen.* 2001, p. 94 e 26 novembre 2003, Gatto, 2004, *ivi*, p. 1218) hanno, per esempio, affermato che la motivazione *per relationem* può anche consistere nel rinvio del provvedimento del GIP a un atto che materialmente sia allegato alla richiesta e che rechi le ragioni della misura intercettiva, senza bisogno che il giudice sindachi sulle modalità formali

di stesura dell'allegato, purché dall'atto non risulti una motivazione meramente apparente o incongrua, come sarebbe la sola perifrasi della dizione legislativa (Cass. pen. sez. IV, 3 ottobre 1997, Shabani, in *Cass. pen.* 1999, p. 584). In termini analoghi Cass. pen. 6 dicembre 2002, Moxhaku, *ivi* 2004, p. 1304. Il giudizio sugli indizi e sul carattere indispensabile delle intercettazioni è rimesso al giudice di merito. I vizi di motivazione possono essere sindacati in cassazione solo per manifesta illogicità (sent. sez. VI, 25 settembre 2003, Scremin, *ivi* 2005, p. 3926). A questo proposito si osservi che la locuzione «gravi indizi» si attenua in «sufficienti indizi» nell'ambito della disciplina della repressione del crimine organizzato (v. l. n. 203 del 1991). In dottrina v. BRUNO P. F., voce «Intercettazione di comunicazioni», cit., p. 192 e BALDUCCI P., voce «Intercettazioni (proc. pen.)», in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, vol. IV, p. 3168.

(⁸) V. Cass. pen., sez. un., 26 novembre 2003, Gatto, in *Cass. pen.* 2004, p. 1218. In dottrina PARODI C., *Le intercettazioni (profili operativi e giurisprudenziali)*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 115. Perplesso su questo punto è BRUNO P. F., voce «Intercettazione di comunicazioni», cit., p. 193.

(⁹) Per questo – condivisibilmente – la Cassazione ha respinto anche di recente i rilievi d'incostituzionalità della disciplina delle intercettazioni: v. sent. sez. VI, 21 gennaio 2004, Parisi, in *Cass. pen.* 2005, p. 3926.

(¹⁰) Queste regole erano già presenti nell'art. 226-*quater* del previgente c.p.p.

(¹¹) Al proposito la Corte di cassazione ha dapprima affermato che «in tema di intercettazione di conversazioni o comunicazioni l'obbligo della motivazione del provvedimento del P.M. che dispone l'esecuzione delle operazioni mediante impianti diversi da quelli in dotazione all'ufficio della Procura della Repubblica viene correttamente assolto con il semplice riferimento all'insufficienza o inidoneità di questi ultimi, non essendo esigibile anche la specifica indicazione delle ragioni di tali carenze»: così Cass. pen., 5 maggio 2000, n. 2539, Papa e Cass. pen., sez. IV, 12 giugno 2003, Campi, n. 25414, in *Cass. pen.* 2004, con nota di VENTURA N., *I requisiti minimi di legittimità delle operazioni di intercettazione eseguite ai sensi dell'art. 268, comma 3, c.p.p.* Analogamente Cass. pen., sez. I, 18 giugno 2003, Di Matteo, n. 27307, *ivi* 2004, p. 2093; poi invece Sez. un. 26 novembre 2003, Gatto, *ivi* 2004, p. 1218 (commentata da GAITO A., «L'integrazione successiva dei decreti d'intercettazione telefonica non motivati», in *Diritto penale e processo* 2004, p. 929) hanno ritenuto che comunque fosse necessario un più completo riferimento non solo all'inadeguatezza degli impianti presso la procura della Repubblica ma anche all'urgenza di eseguire le intercettazioni; v. anche Cass. pen., sez. I, 7 aprile 2004, Pizzi, n. 19072, in *Cass. pen.* 2005, p. 3925; e Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 2004, Bolognino, *ivi* 2006, p. 1038. Queste ultime pronunce tuttavia sottolineano come – nel caso di utilizzo di apparecchiature di proprietà privata – occorra che le operazioni si svolgano nella gestione diretta della polizia giudiziaria. V. inoltre Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 2004, Ballaro, *ivi* 2006, p. 1038 e Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2004, Foti, *ivi* 2006, p. 1039. Da ultimo le sezioni unite, 29 novembre 2005, Campenni, *ivi* 2006,

p. 1347 con nota di M. GRIFFO, hanno puntualizzato che il decreto motivato del p. m. che dispone l'utilizzo di strumentazione non in dotazione alla procura deve essere emanato prima che le operazioni comincino, altrimenti le operazioni stesse – nel momento in cui realizzano l'intrusione nella sfera della riservatezza del destinatario – sarebbero prive della copertura legittimante dell'art. 268, comma 3, c.p.p. Un'integrazione del decreto del p.m. che intervenisse a operazioni compiute non è consentita né lo è un'integrazione motivazionale del GIP. A quest'ultimo proposito, la Corte costituzionale, con ordinanza n. 275 del 2004 (in *Giur. cost.* 2004, p. 2776), ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 268, comma 3, c.p.p. nella parte in cui non consentirebbe al GIP di sindacare sui motivi addotti dal p. m. nel disporre l'uso dei mezzi diversi da quelli in ordinaria dotazione della procura. La Corte ha ritenuto che rientra nella legittima discrezionalità del legislatore affidare al GIP la valutazione sull'*an* delle intercettazioni e al p.m. quella sul *quomodo* (salva sempre, sull'uno e sull'altro profilo, la verifica del giudice del dibattimento).

⁽¹²⁾ V. Cass. sez. un. pen. 31 ottobre 2001, Policastro, in *Cass. pen.* 2002, p. 2147.

