

---

# *La disciplina delle intercettazioni*

---

Tra presupposti di  
legittimità, divieti d'uso e  
distruzione

---

*Laboratorio didattico di procedura  
penale. Canale A-L*

Autori:

Abiakam Chukwuemeka

Battistoni Chiara

Calabrese Vincenzo

Caravella Raffaele

Giuliano Daniel

Lucantoni Giovanni

Docente:

Prof. Gaito Alfredo

Tutor:

Faberi Antonio

a.a. 2012/2013

---



# Indice

## - I N D I C E -

	<i>pag.</i>
<b>CAPITOLO I – PROFILI GENERALI.....</b>	<b>5</b>
1. <i>Nozione giuridica di intercettazione.....</i>	<i>5</i>
2. <i>Limiti di ammissibilità.....</i>	<i>8</i>
3. <i>Finalità della normativa sulle intercettazioni.....</i>	<i>11</i>
4. <i>Presupposti e forme del provvedimento.....</i>	<i>11</i>
5. <i>Contraddittorio, stralcio e trascrizione.....</i>	<i>12</i>
 <b>CAPITOLO II – REGIME SANZIONATORIO.....</b>	 <b>14</b>
1. <i>I divieti di utilizzo dei risultati delle intercettazioni: tra illegittimità e altre patologie.....</i>	<i>14</i>
2. <i>Pluralità di procedimenti per la distruzione delle intercettazioni.....</i>	<i>18</i>
3. <i>Ulteriori ipotesi di distruzione previste dalla legge: garanzie a confronto.....</i>	<i>22</i>
 <b>CAPITOLO III – INTERCETTAZIONI E POTERI DELLO STATO.....</b>	 <b>24</b>
<b>1. Quadro introduttivo.....</b>	<b>24</b>
1.1. <i>Distruzione delle intercettazioni e bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti.....</i>	<i>24</i>
1.2. <i>Le intercettazioni dirette, indirette e casuali.....</i>	<i>25</i>
 <b>2. Riferimenti normativi.....</b>	 <b>26</b>
2.1. <i>La disciplina delle intercettazioni telefoniche delle conversazioni di un membro del Parlamento.....</i>	<i>26</i>
2.2. <i>La disciplina delle intercettazioni telefoniche delle conversazioni del Presidente della Repubblica..</i>	<i>26</i>

## Indice

<b>3. Analisi di casi concreti e prospettive.....</b>	<b>27</b>
3.1. <i>Le intercettazioni casuali delle conversazioni di un membro del Parlamento.....</i>	27
3.2. <i>Le intercettazioni casuali delle conversazioni del capo dello Stato: l'affaire Napolitano.....</i>	30
3.3. <i>Questioni problematiche.....</i>	38
3.4. <i>Prospettive de iure condendo.....</i>	43
<b>CAPITOLO IV – PROFILI COMPARATIVI.....</b>	<b>48</b>
<b>1. Profilo comparatistico europeo.....</b>	<b>48</b>
1.1. <i>Quadro normativo dei principali paesi europei.....</i>	48
1.2. <i>Analisi critica della giurisprudenza spagnola.....</i>	52
1.3. <i>Le intercettazioni di comunicazioni con l'estero.....</i>	53
<b>2. Cenni alla disciplina normativa ed alla giurisprudenza statunitense.....</b>	<b>55</b>
2.1. <i>La disciplina generale delle intercettazioni negli Stati Uniti.....</i>	55
2.2. <i>Il regime dell'inutilizzabilità quale particolare modo di atteggiarsi della exclusionary rule.....</i>	56
2.3. <i>Lo scandalo “Watergate”.....</i>	59
Bibliografia.....	61
Indice per autori.....	64

*Quando gli elefanti combattono,  
è sempre l'erba a rimanere schiacciata  
(proverbio africano)*

## Capitolo I

# Profili generali

SOMMARIO: 1. Nozione giuridica di intercettazioni. – 2. Limiti di ammissibilità. – 3. Finalità della normativa sulle intercettazioni. – 4. Presupposti e forme del provvedimento. – 5. Contraddittorio, stralcio e trascrizione.

### 1. *Nozione giuridica di intercettazione*

Il sistema giuridico italiano, attualmente, non fornisce una precisa definizione dell'istituto delle intercettazioni e, a seguito della l. 23 dicembre 1993, n. 547, introduttiva degli artt. 617-*bis*, 617-*ter*, 617-*quater* e 617-*quinquies* c.p., sono sorte ulteriori perplessità interpretative, poiché, tale espressione, viene adottata per definire, promiscuamente, non soltanto attività tipicamente investigative, ma anche di diritto penale sostanziale. Vani risulterebbero, inoltre, i tentativi di chi si calasse in una ricerca giurisprudenziale volta alla soluzione dei problemi definitivi, in quanto scarsa è l'attenzione del giudice di legittimità, il quale ha preferito il ricorso ad un'accezione atecnica o ad un significato mutuato dal diritto processuale: da qui, la difficile ricostruzione dei possibili parallelismi tra l'istituto dei due diversi codici.<sup>1</sup> A ciò deve aggiungersi un costante dinamismo evolutivo che obbliga, da un lato il legislatore e dall'altro la giurisprudenza, ad integrare il quadro normativo ed il diritto vivente al progresso scientifico.

Tuttavia, la dottrina ha tentato di individuare una struttura minima dello strumento investigativo, ricorrendo ad una definizione di intercettazione processuale quale mezzo di ricerca della prova consistente nell'apprensione occulta e contestuale del contenuto di una conversazione o comunicazione tra soggetti, anche nella forma di flusso comunicativo informatico o telematico, come previsto dall'art. 266-*bis* del codice di rito,<sup>2</sup> mediante modalità oggettivamente idonee allo scopo, con intromissioni clandestine che superano il normale livello di percettibilità umana, operate da soggetti terzi, con apparecchiature in grado di

---

<sup>1</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, vol. I, Cedam, Padova, 1995, p. 520 s.; C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 4 s.; E. GIANNANTONIO, *L'oggetto giuridico dei reati informatici. Relazione al seminario «I reati informatici» (Corte di Cassazione, 15 e 16 dicembre 2000)*, in Cass. pen., 2001, 2244 s.