⁽¹³⁾ DE LEO F., nota a Cass. sez. un. pen. 31 ottobre 2001, Policastro, in *Cass. pen.* 2002, p. 2153. Rimane dell'opinione che riferisce l'art. 268, comma 3, c.p.p. alle sole intercettazioni telefoniche APRILE E., nota alla sentenza Policastro, in *Cass. pen.* 2002, p. 2824, secondo il quale allorquando il legislatore dettò la norma qui in esame aveva presente una realtà operativa che non avrebbe consentito lo svolgimento a distanza delle intercettazioni ambientali.

⁽¹⁴⁾ Così in sostanza anche BRUNO P. F., voce «Intercettazione di comunicazioni», cit., p. 196.

⁽¹⁵⁾ In tal senso v. anche Cass. pen. sez. V, 11 aprile 2003, G. A., n. 22957.

⁽¹⁶⁾ Cass. pen. sez. V, 26 gennaio 1994, Stefani, massima n. 197277.

⁽¹⁷⁾ Cass. pen. sez. VI, 16 dicembre 2002, Favi, in *Cass. pen.* 2004, p. 1303, che ha ritenuto abnorme e dunque impugnabile con ricorso diretto per cassazione il provvedimento implicito nell'incarico peritale. La Cassazione ha d'altronde stabilito che le parti private non possono chiedere stralcio e distruzione delle intercettazioni prima dell'udienza *ex* art. 268, comma 6: sent. sez. IV, 30 aprile 1997, Tosti, in *Cass. pen.* 1999, p. 585.

⁽¹⁸⁾ V. Cass. pen. sez. VI, 3 maggio 2006, Rispoli, n. 29350, inedita.

⁽¹⁹⁾ Un parziale limite alle strettoie imposte dall'art. 270 c.p.p. viene dalla giurisprudenza che non interpreta in senso lato il concetto di «diverso procedimento». Quest'ultimo infatti si ha solo quando il procedimento *ad quem* è totalmente distinto da quello *a quo* sotto un profilo formale e sostanziale e non quando vi è una stretta connessione oggettiva e probatoria: v. per esempio Cass. pen. sez. I, 4 novembre 2004, Kunsmoñas, in *Cass. pen.* 2006, p. 1517. Sicché per esempio non sarebbe «diverso» il procedimento per favoreggiamento di reati per cui pende il procedimento originario.

(20) La sentenza è pubblicata in *Giur. cost.* 1991, p. 2914 e in *Foro italiano* 1992, I, c. 3257 con nota di G. G. DE GREGORIO. In senso analogo alla sent. n. 366 del 1991 si è pronunciata la n. 63 del 1994.

(21) Cass. pen. sez. I, 12 novembre 1997, Cuomo, in *Cass. pen.* 1999, p. 1861 e Cass. pen. sez. VI, 14 marzo 2003, Campora, in *ivi* 2004, p. 1316.

(22) Cass. pen. sez. III, 29 aprile 2004, Canaj, in *Cass. pen* 2005, p. 3925.

(23) Cass. pen. sez. VI, 27 marzo 2001, Cagnetto, in *Cass. pen* 2002, p. 1764.

(24) Come si è visto in apertura, l'*exclusionary rule* nell'ordinamento statunitense ha avuto – sui paralleli binari delle perquisizioni e delle intercettazioni – un percorso accidentato. Nel caso *Weeks v. United States* (232 Us 383 del 1914) la Corte suprema affermò la regola dell'inutilizzabilità di materiale sequestrato in seguito a una perquisizione domiciliare illegittima. Analogamente la Corte decise nel 1921, nel caso *Gouled v. United States* (255 Us 298). Nel caso *Olmstead v. United States* (277 Us 438 del 1928) invece essa si espresse diversamente. Si trattava di un caso di contrabbando di bevande alcoliche in pieno proibizionismo. La polizia aveva intercettato senza autorizzazione giudiziale il capo di un'associazione che trafficava in liquori. La maggioranza della Corte – come si è accennato – per un verso ritenne che le intercettazioni non potevano assimilarsi alle perquisizioni; per l'altro comunque mise in dubbio il principio dell'*exclusionary rule*, rifacendosi al *common law* inglese, vigente negli Stati coloniali.

Nel 1949 si presentò una nuova occasione per verificare la solidità della regola dell'esclusione: prove a carico di un medico che praticava aborti erano state acquisite dall'autorità statale del Colorado violando il suo domicilio. Si pose pertanto il problema se i principi fissati nelle sentenze *Weeks* e *Gouled* valessero anche per gli Stati oltre che per l'autorità federale. La Corte (*Wolf v. Colorado* 338 Us 25) a maggioranza optò per la negativa, suscitando lo sdegnato dissenso del giudice Murphy cui concorse Douglas. La decisione fu rovesciata dodici anni dopo, nel caso *Mapp v. Ohio* (367 Us 643). La polizia di Cleveland, avvertita dai vicini, irruppe senza mandato nella casa della signora Mapp, in cerca di un latitante. Rinvenì invece pubblicazioni pornografiche, per il cui possesso la Mapp fu condannata. Ella adì i vari gradi di gravame fino alla Corte suprema, la quale annullò la condanna sulla base dell'assunto che il XIV emendamento aveva in effetti esteso alla giurisdizione statale tutte le garanzie già previste da altri emendamenti per la giurisdizione federale.

Da ultimo, nel caso *Katz v. United States* (389 US 347 del 1967) la Corte – per la penna di Potter Stewart e con le concordanze di Douglas, Harlan e Byron White e il marcato dissenso di Hugo Black, che aveva concorso nella sentenza *Wolf* – rovesciò la sentenza *Olmstead* e ricondusse le intercettazioni telefoniche nell'alveo della nozione di *search* e dunque della regola dell'esclusione. Coeva alla sentenza *Katz* è la *Berger v. New York* (388 US 41), che addirittura appare spingersi a un sindacato più profondo sulle leggi statali in materia di intercettazioni. Si trattava di una condanna inflitta in virtù di prove costituite da registrazioni effettuate sulla base di una legge dello Stato del New York che permetteva l'ordine, sì di un giudice statale, per intercettazioni di sessanta giorni prorogabi-

li di ulteriori sessanta ma senza una vera e propria individuazione di *probabile cause* (i.e. di gravi indizi) e senza l'obbligo del deposito successivo, di modo che rimaneva alla pubblica accusa la completa discrezionalità su ciò che si doveva esibire e che cosa no. Di qui la declaratoria d'incostituzionalità sulla base del IV e del XIV emendamento.

L'*exclusionary rule* nella giurisprudenza americana tuttavia soffre ancora varie e significative eccezioni: per esempio non può di regola essere fatta valere se i diritti violati nell'acquisizione della prova non sono quelli della persona contro cui questa viene utilizzata e non vale se la prova è stata raccolta senza mandato ma durante un arresto in flagranza per fatti anche totalmente sconnessi con l'accusa basata sulla prova raccolta. Su quest'ultimo punto v. ancora BALDASSARRE A., *Privacy e Costituzione (l'esperienza statunitense)*, cit., p. 375, nota 39.

(²⁵) Cass. pen. sez. V, 10 novembre 1995, Sibilìa, in *Cass. pen.* 1996, p. 2269 e sez. VI, 7 giugno 2001, Querci, *ivi* 2004, p. 2080, con nota di ANGELINI A., *Controlli dibattimentali sulla legalità delle intercettazioni*, hanno ovviamente escluso che potessero essere dichiarate inutilizzabili le intercettazioni solo perché agli atti del dibattimento non era accluso il decreto autorizzativo, giacché l'art. 268, comma 7, prescrive che al fascicolo del dibattimento siano allegate le trascrizioni o le stampe.

(²⁶) Non sono utilizzabili le intercettazioni per cui – anche per un difetto di funzionamento tecnico – manca la registrazione: Cass. pen. sez. IV, 7 luglio 1998, Polito, in *Cass. pen.* 1999, p. 583.

(²⁷) Questa graduata disciplina dell'esclusione probatoria del materiale raccolto in violazione delle regole, unitamente al disposto dell'art. 191 c.p.p., dimostra la fondatezza di quelle tesi dottrinali (CORDERO F., *Procedura penale*, cit., p. 604 ss. e BRUNO P. F., voce «Intercettazione di comunicazioni», cit., p. 199) secondo cui in realtà l'*exclusionary rule* può trovare positivo fondamento e concretizzazione solo in norme processuali espresse e non già in disposizioni sostanziali quali le statuizioni costituzionali sui diritti e le norme incriminative che sanzionano violazioni di divieti (secondo questa dottrina, non potrebbe per esempio dirsi di per sé inutilizzabile come prova la droga trovata a casa di Tizio solo perché rinvenuta in seguito a un furto con scasso). Certo è però che – se le norme processuali sull'utilizzabilità delle prove fossero troppo elastiche da svuotare il contenuto delle tutele costituzionali dei diritti – se ne dovrà sollecitare il sindacato della Corte costituzionale, come è avvenuto, per l'appunto, nel caso della sentenza n. 34 del 1973. Prova ulteriore ne sia l'orientamento giurisprudenziale – cui si è fatto cenno più sopra nel testo – che ritiene pienamente utilizzabili per indagini in altro procedimento finanche le intercettazioni inutilizzabili come prova in quello d'origine: v. anche Cass. pen. sez. III, sent. 10 febbraio 2004, Mache, in *Cass. pen.* 2005, p. 3945 con nota (critica ma inesatta) di TRIGGIANI N., *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di un'intercettazione telefonica illegittima*.

(²⁸) La pronuncia è segnalata anche (e condivisa) da RODOTÀ S., «Il potere dei magistrati e le pretese della politica», in *la Repubblica*, 24 agosto 2006, pp. 1 e 18.

(²⁹) V. pag. 31 ss. della sentenza. Quest'ultima è poi di estremo interesse anche per i motivi usati per rigettare un'eccezione insidiosa dell'amministrazione Bush, che invocava l'applicazione della regola dello *State secrets privilege* (cioè che in Italia si definirebbe il segreto di Stato). Secondo la difesa del Governo, il ricorso dell'ACLU avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile giacché il Governo stesso non si sarebbe potuto difendere se non violando un segreto di Stato. Il giudice Diggs premette che lo *State secrets privilege* in realtà trova applicazione solo nelle controversie tra l'amministrazione e il personale impiegato in operazioni di spionaggio e controspionaggio (e in tali casi si tratta di una vera e propria carenza di giurisdizione) e in quelle in cui effettivamente il caso in discussione non possa essere deciso senza la rivelazione di informazioni coperte da un segreto militare o spionistico. Il giudice Diggs rileva però che in questo caso non si trattava di giudicare fatti per acclarare i quali occorreva il disvelamento di circostanze segrete; si trattava invece di capire se un fatto assolutamente noto e riconosciuto pubblicamente dalla stessa NSA (*id est*: che il programma di controllo delle comunicazioni esisteva e che veniva applicato) fosse conforme alla Costituzione o meno e se ledesse i diritti dei ricorrenti. In pratica, per quanto segreto fosse il programma e riservati i suoi esiti nell'attività di prevenzione, segreta non poteva dirsi la sua mera esistenza. Di qui il rigetto dell'eccezione.

(³⁰) V. sent. *Klass v. Germany*, 6 settembre 1978, punto 41. In senso analogo si è poi pronunciata la sentenza *Craxi v. Italy*, 17 luglio 2003, punto 57 (pubblicata in *Cass. pen.* 2004, p. 680 con nota di A. TAMINETTI).