<sup>2</sup> C. PARODI, *La disciplina delle intercettazioni telematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 889; C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., 6.

fissarne l'evento<sup>3</sup> e tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del carattere riservato dell'atto dialogico.<sup>4</sup>

Con riferimento all'oggetto rilevato, l'art. 266 c.p.p. individua, *in primis*, una forma di captazioni di conversazioni tra presenti: trattasi di quelle intercettazioni comunemente denominate ambientali, caratterizzate dallo stato di totale ignoranza degli intercettati e subordinate entro limiti più ristretti di ammissibilità.<sup>5</sup> Il comma successivo e finale, estende la disciplina del primo, alle intercettazioni di comunicazioni tra assenti, apprendibili via telefono, fax, telegrafo etc., nonché attraverso “*altre forme di telecomunicazione*”,<sup>6</sup> locuzione, quest'ultima, contenente le premesse per la naturale applicazione della disciplina a quelle attività di captazione di comunicazioni o conversazioni informatiche o telematiche, disciplinate dall'art. 268, 3° co., c.p.p.. In passato l'art. 226-*bis*, cod. 1930, investiva il solo segnale acustico trasmesso via filo (telefono o telegrafo), oggi l'ipotesi delle telecomunicazioni estende la portata dell'attuale art. 266 c.p.p. a messaggi diffusi su canali riservati convenzionalmente ai comunicati: filo oppure onde guidate (di cui sono conduttori i cavi coassiali, le linee bifilari, tubi, antenne selettive dirette e fibre ottiche trasmesse da laser),<sup>7</sup> non esistente la tutela del veicolo semiotico nello spazio libero, né tanto più costituisce intercettazione *stricto sensu* la registrazione effettuata da uno dei comunicanti.<sup>8</sup> La prassi, inoltre, sembra estendere il concetto di comunicazione, fino a ricomprendere l'ipotesi di intercettazioni “epistolari”, come forme atipiche di captazione, non essendo, la tutela costituzionale alla libertà ed alla segretezza della corrispondenza *ex art. 15*, direttamente disciplinata dagli artt. 266 ss. c.p.p..<sup>9</sup> In particolare, il problema si è posto in relazione alla sottoposizione a controllo del contenuto epistolare in sede di regime carcerario: in tal caso, una recente pronuncia della Consulta,<sup>10</sup> ha ritenuto che “la disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, di cui agli artt. 266 ss. c.p.p. non è applicabile alla corrispondenza”, in quanto, devono, *in primis*, poter trovare attuazione le forme del sequestro di corrispondenza *ex artt. 254 e 353 c.p.p.* e, trattandosi di corrispondenza di detenuti, anche dell'art. 18-*ter* ord. giudiz.. L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, tutela il diritto di ogni persona al rispetto della vita privata, familiare, del domicilio e della corrispondenza, contro ogni interferenza esterna, salvo talune circostanze (quali esigenze di sicurezza nazionale, ordine pubblico, benessere economico del paese, prevenzione dei reati, protezione della salute o

<sup>3</sup> A. BARGI, voce «*intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*», in *Dig. Pen. Aggiornamento*, vol. I, UTET, 2005, 791.

<sup>4</sup> Cass., Sez. Un., 24 settembre 2003, n. 36747, in *CED Cass.*, n. 225466.

<sup>5</sup> Cfr. *Infra*, cap. I, par. 2.

<sup>6</sup> Espressione testuale dell'art. 266, 1° co., c.p.p.

<sup>7</sup> Cass. Pen., II, 3 luglio 1978, n. 12765, in *CED Cass.*, n. 246895.

<sup>8</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, 843 ss.

<sup>9</sup> Cass. Pen., II, 13 giugno 2006, n. 20228, C. S., in *CED Cass.*, n. 234651.

<sup>10</sup> Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 28997, Pasqua, in *www.penalecontemporaneo.it*.

della morale, o protezione dei diritti e delle libertà altrui<sup>11</sup>). La Corte europea ritiene che, nella disposizione, rientri qualunque forma di limitazione alla vita privata, a prescindere dalle modalità esecutive impiegate.<sup>12</sup> Da quanto emerge dalla normativa convenzionale, la dottrina è del parere che gli Stati non siano liberi di porre tali limitazioni in assoluta libertà, perché subordinati ad una valutazione qualitativa, tenendo conto da un lato, del mezzo captativo meno invasivo, e dall'altro, di esigenze di ordine pubblico.<sup>13</sup> Della stessa opinione è la Corte europea, la quale ritiene che i limiti di ammissibilità delle ingerenze statuali debbano essere valutati, sia sul piano della "proporzionalità" del motivo edotto al fine di non straripare dagli argini della necessità,<sup>14</sup> sia sul piano di un "controllo effettivo", così da ridurre i rischi di un'azione segreta dello Stato sul cittadino.<sup>15</sup>

Non è invece oggetto di captazione rilevante ai sensi dell'art. 266 ss. c.p.p. i rilievi ottenuti mediante "*global position system*" (g.p.s.). La giurisprudenza di legittimità ritiene il pedinamento satellitare tramite g.p.s., mezzo atipico di ricerca della prova, pertanto non necessita di alcuna autorizzazione preventiva da parte del giudice delle indagini preliminari.<sup>16</sup> Esso soggiace alla disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. in tema di prove non disciplinate dalla legge, salvo la parte in cui prevede che il giudice, ai fini dell'ammissione della prova, debba sentire le parti: è naturale che l'efficacia investigativa della tracciatura geosatellitare sia completamente subordinata all'inconsapevolezza del pedinato di essere tale, pertanto è da escludersi una qualsiasi forma di contraddittorio anticipato, pur volto a finalità garantistiche, per incompatibilità con il mezzo investigativo.

I tabulati telefonici sono acquisibili sostanzialmente sulla base di una semplice autorizzazione del pubblico ministero.<sup>17</sup> Di tale opinione è la Suprema Corte, la quale sostiene che, per l'acquisizione di dati esterni relativi al traffico telefonico (riguardanti gli interlocutori, il tempo, il luogo, il volume e la durata, ed archiviati dalla società di gestione del servizio di telefonia), considerata la circoscritta invasività dell'atto e sulla base di una lettura coordinata degli artt. 256 c.p.p. e 15 Cost., è sufficiente il decreto del p.m.<sup>18</sup> con cui si dia conto delle ragioni che fanno prevalere l'interesse investigativo sul diritto alla riservatezza. In mancanza di tale decreto motivato, è sempre rilevabile, anche d'ufficio, l'inutilizzabilità dei risultati ottenuti, in ogni stato e grado del procedimento.<sup>19</sup> In passato, una discutibile interpretazione giurisprudenziale delle Sezioni Unite,<sup>20</sup> condizionava l'acquisizione dei tabulati alle garanzie dettate in tema di intercettazioni

<sup>11</sup> Art. 8, co. 2, C.E.D.U.

<sup>12</sup> Corte eur. dir. uomo, 15 maggio 2000, *Khan c. Regno Unito*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>13</sup> S. FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in A. GAITO (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, UTET, Torino, 2006, 127.

<sup>14</sup> Corte eur. dir. uomo, 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>15</sup> Corte eur. dir. uomo, 29 marzo 2005, *Matheron c. Francia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>16</sup> Cass. Pen., V, 2 maggio 2002, n. 16130, Bresciani ed altri, in *Foro It.*, 2002, II, 635.

<sup>17</sup> d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, convertito in l. 26 febbraio 2004, n. 45.

<sup>18</sup> In ossequio all'art. 15 Cost., può ritenersi sufficiente il provvedimento motivato del p.m., visto il generico richiamo alla cd. "*autorità giudiziaria*".

<sup>19</sup> Cass., Sez. Un., 30 giugno 2000, n. 16, Tammaro, in *Guida Dir.*, 2000, 31, 76.