(³¹) Spesso le enunciazioni della Convenzione dei diritti fanno oggetto i limiti a quei diritti di una riserva di legge. Sicché è decisivo fissare quale nozione di «legge» la Corte adotti. Nella sent. *Malone v. United Kingdom*, 2 agosto 1984, punti 66 ss. la Corte ha affermato che sono requisiti minimi della legge (anche non scritta) ai fini del rispetto della Convenzione *a*) la sua sufficiente conoscibilità; *b*) la sua ragionevole determinatezza, sia con riferimento ai presupposti della sua applicazione sia con riguardo alla prevedibilità delle sanzioni per la sua violazione. Nella sent. *Khan v. United Kingdom*, 12 maggio 2000, punto 28, la Corte ha ritenuto che non potessero definirsi «legge» l'insieme delle *Home office guidelines* (le direttive del Ministero dell'interno) che contemplavano e disciplinavano l'uso da parte della polizia delle intercettazioni ambientali. Era accaduto che un cittadino pakistano, sospettato di traffico di droga nel Regno Unito, era stato condannato a tre anni di reclusione sulla base dell'unica prova costituita da un'intercettazione ambientale eseguita presso l'abitazione di un terzo visitato dal ricorrente. La Corte ha pertanto ritenuto violato l'art. 8 della Convenzione.

(³²) V. ancora la sent. *Craxi v. Italy*, 17 luglio 2003, punti 74 ss., nella quale è evidenziato che nel caso concreto si erano avute due circostanze: la lettura in udienza dibattimentale delle intercettazioni di Bettino Craxi da parte del p.m. e solo dopo il deposito dei brogliacci delle intercettazioni presso la segreteria del p.m. stesso. La Corte ha ritenuto che lo Stato italiano (e per esso l'autorità giudiziaria) avesse violato l'art. 8 giacché dai brogliacci e dalle trascrizioni non era stata eliminata la parte attinente non ai reati commessi ma solo alla vita familia-

re del ricorrente e che per questo le intercettazioni integrali erano finite pubblicate su vari quotidiani.

Nella sua opinione di parziale dissenso alla decisione, il giudice italiano Vladimiro Zagrebelsky ha sottolineato che, mentre la decisione di maggioranza era condivisibile sul primo punto (il p.m. aveva sì il potere di dare lettura integrale delle intercettazioni che poi sono state pubblicate sui quotidiani ma il tribunale avrebbe ben potuto far svolgere un'udienza in camera di consiglio a tale scopo e per selezionare il materiale rilevante in modo da evitare la pubblicità delle parti private delle conversazioni), non lo era sul secondo. La legge italiana (l'art. 268, comma 4, c.p.p., per l'appunto) prescrive obbligatoriamente il deposito delle intercettazioni a garanzia di tutte le parti e rimanda a un secondo momento la valutazione sulla rilevanza probatoria del materiale intercettato. È allora evidente che non è possibile tenere l'autorità pubblica responsabile per ciò che anche le parti private fanno delle conoscenze che attingono a seguito del deposito dei brogliacci (punto *b*) del dissenso, in *Cass. pen.* 2004, p. 685). In altre parole, non era possibile inferire che dal solo deposito dei brogliacci la stampa fosse venuta in possesso delle intercettazioni, tanto più che la stampa stessa aveva pubblicato stralci delle conversazioni ben più ampie di quanto letto in udienza dal p.m.

⁽³³⁾ V. la sent. *Schenk v. Switzerland*, 12 luglio 1988, punto 48. Si trattava in realtà di un caso molto intricato, in cui non venivano in questione intercettazioni vere e proprie come definite in apertura di questo elaborato. Peter Schenk aveva divorziato dalla moglie (molto più giovane di lui) a condizioni onerose in esito a una lunga procedura giudiziale. Aveva asseritamente dato mandato di assassinarla a tale Pauty, un francese, residente in Italia e in rapporti con la polizia italiana, contattato attraverso un singolare annuncio sul giornale. L'uomo – il cui compenso era stato stabilito in 40 mila dollari – non compì l'omicidio concordato ma anzi svelò alla vittima predestinata il piano criminoso e con questa si recò dalla polizia svizzera a denunciare il fatto. La polizia – dopo aver interrogato a lungo sia la donna sia l'incaricato del delitto – concordò con quest'ultimo di rilasciarlo e di consentirgli il ritorno all'appartamento presso cui Schenk avrebbe dovuto telefonare per ottenere la conferma definitiva dell'esecuzione dei patti onde saldare il corrispettivo. Aspettandosi la chiamata, Pauty approntò un apparecchio per registrare la telefonata che in effetti gli giunse il 26 giugno 1981. Egli consegnò la registrazione alla polizia svizzera che quindi procedette contro Schenk, il quale fu condannato per tentato omicidio.

La Corte ha sì riconosciuto che secondo la legge svizzera l'intercettazione era illegittima ma ha escluso la violazione dell'art. 6 perché ha ritenuto che complessivamente il processo contro Schenk era stato equo, vuoi perché gli era stata offerta la possibilità di contestare il contenuto dell'intercettazione, vuoi perché a ogni modo l'intercettazione della chiamata a Pauty non era che una tessera in un più vasto quadro probatorio sufficiente alla condanna.

Medesima cautela rispetto all'*exclusionary rule* è espressa dalla Corte nella sent. *Grande chambre Pelissier and Sassi v. France*, 25 marzo 1999, punto 45, pur relativa a una prova documentale rivelatasi falsa.

⁽³⁴⁾ Non può essere sottaciuto, tuttavia, che contro la decisione Khan si levò il vibrato dissenso del giudice cipriota Loucaides, secondo cui era illogico ritenere che la Convenzione potesse essere considerata come una serie di disposizioni slegate tra loro e non invece un insieme armonioso e organico, di modo che l'accertamento della violazione di un suo articolo inerente ai diritti fondamentali possa non comportare la violazione del diritto a un equo processo. Con affilato acume egli rispose così a chi gli obiettava che la Convenzione dei diritti tutela pur sempre il diritto alla sicurezza dei cittadini e considera apprezzabile il pubblico interesse alla prevenzione dei reati: «*Breaking the law, in order to enforce it, is a contradiction in terms*» (violare la legge per ottenerne il rispetto è una contraddizione in termini, *t.d.a.*).

⁽³⁵⁾ Sent. del 25 settembre 2001, pubblicata in *Cass. pen.* 2002, p. 1826, con nota di A. TAMIETTI.

⁽³⁶⁾ Anche la sentenza P.G. and J.H. fu deliberata a maggioranza, con il marcato dissenso del giudice belga Tulkens, la quale – nel solco del dissenso di Loucaides nel caso Khan – sottolineò che l'effetto deterrente sulla polizia nella violazione dei diritti dei cittadini sarebbe insopportabilmente attutito se non si desse pieno ingresso all'*exclusionary rule*. Di contro, Tamietti osserva che in realtà le obiezioni di Loucaides e Tulkens trascurano di considerare che la violazione del diritto alla *privacy* (art. 8 della Convenzione) viene accertata con riferimento all'effettuazione delle operazioni intercettive, mentre la violazione del diritto all'equo processo (art. 6) pertiene all'utilizzo dei relativi esiti. Sicché sarebbe ben possibile accertare la violazione di una disposizione e non dell'altra (TAMIETTI A., *ult. cit.*, p. 1836). Per quanto acuta, l'osservazione rischia di essere basata su un sofisma: di fronte alla violazione della riservatezza si tratta di vedere quali sanzioni prevedere. Evidentemente Loucaides e Tulkien – e prima di loro la Corte suprema americana nel caso Katz e la Corte italiana nella sent. n. 34 del 1973 – ritengono che il risarcimento non basta ma occorre anche l'inutilizzabilità processuale. Tamietti è più convincente quando afferma che alla Corte europea spetta giudicare delle violazioni in un'ottica di accurato bilanciamento degli interessi alla luce del caso concreto. Sicché può ben darsi che in taluni specifici casi, per il tipo di violazione o irregolarità avvenuta e per il tipo di reati in questione, sia preferibile accettare la violazione dell'equo processo anziché offrire una patente di vittima a soggetti indubitabilmente pericolosi per la società o peggio garantire loro un viatico per la libertà (TAMIETTI A., *ult. cit.*, p. 1838).

⁽³⁷⁾ Cfr. l'art. 123, comma 5, del d. lgs. n. 196 del 2003, che parla tra l'altro di finalità di commercializzazione dei servizi di comunicazione elettronica e di prestazione di servizi a valore aggiunto.

⁽³⁸⁾ In *Cass. pen.* 1993, p. 2741, con nota di POTETTI D., *Corte costituzionale 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15 comma 1 della Costituzione*, e in *Giur. cost.* 1993, p. 734, con nota di PACE A., *Nuove frontiere della libertà di comunicare riservatamente (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*.

⁽³⁹⁾ Su questo specifico punto v. ancora – con qualche perplessità – PACE A., *Nuove frontiere della libertà*, cit., p. 744.

(40) Nel settembre 2006, in seguito al diffondersi della notizia (e al relativo procedimento penale) per cui presso la sede di un'agenzia di investigazioni private si svolgevano intercettazioni telefoniche, ambientali e telematiche da parte di soggetti estranei alla funzione giudiziaria e al di fuori di qualsiasi regola o controllo, il Governo ha acquisito la certezza dell'esistenza di una massa di materiale del tutto illecito costituito da informazioni telefoniche incontrollabili ed esposte all'uso più disinvolto da parte dei soggetti più vari. Ha per questo sentito il bisogno e il dovere di intervenire drasticamente. Con il decreto-legge n. 259 del 2006, all'art. 1, si è pertanto apportata una modifica all'art. 240 del codice di procedura penale. In virtù del provvedimento d'urgenza – così come modificato in sede di conversione – l'art. 240 c.p.p. oggi reca tra l'altro:

2. Il pubblico ministero dispone l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti. Allo stesso modo provvede per i documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni. Di essi è vietato effettuare copia in qualunque forma e in qualunque fase del procedimento ed il loro contenuto non può essere utilizzato. 3. Il pubblico ministero, acquisiti i documenti, i supporti e gli atti di cui al comma 2, entro quarantotto ore, chiede al giudice per le indagini preliminari di disporre la distruzione. 4. Il giudice per le indagini preliminari entro le successive quarantotto ore fissa l'udienza da tenersi entro dieci giorni, ai sensi dell'articolo 127, dando avviso a tutte le parti interessate, che potranno nominare un difensore di fiducia, almeno tre giorni prima della data dell'udienza. 5. Sentite le parti comparse, il giudice per le indagini preliminari legge il provvedimento in udienza e, nel caso ritenga sussistenti i presupposti di cui al comma 2, dispone la distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti di cui al medesimo comma 2 e vi dà esecuzione subito dopo alla presenza del pubblico ministero e dei difensori delle parti. 6. Delle operazioni di distruzione è redatto apposito verbale, nel quale si dà atto dell'avvenuta intercettazione o detenzione o acquisizione illecita dei documenti, dei supporti e degli atti di cui al comma 2 nonché delle modalità e dei mezzi usati oltre che dei soggetti interessati, senza alcun riferimento al contenuto degli stessi documenti, supporti e atti.

Nondimeno, ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 259 del 2006 (nella versione modificata in sede di conversione), l'art. 512 del codice di procedura penale viene modificato nel senso di consentire sempre la lettura dei verbali di acquisizione e di distruzione. Le esigenze che hanno portato al provvedimento legislativo d'urgenza appaiono condivisibili. La soluzione tecnica adottata pone però taluni interrogativi. Innanzitutto, il vocabolo «illegalmente» non appare conforme a un lessico giuridico preciso: che cosa significa «illegale»? «Contrastante con la legge» in via generica o «in violazione delle disposizioni da osservare a pena di nullità assoluta»? In secondo luogo, non può sottacersi che l'intercettazione illecita è un reato (art. 617-*bis* c.p.): la distruzione entro quarantotto ore delle registrazioni comporta necessariamente la soppressione del corpo del reato, il quale ai sensi del combinato disposto degli artt. 253, comma 2, c.p.p. e 82 delle disp. att. c.p.p. deve essere custodito e lasciato a disposizione del giudice. Del resto, l'art. 271 c.p.p. prevede la distruzione delle intercettazioni inutilizzabili perché illecite salvo proprio il caso che costituiscano corpo del reato.