<sup>20</sup> Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 21, Gallieri, in *CED Cass.*, n. 211196.



telefoniche, con la conseguenza dell'inutilizzabilità dei tabulati *ex art. 271 c.p.p.*, laddove raccolti in violazione dell'art. 267 c.p.p. Decisione questa aspramente criticata dalla dottrina, che ha condotto la Suprema Corte, dopo poco tempo, a riesprimersi sul caso: questa volta,<sup>21</sup> dottrina e giurisprudenza convergono sulla circostanza che i tabulati, a differenza delle intercettazioni, non pregiudicano la segretezza del contenuto delle comunicazioni, piuttosto limitano il loro effetto probatorio ad una ricostruzione del fatto storico. Anche la Corte costituzionale si è espressa sulla questione, asserendo che, i dati esterni non possano costituire oggetto di intercettazione *stricto sensu*, sottostando alla disciplina prevista dall'art. 256 del codice di rito, la quale impone la consegna spontanea e il successivo sequestro dei documenti nella disponibilità dei responsabili degli enti gestori del servizio di telecomunicazioni a seguito dell'ordine di esibizione predisposto dall'autorità giudiziaria.<sup>22</sup>

## 2. Limiti di ammissibilità

Ai fini di una chiara esposizione dell'argomento è possibile distinguere due tipologie di limiti di ammissibilità delle intercettazioni: l'uno di tipo oggettivo, l'altro di stampo soggettivo.

Rientrano nella prima categoria, l'elenco dei reati ammessi all'intervento captativo enucleato dall'art. 266, 1° co., c.p.p., che segue un criterio prevalentemente quantitativo (delitti non colposi puniti con l'ergastolo o con la pena della reclusione – determinata ai sensi dell'art. 4 c.p.p. – superiore nel massimo a cinque anni e delitti contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione nel massimo non inferiore a cinque anni), integrato da uno qualitativo, secondo cui, con riguardo ai specifici caratteri del reato, risulti particolarmente efficace l'intervento captatorio (delitti attinenti il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, armi e sostanze esplosive, delitti di contrabbando, distribuzione, divulgazione o pubblicazione, tramite qualsiasi mezzo, di materiale pedopornografico o di notizie o informazioni finalizzate all'adescamento di minori di anni diciotto). Per finire, vi rientrano anche altre ipotesi di reato quali ingiuria, minaccia, molestia o disturbo a mezzo del telefono, usura, abusiva attività finanziaria, abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato.

Con riguardo alla seconda categoria (limiti soggettivi), in osservanza alla disciplina dettata da leggi speciali, sono, invece, vietate le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni nei confronti del Presidente della Repubblica (art. 7, 1° co., l. 5 giugno 1989, n. 219), del parlamentare italiano (art. 68, 2° e 3° co., Cost.) ed europeo (artt. 1 e 2, l. 3 maggio 1966, n. 437; l. 6 aprile 1977, n. 150),

<sup>21</sup> Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 6, D'Amuri, in *CED Cass.*, n. 215841.

<sup>22</sup> Corte cost., sent. 11 marzo 1993, n. 81, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., ord. 17 luglio 1998, n. 281, *ivi*.

del giudice costituzionale (art. 3, 2° co., l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, modificata dall'art. 7 l. cost. 22 novembre 1967, n. 2) del Presidente del consiglio dei ministri e dei ministri, pur se cessati dalle cariche, per i reati ministeriali (art. 10, 1° co., l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1; art. 1, 4° co., l. 5 giugno 1989, n. 219), delle persone per le quali è necessaria l'autorizzazione a procedere, salvo se colte in flagranza di reato per cui è previsto l'arresto obbligatorio; dei difensori, degli investigatori privati autorizzati, dei consulenti tecnici e loro ausiliari (art. 103, 5° co., c.p.p.). In relazione alla figura del difensore, il divieto di intercettazioni si estende anche ad altri mandati oltre a quello del procedimento in ordine del quale è disposta la captazione.<sup>23</sup> In ogni caso l'art. 35, 5° co., sancisce il divieto espresso di intercettare i colloqui tra il difensore e l'imputato detenuto.

In appendice l'art. 266, 2° co., detta la disciplina dei requisiti di ammissibilità delle intercettazioni ambientali. Mentre la disciplina delle captazioni tra presenti, risulta assimilabile a quella prevista, in via generale, alle intercettazioni telefoniche (art. 266, 1° co., c.p.p.) o di comunicazioni informatiche ovvero telematiche (art. 266-bis c.p.p.), la regolamentazione delle intercettazioni ambientali ha una fisionomia ben distinta. Infatti, è necessaria la sussistenza di un "fondato motivo di ritenere che – nel domicilio o luogo ad esso assimilabile – si stia svolgendo l'attività criminosa".<sup>24</sup> Costituisce *ius receptum* giurisprudenziale il fatto che la nozione di domicilio prevista dall'art. 614 c.p. abbia una portata più ampia rispetto a quella sussumibile dall'art. 14 Cost.. Per domicilio, debbono intendersi, dunque, "tutti – quei – luoghi, siano o meno di dimora, in cui può aver luogo il conflitto di interessi che essa regola, [...] nei quali è temporaneamente garantita un'area di intimità e di riservatezza"<sup>25</sup> (*ius excludendi alios*), e che assolvono, attualmente e concretamente, la funzione di salvaguardare la vita privata. Ne consegue, a corollario di tale definizione, che qualunque intromissione nella privata dimora possa avvenire nel rispetto delle minime garanzie costituzionali contemplate dall'art. 14 Cost., ossia tramite l'emanazione, da parte dell'autorità giudiziaria, di un atto motivato, ed anche con provvedimento motivato del pubblico ministero, stante la generica formulazione dell'art. 14 Cost. L'atto autorizzativo dovrà necessariamente indicare gli scopi perseguiti nel caso di specie e "dimostrare l'esistenza di esigenze investigative ricollegabili al fine, costituzionalmente protetto, di prevenzione e repressione dei reati".<sup>26</sup> La definizione, pertanto si basa, *in toto*, sul binomio uomo-ambiente, e su questa scia, Francesco Carrara, rappresentava il domicilio come una proiezione spaziale della persona, per cui la libertà domiciliare si esplica nel "diritto inerente alla umana personalità che irraggia nell'ambiente destinato al di lei ricovero".<sup>27</sup> La giurisprudenza, col tempo, ha arricchito il novero dei luoghi assimilabili a privata

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un., 14 gennaio 1994, De Gasperini, in *Cass. Pen.*, 1994, 914.

<sup>24</sup> Citazione testuale dell'art. 266, 2° co., c.p.p.

<sup>25</sup> Cass. Pen., IV, 15 giugno 2000, Viskovic, n. 7063 in *Dir. pen. proc.*, 2001, I, 87; Cass. Pen., V, 3 dicembre 2001, Tarantino, in *CED Cass.*, n. 220261.

<sup>26</sup> Cass. Pen., IV, 15 giugno 2000, Viskovic, cit.

<sup>27</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. II, 4° ed., Tipografia di B. Canovetti, Lucca, 1879, 586.

dimora, includendo l'ufficio privato<sup>28</sup> e il bagno di un locale pubblico, in quanto “chi vi si reca non solo non rinuncia alla propria intimità e alla propria riservatezza, ma presuppone che gli vengano garantite, e sia pur temporaneamente, gli sia consentito opporsi all'ingresso di altre persone”<sup>29</sup>, seppure, qualche anno più tardi, la Suprema Corte, tornando sull'argomento, ha dichiarato utilizzabili le intercettazioni audiovisive effettuate dalle forze dell'ordine, prive dell'autorizzazione del Gip, all'interno del bagno di un locale pubblico, perché non assimilabile a luogo di privata dimora, mancando il requisito dell'apprezzabile durata, che, per quanto breve, deve essere tale da permettere il dispiegarsi dello svolgimento della vita privata.<sup>30</sup> Tale scelta fu aspramente criticata da una parte della dottrina,<sup>31</sup> che reputava inammissibili quelle intercettazioni ritenute invece utilizzabili, seppur prive della mancata autorizzazione dell'autorità giudiziaria, sulla scorta di un ragionamento per cui tali riprese visive violassero evidentemente il principio costituzionale alla libertà domiciliare, consacrato dall'art. 15 Cost.. Proseguendo con una breve rassegna giurisprudenziale, si esclude possano costituire luoghi paragonabili a privata dimora, l'abitacolo di un'autovettura, i luoghi aperti al pubblico per l'esercizio di attività commerciali e la camera di un ospedale pubblico in cui il degente non abbia la disponibilità esclusiva.<sup>32</sup> Per ultimo, ai fini dell'ammissibilità ed utilizzabilità delle intercettazioni tra presenti, è stato ritenuto dalla Consulta che la cella di un carcere non possa essere considerata luogo di privata dimora, mancando, ai detenuti, la disponibilità di quel fondamentale *ius excludendi alios*, spettante integralmente e unicamente alla sola amministrazione penitenziaria<sup>33</sup>, ferma restando, inoltre, la possibilità di intercettare comunicazioni telefoniche di detenuti o internati, ai sensi dell'art. 39 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230.

In definitiva, con riguardo al *dictum* del Giudice delle leggi, l'attività investigativa che si avvalga di videoriprese è conforme a costituzione, purché la videoregistrazione non abbia ad oggetto “comportamenti di tipo comunicativo”, rilevando, in caso contrario, un'illecita “intrusione di domicilio”, con conseguente inutilizzabilità dei risultati acquisiti, per vizio di illiceità del mezzo di ricerca della prova.<sup>34</sup> Ne consegue che, tale mezzo, risulti soggetto alla disciplina dell'art. 266, 2° co., 267 e 268 c.p.p., seppur distinto dalle intercettazioni *stricto sensu* ed inquadrabile tra i mezzi di prova documentali.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> Cass. Pen., VI, 29 settembre 2003, n. 49533, Giliberti, in *CED Cass.*, n. 227835.

<sup>29</sup> Cass. Pen., IV, 15 giugno 2000, Viskovic, cit.

<sup>30</sup> Cass. Pen., VI, 23 gennaio 2003, n. 3443, Mostra, in *CED Cass.*, n. 224743.

<sup>31</sup> L. FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale? Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 92.

<sup>32</sup> Nell'ordine: Cass. pen., VI, 15 gennaio 2009, n. 6875, P., e Cass. pen., I, 6 maggio 2008, n. 32851, S.; Cass. pen., VI, 9 luglio 2002, n. 30268, G.R., e Cass. pen., VI, 10 novembre 2011, n. 1707/12, T.; Cass. pen., I, 22 gennaio 1996, n. 1904, P.

<sup>33</sup> Cass. Pen., II, 19 febbraio 1998, n. 2103, Marras ed altri, in *CED Cass.*, n. 209929.

<sup>34</sup> Corte cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135, in *www.cortecostituzionale.it*, ribadita da Corte cost., sent. 20 luglio 2004, n. 251, *ivi*.

<sup>35</sup> A. BARGI, voce «intercettazioni di comunicazioni e conversazioni», cit., 796.

### 3. Finalità della normativa sulle intercettazioni

Da una disamina delle principali norme codicistiche in materia di intercettazioni è possibile desumere i seguenti obiettivi che il legislatore ha inteso raggiungere:

- a) rendere più rigoroso sia l'obbligo di vaglio dei presupposti che quello motivazionale nell'ambito dei provvedimenti del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari, sia con riferimento alle intercettazioni telefoniche che a quelle c.d. ambientali (art. 267c.p.p.);
- b) rendere più rigoroso il divieto di pubblicazione degli atti relativi alle intercettazioni, assicurandone un uso esclusivamente endoprocessuale e restringendo la conservazione delle comunicazioni intercettate non utili ai fini processuale (art. 269 c.p.p.);
- c) rendere consapevole l'interessato dell'avvenuta intercettazione nei suoi confronti e, anche laddove l'indagine preliminare non fosse ancora conclusa, della facoltà di esaminare gli atti ovvero prendere cognizione dei flussi di comunicazione e informatici (art. 268, 6° co., c.p.p.), al fine di non ledere quel principio di diritto alla difesa garantito costituzionalmente nei tempi del giusto processo (art. 24, 2° co., e art. 11, 1° co., Cost.);
- d) rendere più trasparente l'azione investigativa, garantendo un uso delle informazioni ottenute attraverso le intercettazioni che sia limitato esclusivamente alle conversazioni rilevanti ai fini del procedimento (art. 271, 1° e 2° co., c.p.p.).

Suddetti obiettivi si concentrano più sul problema della *privacy* che su quello delle garanzie. Non che non tocchino queste ultime, ma l'attenzione dedicatagli è palesemente inferiore rispetto alla quantità di nuove regole a presidio della riservatezza delle comunicazioni irrilevanti.

### 4. Presupposti e forme del provvedimento

Un vero *punctum dolens* della materia è costituito, *in primis*, dall'*an* e dal *quantum* di motivazione necessaria a sostegno dell'autorizzazione a disporre le operazioni previste per le captazioni e, *in secundis*, dalla valutazione successiva sulla legittimità dei provvedimenti autorizzativi e quindi sull'utilizzabilità delle intercettazioni disposte in base a questi ultimi.

L'art. 267 c.p.p. richiede che il decreto autorizzativo sia adottato dal g.i.p., ovvero, nei casi d'urgenza, dal pubblico ministero che lo sottopone entro 24 ore al

g.i.p. affinché quest'ultimo possa convalidarlo nelle 48 ore successive, pena l'inutilizzabilità dei risultati.

La norma però parla genericamente di “decreto motivato”.<sup>36</sup> In argomento si sono registrate le più ampie oscillazioni giurisprudenziali. Inizialmente, alcune pronunce avevano persino ammesso la possibilità di motivazioni assolutamente apparenti o addirittura avevano avallato il fenomeno mediante il disinvolto ricorso al rimedio della motivazione *per relationem*.<sup>37</sup> Successivamente la Suprema Corte di Cassazione a sezioni unite ha superato la questione nel senso di escludere la possibilità di “sanare” la mancanza di un atto motivato che la legge, costituzionale e ordinaria, pone a garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo.<sup>38</sup>

Oltretutto, la mancanza di motivazione integra di per sé l'ipotesi di inutilizzabilità del decreto di urgenza, ai sensi dell'art. 271 c.p.p., e il nostro ordinamento non conosce la sanatoria degli atti geneticamente inutilizzabili, ma – ai sensi degli artt. 183 e 184 c.p.p. – solo la sanatoria di atti nulli.

#### 4. *Contraddittorio, stralcio e trascrizione*

Ai difensori viene dato avviso del deposito dei verbali e registrazioni, *ex art.* 268, 4° co. c.p.p., e della possibilità di esaminare gli atti, ascoltare le registrazioni e prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 268, 6° co., c.p.p.). In tal modo si concretizza il principio del contraddittorio prescritto dall'art. 111, 4° co., Cost.