(41) V. Atti Senato, XI legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, 16 giugno 1993, p. 35.

(42) V. Atti Senato, XI legislatura, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni*, in pari data, p. 3.

(43) V. Atti Camera, XI legislatura, *Boll. Giunte Comm.*, 23 giugno 1993, p. 4 e «Carlo Casini: scelta di libertà», a cura di M. Ventura, in *il Giornale*, 8 luglio 1993, p. 2.

(44) V. Atti Camera, XI legislatura, resoconto stenografico della seduta del 7 luglio 1993, p. 15758.

(45) V. Atti Camera, XI legislatura, *Boll. Giunte Comm.*, 23 giugno 1993, p. 6.

(46) V. Atti Camera, XI legislatura, *Boll. Giunte Comm.*, 23 giugno 1993, p. 7.

(47) V. Atti Camera, XI legislatura, res. sten. della seduta del 7 luglio 1993, p. 15759. L'on. Casini affermò testualmente: «La funzione del parlamentare è di giudicare, ragionare, costruire ipotesi, valutare persone, interpretare fatti e si svolge nell'aula e fuori dell'aula, anche attraverso il telefono, strumento ormai indispensabile nella società moderna per avere rapporti».

(48) V. Atti Camera, XI legislatura, res. sten. della seduta del 13 ottobre 1993, p. 25.

(49) V. Atti Camera, XI legislatura, res. sten. della seduta del 13 ottobre 1993, p. 29 ss.

(50) V. Atti Senato, XI legislatura, *Res. sten. Ass.*, 28 ottobre 1993, p. 19.

(51) In tal senso v. anche SELMI C., «Commento all'art. 6 della l. n. 140 del 2003», in *Legislazione penale* 2004, p. 48.

(52) Su questo aspetto si sofferma diffusamente e acutamente GIALUZ M., «Intercettazioni di colloqui riservati e libertà funzionale del parlamentare: qualche riflessione sulla portata della prerogativa dell'art. 68, comma 3, Cost.», in *Cass. pen.* 2004, p. 3682. Questo autore, per la verità, giustamente contesta che la *ratio* della disposizione sia la riservatezza delle conversazioni del parlamentare. Infatti, se si tratta della *privacy tout court*, allora non si capirebbe perché dare al parlamentare una tutela più marcata che non ai normali cittadini: che cos'ha la vita privata e intima dei parlamentari più di quella degli altri che reclama un regime speciale? (Cons. Stato n. 5881 del 6 ottobre 2003 – relativo all'obbligo stabilito dal consiglio regionale della Toscana di rendere nota l'affiliazione dei consiglieri alla massoneria – in realtà stabilisce il contrario). Se invece si tratta di una riservatezza funzionale all'espletamento del mandato e all'indipendenza dell'assemblea cui l'interessato appartiene, l'autore si chiede perché mai la pubblica funzione sia tutelata attraverso la protezione del «giardino segreto» di chi la riveste. Di norma, infatti, la tutela del Parlamento offerta dalle varie immunità passa per «luoghi» pubblici e trasparenti: le opinioni espresse, i voti dati, le sedi parlamentari, la libertà personale. Sicché, in conclusione, Gialuz rileva (esattamente come si è visto) che la vera *ratio* della norma è una difesa dai *mass media*, i quali potrebbero entrare in possesso di testi riproduttivi di conversazioni o di «soffiate» su di esse e usarli per far indebite pressioni sul parlamentare (*ivi*, p. 3689).

(53) Su tale assunto dissente radicalmente GIALUZ M., «Intercettazioni di colloqui riservati», *cit.*, p. 3691, il quale ritiene che il comma in commento copra

solo le intercettazioni dirette. SELMI C., «Commento all'art. 6 della l. n. 140 del 2003», cit., p. 50, ritiene invece che la *ratio* della disposizione sia la tutela della segretezza delle comunicazioni come aspetto coesistente al pieno svolgimento del mandato istituzionale e dunque al mantenimento della generalità dei suoi rapporti con gli altri: generalità che viene meno nelle intercettazioni indirette, giacché qui si avrebbe il rapporto del parlamentare con un solo soggetto (quello sottoposto a controllo).

⁽⁵⁴⁾ Per l'affermativa a questo proposito si sono espressi il Presidente della Camera Violante in una lettera al procuratore della Repubblica di Genova nel 1997 e il Presidente della Camera Casini in una lettera al presidente della Giunta per le autorizzazioni nel 2002 (v. Atti Camera, XIV legislatura, *Boll. Giunte e Comm.*, 4 giugno 2002, p. 7).

⁽⁵⁵⁾ Questa soluzione interpretativa sembrerebbe avvalorata dalla citata giurisprudenza ordinaria in tema di utilizzo dei risultati di intercettazioni in procedimenti diversi da quello nel quale le intercettazioni siano state disposte. A tal riguardo infatti solitamente si parla di utilizzo probatorio (*cf.* per esempio Cass., 7 febbraio 2002, Coppola, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2360). Tanto più che – a ritenere sottoposto ad autorizzazione anche l'utilizzo predibattimentale delle intercettazioni, per esempio in fase cautelare – non si potrebbero senza autorizzazione adottare provvedimenti d'urgenza. Si pensi per esempio a un attentato al Capo dello Stato o a un Presidente di una Camera di cui si viene a sapere captando una conversazione cui prenda parte un parlamentare: non si potrebbe agire tempestivamente a motivo della necessità di chiedere l'autorizzazione.