Oggi, di norma, il difensore ha la possibilità di conoscere per esteso il contenuto delle conversazioni e comunicazioni intercettate ma, perché ciò si consolidasse come prassi, è stato necessario l'intervento della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate.

In passato, l'espressa previsione della facoltà di estrarre copia dei dialoghi intercettati oggetto di perizia e l'assenza di un'altrettanto esplicita indicazione in tal senso a seguito del deposito di tutte le intercettazioni è stata interpretata come facoltà di ascolto ma non di trasposizione. Si è poi sostenuto che, ai fini della *privacy*, ciò che si ha diritto di prendere in cognizione, a seguito del deposito, non

---

<sup>36</sup> Per approfondimenti, cfr. A. GAITO, *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazioni telefonica non motivati*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 929.

<sup>37</sup> A. BARGI, S. FURFARO, *La prova per intercettazioni fra diritto interno e diritto sovranazionale*, in A. GAITO (a cura di), *Riservatezza e intercettazione fra norma e prassi*, Aracne, Roma, 2001, 91.

<sup>38</sup> Cass., Sez. Un., 29 novembre 2005, Campennì, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 330.

può essere ottenuto in copia.<sup>39</sup> La sentenza della Corte ha confermato le garanzie costituzionali del diritto di difesa (art. 24, 2° co., Cost.) e il principio di parità delle parti nel giusto processo (art. 111, 2° co., Cost.): quindi i difensori hanno diritto ad accedere alle registrazioni, ottenendone la trasposizione su supporto magnetico, a prescindere e prima ancora del deposito di cui all'art. 268, 4° co., c.p.p., laddove sia stata emessa l'ordinanza cautelare.

Il problema si presenta, dunque, sotto un duplice profilo: quello dello stralcio delle intercettazioni inutilizzabili o manifestamente irrilevanti e l'altro della trascrizione integrale di quelle ritenute invece rilevanti ai fini processuali.

Per quanto concerne lo stralcio, la normativa attuale, al sesto comma dell'art. 268 c.p.p., prevede che il giudice acquisisca le conversazioni ovvero i flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicate dalle parti che non appaiano manifestamente irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio, appunto, delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. A tali operazioni hanno diritto di partecipare il pubblico ministero e i difensori, che sono avvisati almeno ventiquattrore prima.

Orbene, la disciplina dell'art. 268 c.p.p. è stata voluta proprio per rimuovere la diffusa prassi, consolidatasi in passato, di non eseguire lo stralcio nella fase delle indagini preliminari, prevedendo espressamente la fissazione, da parte del giudice, di un'udienza in camera di consiglio finalizzata unicamente all'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni telematiche o informatiche.

La trascrizione integrale o la stampa in forma intelligibile delle informazioni contenute nei flussi comunicativi informatici o telematici è un atto disposto dal giudice. Infatti la prescrizione che l'acquisizione della prova avvenga con le forme della perizia indica la trascrizione come modalità essenziale di formazione della relativa prova destinata al fascicolo del dibattimento, quale unico veicolo processuale idoneo a provare il contenuto delle intercettazioni.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Cass. Pen., I, 5 dicembre 1994, n. 1344, in *MUff.*, 200240.

<sup>40</sup> A. GAITO (diretto da), *La prova penale, Trattato*, vol. III, UTET, Torino 2008, 154.

## Capitolo II

# Regime sanzionatorio

SOMMARIO: 1. I divieti di utilizzo dei risultati delle intercettazioni: tra illegittimità e altre patologie – 2. Pluralità di procedimenti per la distruzione delle intercettazioni. – 3. Ulteriori ipotesi di distruzione previste dalla legge: garanzie a confronto.

### *1. I divieti di utilizzo dei risultati delle intercettazioni: tra illegittimità e altre patologie*

A partire dal novembre 2006, in molti si sono domandati se alcuni interventi riformatori della materia delle intercettazioni costituissero mere “questioni topomastiche e nomenclatorie”<sup>41</sup>, oppure celassero un *quid pluris* da rinvenire a seguito di un’accorta analisi sistemica. L’art. 1 della l. 20 novembre 2006, n. 281, di conversione del d.l. 22 settembre 2006, n. 259, reca «disposizioni [...] per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche», che, a detta di molti, al contrario di quanto postuli, sembrerebbe gettare un’ombra su una materia già di per sé complessa. La suddetta norma modifica la rubrica dell’art. 240 c.p.p., inserendo la voce “intercettazioni illegali”, oltre all’aggiunta di ulteriori cinque commi, che disciplinano il rito di secretazione e successiva distruzione del contenuto di atti captativi illegalmente acquisiti. In passato, il termine “illegale” non ricorre mai come attributo qualificante la prova (ovvero il mezzo di ricerca della prova): al più, in sede interpretativa, si è ricorsi alla distinzione categoriale tra “illegittimità” ovvero “illiceità”, mentre, il *genus* “illegalità” risulta «pressoché assente e comunque privo di un significato specifico»<sup>42</sup>. Sorge, così, il dubbio se il regime dell’art. 240 c.p.p. si applichi ad ogni intercettazione carpitata *contra legem*, siano esse private-illecite, nonché processuali-illegittime.

La novella normativa viene introdotta a seguito delle scoperte della procura di Milano su una fitta rete di spionaggio a danno di migliaia di cittadini italiani (tra cui molti volti), da parte di una società investigativa fiorentina, che, a detta degli inquirenti, riceveva incarichi da parte dei responsabili dei servizi di sicurezza della Telecom, col precipuo scopo di rigirare agli stessi vertici Telecom, un resoconto completo di informazioni acquisite in evidente difformità alla legge vigente. Ne è emersa una sistematica attività di dossieraggio, schedatura e raccolta

---

<sup>41</sup> A. GAITO (a cura di), *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, Aracne, Roma, 2011, 188 ss.

<sup>42</sup> C. CONTI, *Le intercettazioni "illegali": lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 159.

abusiva di dati, ma senza neppure l'ombra di un'intercettazione. Ventuno gli arresti a seguito dell'indagine, in data 20 settembre 2006. Due giorni dopo viene approvato il d.l. 22 settembre 2006, n. 259, col preciso scopo di scongiurare possibili fughe di notizie del materiale sequestrato.

Prima dell'avvento della novella normativa del 2006 sul riordino della materia delle intercettazioni, la dottrina era solita distinguere soltanto due categorie di intercettazioni: illegittimità e illiceità.