⁽⁵⁶⁾ In un caso la Giunta per le autorizzazioni della Camera ritenne che l'autorizzazione non fosse affatto necessaria né per l'utilizzo probatorio delle intercettazioni indirette contro il parlamentare né contro i terzi (Atti Camera, XIII legislatura, doc. IV, n. 14-A). In precedenza invece essa aveva stabilito la necessità dell'autorizzazione anche per utilizzare contro un terzo intercettazioni indirette di conversazioni di un deputato (Atti Camera, XIII legislatura, doc. IV, n. 7-A). Nella seduta del 18 febbraio 1998, l'Assemblea della Camera – esaminando entrambe i documenti – ritenne di accettare quest'ultima impostazione senza che però dal dibattito siano emerse adeguate argomentazioni (*cf.* Atti Camera, XIII legislatura, res. sten. in pari data, pp. 30-68). La prassi è stata poi confermata in successive occasioni.

⁽⁵⁷⁾ V. FINOCCHIARO A., «L'insopprimibile incostituzionalità della legge n. 140 del 2003», in *Cass. pen.* 2003, p. 3243; GREVI V., «Intercettazioni parlamentari: nuovi dubbi di costituzionalità», in *Diritto e giustizia*, fasc. 44 del 2003, p. 9; ORLANDI R., *Profili processuali*, cit., p. 1207; SINISCALCHI V., «Verso l'immunità anche degli amici dei parlamentari?», in *Dir. giust.*, fasc. 31 del 2004, p. 11; MARTINELLI C., «Legge n. 140 del 2003: attuazione o violazione della Costituzione?», in *Studium iuris*, 2004, p. 38; FASSONE E., «Intercettazioni e immunità: primi problemi posti dalla legge n. 140 del 2003», in *Cass. pen.*, 2004, p. 7; CORDERO F., «Nella terra dei filibustieri», in *la Repubblica*, 7 agosto 2005, p. 17. Più cauta sembra SELMI C., «Commento all'art. 6 della l. n. 140 del 2003», cit., p. 57.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. per es. Atti Senato, XIV legislatura, *Boll. Giunte e Comm.*, 25 novembre 2003, p. 6 e Doc. XVI, n. 9 e Atti Camera, XIV legislatura, *Boll. Giunte e Comm.*, 28 gennaio 2004, p. 6, nonché Atti Camera, XIV legislatura, docc. IV, nn. 7/A, 9/A, 12/A e 13/A. In dottrina, in contrario v. SELMI C., «Commento all'art. 6 della l. n. 140 del 2003», cit., p. 51.

⁽⁵⁹⁾ In *Dir. giust.*, fasc. 19 del 2005, p. 79 con note di R. ORLANDI e M. CERASE. La Corte, in questa occasione, ha preferito evitare *obiter dicta* o affermazioni incidentali che offrissero un chiarimento sul se l'art. 6 l. n. 140 del 2003 si applichi solo alle utilizzazioni contro i parlamentari o anche contro i terzi, come nel caso sottopostole.

⁽⁶⁰⁾ L'ordinanza è pubblicata anche in *Cass. pen.* 2004, p. 3675, con il citato commento di GIALUZ.

⁽⁶¹⁾ Quando le richieste di autorizzazione *ex art.* 68, commi secondo e terzo, Cost. pervengono alla Camera, questa dispone la stampa immediata del provvedimento la cui esecuzione si chiede di autorizzare. Sicché nel caso delle intercettazioni, viene pubblicata l'ordinanza di cui all'art. 6, comma 2, l. n. 140 del 2003. Se nell'ordinanza viene riportato il testo delle intercettazioni, questo diviene pubblico. Se invece i testi sono contenuti solo in allegati, questi ultimi sono messi a disposizione dei soli membri della Giunta delle autorizzazioni, senza possibilità di consultazione per gli altri deputati, nemmeno quello interessato. È però evidente che non si può precludere al membro della Giunta di riferire poi ad altri ciò che ha letto.

⁽⁶²⁾ V. «Sesso e droga nei palazzi del potere», servizi di Bertarelli M., Langone C. e Paolucci T., in *il Giornale*, 20 novembre 2003, pp. 1, 16 e 17. Si tratta della vicenda che poi darà luogo alla citata sent. della Corte costituzionale n. 163 del 2005.

⁽⁶³⁾ V. *Il Messaggero*, 20 novembre 2003 («Senatore spiato, Pera scrive al tribunale», p. 6); *la Repubblica*, 20 novembre 2003 («Pera chiede spiegazioni al tribunale», p. 11); *Corriere della sera*, 20 novembre 2003 («Parlamentari intercettati, interviene Pera», p. 13).

⁽⁶⁴⁾ V. Atti Camera, XIV legislatura, *Boll. Giunte e Comm.*, 27 novembre 2003, p. 3 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Atti Camera, XIV legislatura, *Boll. Giunte e Comm.*, 28 gennaio 2003, p. 6 ss.

⁽⁶⁶⁾ V. *il Mattino*, 8 settembre 2005, «Sanità, è bufera sulle nomine», p. 32. V. anche *il Giornale*, 8 settembre 2005, «I DS ordinano: è un amico, va assunto», pp. 1 e 8.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Atti Camera, XIV legislatura, *Boll. Giunte e Comm.*, 21 settembre 2005, p. 11 ss.

⁽⁶⁸⁾ V. Atti Camera, XIV legislatura, *Boll. Giunte e Comm.*, 14 dicembre 2005, p. 5 ss.