Sono illegittime (o legittime) quelle intercettazioni difformi (o conformi) al modello normativo risultante dalle norme processuali. L'illegittimità è, dunque, un'ingiustificata distanza dal modello processuale che vizia la condotta apprensiva nel suo sostrato più esterno, implicando l'inutilizzabilità probatoria del mezzo di ricerca della verità processuale. Tuttavia, ciò non vuol dire che ogni vizio procedurale conduca, *ex se*, all'inutilizzabilità delle risultanze frutto di un'attività captativa irregolare: solo laddove vengano sacrificate disposizioni inderogabili (*ergo* tassative) di rito, allora può dirsi invalido quello specifico mezzo di ricerca della prova. Ne consegue che la patologia dell'illegittimità si manifesta ogniqualvolta che vengano disattese le norme agli artt. 266, 267, 268, 1° e 3° co., 103, 5° co., c.p.p., art. 35 disp. att. (divieto di intercettazione dei colloqui telefonici tra l'imputato detenuto e il proprio difensore), art. 120 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309<sup>43</sup> (che estende le garanzie del difensore *ex art.* 103 c.p.p. agli operatori del servizio pubblico per le tossicodipendenze e alle strutture private autorizzate dell'art. 116 del medesimo provvedimento), art. 200, 1° co., c.p.p. (inutilizzabilità delle intercettazioni di depositari di segreti professionali, salvo i fatti vengano appresi nel corso di una deposizione o divulgati, ovvero abbiano l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria, *ex artt.* 331 e 334 c.p.p.) nonché le norme riguardanti alcuni soggetti tutelati in ragione del ruolo ricoperto<sup>44</sup>.

Illecita (ovvero lecita) è invece quella condotta «conforme – o difforme – a fattispecie di natura sostanziale il cui perfezionarsi determina conseguenze di carattere sanzionatorio».<sup>45</sup> Significativo è l'esempio di chi accosta la illiceità ad un modello da evitare e misura la legittimità alla stregua di un archetipo da seguire.<sup>46</sup> L'illiceità si sostanzializza nella difformità della condotta captativa agli espliciti divieti di interferenze nella vita privata, sanciti dagli artt. 615-*bis*, 617 e 617-*quater* c.p. Costituisce, di fatto, la forma patologica più grave dell'intercettazione, in quanto alla sanzione processuale dell'inutilizzabilità (*ex art.* 271 c.p.p.) si affianca la pena detentiva della reclusione. Ciononostante, secondo alcuni, sarebbe errato sottoporre le intercettazioni private (effettuate al di fuori di un'indagine penale e da soggetti diversi dalla polizia giudiziaria e dal

<sup>43</sup> Così come modificato da l.21 febbraio 2006, n. 49.

<sup>44</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.

<sup>45</sup> Così F. CAPRIOLI, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti: atti del Convegno, Milano, 5-7 ottobre 2007*, Giuffrè, Milano, 2009, 137.

<sup>46</sup> Così, il pensiero di G. CONSO, come riportato da F. CAPRIOLI, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in AA.VV., *Le intercettazioni*, cit., 137.



pubblico ministero) al solo vaglio di liceità, escludendo aprioristicamente una valutazione in termini di legittimità/illegittimità, poiché tali intercettazioni private acquisite come prova documentale nel processo, debbono comunque essere sottoposte ad un esame di utilizzabilità, trasponibile in termini di legittimità/illegittimità, con la naturale conseguenza che, una regola di esclusione probatoria di matrice processuale, quale l'art. 271 c.p.p., comporterebbe l'applicazione del regime di inefficacia/illegittimità su un'intercettazione extraprocessuale.<sup>47</sup>

Tuttavia, nessuna ricostruzione esegetica, per quanto chiara o verosimile che sia, è esente da critiche. Tenuto conto del carattere meramente endoprocessuale delle intercettazioni *ex art. 266 ss.*, alcuni sostengono che non dovrebbero definirsi tali le cd. intercettazioni private, ricavabili da una lettura in negativo dell'art. 271 c.p.p., poiché deprecabile è il tentativo di accomunare nella medesima sorte (ossia l'inefficacia probatoria), atti frutto di vicende processuali e condotte estranee al processo penale, col rischio, in quest'ottica, di configurare l'art. 271 c.p.p. come una norma processuale in bianco, destinata a riscattare il suo contenuto precettivo, spaziando tra la propria dimensione processuale e quella sostanziale.<sup>48</sup> Tuttavia una lettura tradizionale dell'art. 271 c.p.p. risulta pur sempre plausibile poiché, da un lato, dona unità ad una disciplina delle intercettazioni spaccata tra forma e sostanza, dall'altro, consente di evitare vicende preordinate ad aggirare i limiti di ricorso allo strumento delle intercettazioni, come quella delle intercettazioni legittimamente apprese dalla parte civile nei casi in cui non sarebbero consentite al pubblico ministero.<sup>49</sup>

In uno scenario come questo, irrompe il novellato art. 240 c.p.p., destando forti dubbi e perplessità. D'altronde, il tentativo di tracciare i limiti della probabile terza categoria dell'illegalità, non è un mero esercizio di stile. Come segnalato dagli autori più accorti, le previsioni generali di inutilizzabilità/illegittimità, «operano nel solo momento decisorio, risolvendosi in una inibitoria rivolta al giudice», mentre la più recente disciplina sull'epurazione dei risultati raccolti tramite intercettazioni illegali, rileva a monte, sin dalla fase investigativa.<sup>50</sup>

Partendo dalla premessa che la (presunta) categoria dell'illegalità postuli un'acquisizione di dati *contra legem*, essa, finirebbe con l'attrarre a sé le ipotesi di illiceità e illegittimità, con il corollario di una loro degradazione a *species* del più ampio *genus* dell'illegalità e con risultati quantomeno discutibili.<sup>51</sup> Di converso,

<sup>47</sup> F. CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 155.

<sup>48</sup> V. GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in AA.VV., *Le intercettazioni*, cit., 23 ss.

<sup>49</sup> F. CAPRIOLI, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in AA.VV., *Le intercettazioni*, cit., 139 ss.

<sup>50</sup> A. GAITO (a cura di), *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, Aracne, Roma, 2011, 256.

<sup>51</sup> G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali*, in A. GAITO (a cura di), *Riservatezza*, cit., 191.

dalla relazione governativa al d.l. 22 settembre 2006, n. 259,<sup>52</sup> sembrerebbe che il legislatore abbia riportato nel testo l'attributo "illegali", ma intendesse intercettazioni illecite, a seguito di un "errore percettivo" in sede di redazione della norma,<sup>53</sup> in quanto non solo i compilatori precisavano che «per illecita intercettazione o illecita acquisizione di dati si devono intendere quelle effettuate senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria»,<sup>54</sup> ma lo stesso art. 240, 6° co., c.p.p. ne è la conferma, laddove prevede che per la compilazione del verbale delle operazioni di distruzione si debba dare atto «dell'avvenuta intercettazione e detenzione o acquisizione illecita dei documenti».<sup>55</sup> Così, da un lato, l'automatica inutilizzabilità delle risultanze relative al dossieraggio abusivo, segna l'apprezzabile superamento della tesi dottrinale dell'utilizzabilità, ai fini probatori, delle prove cd. incostituzionali,<sup>56</sup> d'altro canto, suscita perplessità l'intenzione del legislatore di aver sancito una forma di inutilizzabilità anticipata, *pro reo e in bonam partem*, in quanto l'indagato non è in potere di promuovere istanza di conservazione della documentazione illegale, sebbene costituisca, per lui, prova liberatoria, con il risultato che, sotto tale profilo, la scelta legislativa sembrerebbe comportare una menomazione del diritto di acquisizione di elementi probatori a danno del soggetto verso cui si procede (e non un *favor* nei confronti dell'indagato).<sup>57</sup> A ciò si aggiunga l'apprezzabile contributo del G.i.p. Gennari del tribunale di Milano, il quale ritiene la procedura *ex art. 240 c.p.p.* un vero e proprio procedimento di distruzione preventivo, ed al contempo, definitivo, della prova, con «un irragionevole bilanciamento tra diritti di difesa dell'indagato, diritti delle parti offese e potestà punitiva del pubblico ministero, avendo il legislatore preferito privilegiare le ragioni della riservatezza, con totale sacrificio di altri valori di rilievo costituzionale».<sup>58</sup> Parte della dottrina,<sup>59</sup> ritiene che l'ordinanza, celasse in sé, il fine ultimo di ottenere una conservazione delle risultanze delle captazioni illegali, aumentando, di riflesso, il rischio di divulgazione. Sulla questione, si è espressa la Corte Costituzionale,<sup>60</sup> dalla quale sembrerebbe emergere una posizione mediana, compensativa delle esigenze in giuoco: rafforzando il contenuto del verbale di distruzione, rispetto al corpo del reato, il risultato sarebbe quello di costruire una prova surrogatoria al corpo del reato, distrutto per salvaguardare insopprimibili esigenze extraprocessuali. Tuttavia, il rischio più grande è quello che il procedimento incidentale destini, a

<sup>52</sup> Relazione governativa al d.l. 22 settembre 2006, n. 259, recante «Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche», in Guida Dir., 2006, 39, 21.

<sup>53</sup> L. FILIPPI, *Distruzioni dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia"*, in Dir. pen. proc., 2007, p. 153

<sup>54</sup> Così, testualmente, Relazione governativa al d.l. 22 settembre 2006, n. 259, cit.

<sup>55</sup> Così, testualmente, art. 240, 6° co., c.p.p.

<sup>56</sup> Sul punto, A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale: tra garanzie e prospettive di riforma*, CEDAM, Milano, 2011, 149.

<sup>57</sup> Sul punto L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., p. 154; G. RANALDI, *Il procedimento*, cit., 193 ss.

<sup>58</sup> G.i.p. Trib. Milano, ord. 30 marzo 2007, XY, in Guida Dir., 2007, 22, 58.

<sup>59</sup> A. GAITO (a cura di), *Riservatezza*, cit., 259.

<sup>60</sup> Corte Cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

quello principale, un verbale dal «contenuto valutativo in merito alla illiceità della condotta, piuttosto che rappresentativo del corpo del reato distrutto: un'ombra di un sogno».<sup>61</sup>

A conclusione di un travagliato *excursus* sulle vicende che orbitano intorno all'illegalità, sembra opportuno segnalare una definizione di intercettazione illegale che si presenta tendenzialmente coerente alla nuova fattispecie di cui all'art. 240 c.p.p.. È illegale, dunque, quella condotta captativa avente ad oggetto «un'offesa di pericolo di tipo “seriale”, consistente nel rischio insito nella circolazione ed accumulo di notizie illecite, capace di produrre gravi alterazioni e distorsioni delle condizioni di vita sociale a prescindere dalla lesione alla riservatezza di singole persone».<sup>62</sup>

Infine, recenti *dicta* della Suprema Corte, stabiliscono che l'inutilizzabilità, *lato sensu*, delle risultanze delle intercettazioni accertate nel giudizio di cognizione, si riflette anche nel giudizio di riparazione per ingiusta detenzione<sup>63</sup> e in quello per l'applicazione delle misure preventive.<sup>64</sup>

## 2. Pluralità di procedimenti per la distruzione delle intercettazioni

Dalla lettura dell'art. 269 c.p.p. si ravvisano i tratti tipici del procedimento incidentale di distruzione delle intercettazioni. L'*iter* procedimentale avviene attraverso il richiamo alle forme di cui all'art. 127 c.p.p., cioè il procedimento in camera di consiglio. Le parti interessate, quando la documentazione non è necessaria ai fini processuali, possono chiedere al giudice la distruzione del materiale intercettato. In seguito il giudice procede all'espletamento delle disposizioni del rito camerale. L'atto iniziale del procedimento è il decreto di fissazione dell'udienza. Il giudice, a pena di nullità e dieci giorni prima della data predetta, ne fa dare avviso alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori. La partecipazione all'udienza non è obbligatoria; il contraddittorio è, pertanto, meramente facoltativo, in quanto il pubblico ministero, i difensori e gli altri destinatari dell'avviso sono sentiti solo se compaiono. Fino a cinque giorni prima dell'udienza gli interessati possono presentare memorie presso la cancelleria del giudice. Il giudice provvede con ordinanza comunicata o notificata alla parte, ai difensori e alle altre parti interessate. Avverso tale provvedimento le parti possono proporre ricorso per Cassazione. Salvo che il giudice non disponga diversamente, il ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza. L'eventuale distruzione delle

---

<sup>61</sup> Così, testualmente, C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento “claudicante”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 200.

<sup>62</sup> Così, testualmente, F. PALAZZO, *Tolleranza zero per le intercettazioni illecite?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1326.

<sup>63</sup> Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2008, n. 1153, Racco, in *CED Cass.*, n. 241667.

<sup>64</sup> Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 13426, Cagnazzo e altro, in *CED Cass.*, n. 246271.

intercettazioni viene eseguita sotto controllo del giudice. Dell'intero procedimento è redatto verbale (artt. 269, 3° co., e 127, 10° co., c.p.p.).

Diverso è il procedimento di distruzione dei documenti ed atti relativi ad intercettazioni illegali di cui all'art. 240 c.p.p.

La legge 20 novembre 2006, n. 281 di conversione del d.l. 22 settembre 2006, n. 259, ha introdotto un procedimento precisamente volto alla distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati di conversazione o comunicazione relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti ovvero formati attraverso la raccolta illegale di informazioni.<sup>65</sup>

L'istituto, finalizzato alla distruzione delle risultanze di captazioni «illegalmente acquisite» punta, da un lato, all'immediata distruzione al fine di prevenire il rischio di un'ingiustificata divulgazione a danno del soggetto «vittima» dell'intercettazione abusiva o dell'attività di dossieraggio, dall'altro, alla pronta secretazione e custodia in luogo protetto. L'operazione non è certo agevole per via dei diversi parametri costituzionali in giuoco: da una parte, la libertà e la segretezza delle comunicazioni e il diritto alla riservatezza; dall'altra, il diritto al contraddittorio, di difesa e dell'obbligatorietà dell'azione penale.<sup>66</sup>

Proprio la difficile conciliabilità fra gli stessi ha reso necessario l'intervento additivo del Giudice costituzionale.

L'attuale art. 240 c.p.p. postula «un modulo di intervento dell'autorità giudiziaria bifasico e a due stadi»:<sup>67</sup> esso prescrive che il p.m., nel caso in cui acquisisca documenti, supporti e atti «concernenti dati e contenuti di conversazioni relativi a traffico telefonico e telematico illegalmente formati o acquisiti» ovvero «documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni», debba chiederne entro quarantotto ore – dopo averne disposto l'immediata secretazione e custodia in luogo protetto – la distruzione al giudice per le indagini preliminari.<sup>68</sup>

Il g.i.p, attraverso un procedimento cadenzato ed improrogabile deve, entro le successive quarantotto ore dalla richiesta del p.m., fissare un'udienza camerale (ex art. 127 c.p.p.) da celebrare entro lo stringente termine di dieci giorni; all'esito della quale, dopo aver sentito le sole parti interessate comparse (debitamente avvisate), dovrà disporre la distruzione dei documenti qualora se ne riconosca l'illegale formazione. Nessuna deroga è prevista in ordine all'obbligo di distruggere, nemmeno nel caso in cui la suddetta documentazione costituisca

<sup>65</sup> R. BRICHETTI, *Fino a quattro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti*, in Guida dir., 2006, n. 47, 18; L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia"*, in Dir. pen. proc., 2007, 153.