(69) Come si ricorderà, nel mese di luglio 2005 era scoppiato lo scandalo che interessò il governatore della Banca d'Italia, Antonio Fazio, accusato da più parti di svolgere le sue funzioni senza la dovuta imparzialità. In due vicende in particolare egli era accusato di non aver tutelato in chiave di arbitro neutrale gli interessi della concorrenza del mercato e dei risparmiatori: il primo caso era relativo all'acquisizione del controllo della Banca Antonveneta, contesa tra l'olandese ABN-AMRO e l'italiana Popolare di Lodi (poi Banca popolare italiana), guidata da Giampiero Fiorani; il secondo era relativo alla tentata scalata alla Banca nazionale del lavoro, la quale vedeva opposte l'Unipol (guidata da Consorte e Sacchetti) e la spagnola BBVA. Dal profluvio delle intercettazioni che i quotidiani trassero dai testi delle misure cautelari eseguite nei confronti di varie persone, i più credettero che Fazio (v. per esempio i servizi su *la Repubblica* del 12 agosto 2005, p. 4 ss.) aveva parteggiato nella prima operazione per la Banca popolare italiana; e nella seconda per Unipol, quantunque gli fosse stata prospettata dai dirigenti dell'istituto di emissione l'inadeguatezza patrimoniale all'operazione sia dell'una sia dell'altra. È noto poi che Fazio si dimise nel dicembre 2005.

Pertanto, dalle intercettazioni emerse che Antonio Fazio godeva dell'amicizia e dell'appoggio parlamentare quanto meno di due senatori, Ivo Tarolli e Luigi Grillo, in ordine alle cui telefonate furono assunte dal Presidente del Senato Pera le stesse iniziative prese nel caso «Cleopatra» (v. seduta della Giunta delle elezioni e delle immunità del 7 settembre 2005). A sua volta il Presidente della Camera Casini volle chiedere lumi alla magistratura milanese in ordine alla diffusione di contenuti di telefonate tra l'on. Fassino ed esponenti dell'Unipol (v. seduta della Giunta per le autorizzazioni del 13 settembre 2005, *Boll. Giunte e Comm.*, in pari data, p. 4). Com'era ovvio, né Senato né Camera fecero valere, in sede di conflitto o in altra, la violazione delle loro prerogative.

(70) «Unipol, i consigli di Fassino a Consorte», in *il Giornale*, 2 gennaio 2006, p. 1.

(71) V. seduta della Giunta per le autorizzazioni dell'11 gennaio 2006, Atti Camera, *Boll. Giunte e Comm.*, in pari data, p. 10.

(72) V. GENNET G., Intervento al convegno *Le immunità parlamentari nei primi anni 2000 (Comunicazione politica e diritti nella società globalizzata)*, atti del convegno del 1° dicembre 2005, Camera dei deputati, Roma, 2006, p. 40.

(73) V. quanto affermato da Stuard Robinson, ufficiale dell'FBI, nella deposizione innanzi alla Giunta per le autorizzazioni durante la missione di studio a Washington dal 23 al 25 settembre 2003 (cfr. il volume *Giunta per le autorizzazioni (fonti normative, resoconti sommari e documenti diversi dal 19 giugno 2001 al 30 giugno 2005)*, Camera dei deputati, Roma, 2005, p. 618). In Francia, l'intercettazione diretta è ritenuta sottoposta alla previa autorizzazione dell'Ufficio di Presidenza dell'Assemblée nationale così come l'utilizzo di quella indiretta nei confronti del parlamentare; non così invece l'utilizzo di quella indiretta nei confronti del terzo (v. la deposizione di Pierre Avril innanzi alla Giunta per le autorizzazioni durante la missione di studio a Bruxelles e Parigi dal 30 novembre al 2 dicembre 2004: cfr. il volume *Giunta per le autorizzazioni (fonti normative, re-*

soconti sommari e documenti diversi dal 19 giugno 2001 al 30 giugno 2005), cit., p. 665). In Germania non sono noti precedenti di questioni sorte in ordine a intercettazioni di membri del Bundestag.

(⁷⁴) A conferma di ciò valgono da ultimo i casi degli interrogatori sostenuti dal deputato Bocchino innanzi al sostituto procuratore di Torino nel marzo 2004 e dallo stesso Presidente della Camera Casini innanzi alla corte d'assise di Reggio Calabria nel febbraio 2006. Neanche in Francia vigono limiti alle testimonianze dei parlamentari (v. ancora la deposizione di Pierre Avril innanzi alla Giunta per le autorizzazioni, cit. p. 666).

(⁷⁵) Valga per tutti il caso *Nixon v. United States* (418 US 683) del 1974. Durante gli sviluppi del caso *Watergate*, il presidente Nixon si rifiutò di consegnare al giudice i nastri di sue conversazioni. La Corte stabilì che si trattava di un rifiuto illegittimo, giacché sulla legittima presunzione di riservatezza delle comunicazioni dei vertici istituzionali e dell'immunità che le copre (il c.d. *Executive privilege*) sono da ritenersi prevalenti le specifiche necessità conoscitive del procedimento penale e il connesso diritto della collettività a sapere. In Italia, sull'attenuata pretesa di *privacy* delle personalità pubbliche v. implicitamente anche i provvedimenti del Garante dei dati personali del 22 luglio 1998 (in *Bollettino del Garante*, n. 5 del 1998, p. 29) e del 28 maggio 2001 (in *Boll. Garante*, n. 20 del 2001, p. 7).

(⁷⁶) V. Cass. pen. sez. V, 23 aprile 1986, Emiliani e altro, in *Cass. pen.* 1988, p. 276, che ineriva al caso di due quotidiani che avevano riportato circostanze curiose sulla vita privata di un magistrato. Costui infatti, pur avanti con gli anni, in una occasione era stato visto scrivere con un pennarello sui vetri di un treno; in un'altra aveva minacciato pesantemente l'amministratore del suo condominio per motivi sostanzialmente futili. La Corte ha ritenuto sussistere il requisito dell'interesse pubblico della notizia e ha assolto gli imputati dall'accusa di diffamazione. V. analogamente a questi fini trib. civ. Napoli, 19 maggio 1989, Maradona contro Rusconi, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1990, p. 520.

(⁷⁷) *Cfr.* punto 65.