<sup>66</sup> F. SIRACUSANO, *Raccolta illecita delle informazioni e procedimenti incidentali per la distruzione dei dati*, in M. MONTAGNA (a cura di), *La giustizia penale differenziata: gli accertamenti complementari*, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2011, 776.

<sup>67</sup> G. FRIGO, *Ridotti gli spazi di tutela penale*, in Guida dir., 2006, n. 47, 27.

<sup>68</sup> G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni*, in A. GAITO (a cura di), *Riservatezza*, cit., 191.

corpo del reato, ovvero provenga dall'imputato o sia rilevante ai fini del giudizio sulla personalità.

Conformemente a quanto disposto dall'art. 240, 5° co. c.p.p. spetta allo stesso giudice dare esecuzione all'operazione di distruzione in presenza delle parti. Nella redazione del verbale deve essere dato atto solo delle modalità e dei mezzi utilizzati, oltre che dei soggetti interessati, senza menzionare in alcun modo il contenuto dei documenti distrutti.

La legge di conversione<sup>69</sup> ha eliminato il divieto di utilizzare le intercettazioni illegali come notizia di reato e quindi la possibilità di avviare attività investigativa sulla base dei contenuti dei documenti formati attraverso la acquisizione illegale di informazioni. Viene così meno la distinzione tra le cd. intercettazioni illegali e quelle effettuate fuori dei casi previsti dalla legge o in assenza dei presupposti che ne legittimino l'effettuazione. La disciplina definitiva pertanto consentirebbe di far uso delle informazioni di specie quale spunto di indagini, conformandosi così alle indicazioni dell'art. 112 Cost., che consacra il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Altra opzione è la possibilità per gli organi inquirenti di poter adoperare lo stesso contenuto di quanto illegalmente raccolto come spunto per attivare ulteriori attività di indagine dirette alla ricerca di una nuova notizia di reato. Se ne deduce che l'unico uso processuale attualmente vietato del contenuto dei documenti è quello per fini diversi da quello investigativo: ossia l'utilizzazione di quanto desumibile da tali dossieri come fonte di prova o quantomeno di indizio.

La Consulta è intervenuta per modificare gli aspetti partecipativi della procedura incidentale. Ha dettato forme più consone agli scopi cui l'udienza ex art. 240 c.p.p. è destinata, prevedendo un meccanismo volto a rendere effettivo il contraddittorio per il verbale nella fase incidentale, anziché accontentarsi di un contraddittorio sul verbale, realizzabile solo ex post nel dibattimento.<sup>70</sup>

Il contraddittorio è efficace perché prevede la necessaria presenza e partecipazione – presenza che sembrerebbe obbligatoria – del pubblico ministero e dei difensori degli indagati nonché della persona offesa (ex art. 401, 1° e 2° co., c.p.p.). Ciò assicurerebbe al contempo sia il diritto di difesa dell'accusato, sia quello di azione della persona offesa: la possibilità di un effettivo confronto fra le parti renderebbe efficace l'esercizio della giurisdizione sulla scelta incidentale relativa alla distruzione. Risultato, questo, imprescindibile specie quando un'eventuale violazione dei diritti delle parti divenga irreparabile. D'altronde l'ordinanza con la quale si dispone la distruzione pur decidendo le sorti della prova, non potrà mai essere impugnata per farne dichiarare la presunta erroneità e l'eventuale ricorso per Cassazione mancherebbe di interesse, dato che la distruzione del materiale è già stata disposta. L'irreversibilità degli effetti impone l'esigenza di apprestare una tutela anticipata ad argine dei possibili pregiudizi

---

<sup>69</sup> Legge 20 novembre 2006, n. 281 di conversione, con successive modificazioni, del d.l. 22 settembre 2006, n. 259

<sup>70</sup> Corte cost., sent. 22 aprile 2009, n. 173, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

sugli interessi contrapposti delle parti. Per questo l'effettività del contraddittorio deve costituire «l'irrinunciabile premessa».<sup>71</sup>

La natura procedimentale delle soluzioni prospettate dal Giudice delle Leggi, con la sentenza n. 173 del 22 aprile 2009, si ravvisa nella scelta non abrogare integralmente la norma sottoposta al suo esame.

Una scelta probabilmente suggerita dalla necessità di non privare l'ordinamento di un meccanismo utile a garantire le esigenze di tutela della riservatezza e per «contrastare con assoluta fermezza la proditoria incursione nel “domicilio della parola” e l'illecita formazione di dossier».<sup>72</sup>

L'intervento additivo della Corte Costituzionale da un lato investe le forme procedurali dell'udienza decisiva per la distruzione (in cui il contraddittorio è meramente eventualmente), dall'altro definisce in modo puntuale il contenuto del “verbale sostitutivo”.<sup>73</sup>

L'art. 240 c.p.p. contempla – oltre la distruzione di quanto illegalmente acquisito – anche una fase di “elaborazione” di un verbale *ad hoc* nel quale si dia atto della avvenuta intercettazione o detenzione o acquisizione illecita dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti conversazioni e flussi di comunicazioni e delle relative operazioni di distruzione. Il verbale registra modi e tempi dell'attività di distruzione del materiale, senza menzionare il contenuto delle stesse; secondo la Corte Costituzionale, esso deve limitarsi a certificare la mera esistenza di quanto cancellato al fine di impedirne incontrollabili diffusioni mediatiche dei dati: tale procedura consentirebbe di consegnare al giudice del merito un semplice dato conoscitivo, quale prova «sostitutiva» del corpo del reato, utile per l'accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità.<sup>74</sup>

Il verbale, come previsto dall'art. 240, 6° comma, c.p.p., non dà alcun riferimento rispetto al contenuto dei documenti, dei supporti e degli atti illecitamente acquisiti, ma si limita ad indicare espressamente la descrizione delle sole “modalità e mezzi” con cui il materiale è stato acquisito e non è in grado, pertanto, di svolgere la «propria funzione primaria di prova “sostitutiva” del corpo di reato»<sup>75</sup>, per quanto considerato dalla Corte Costituzionale come surrogato equipollente alla prova distrutta.

Tali osservazioni trovano conferma nelle varie problematiche in merito al diritto di difesa degli imputati, al diritto al risarcimento dei danni da parte delle persone offese e all'effettivo esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero, poiché il verbale non può surrogare in modo completamente soddisfacente la prova rappresentata dal documento distrutto.

È evidente che la disciplina dell'art. 240 si concentri principalmente sulla tutela della *privacy*, al fine di impedire la divulgazione di informazioni private carpite illegalmente. Pertanto, l'arricchimento del verbale non può che riguardare dati

---

<sup>71</sup> F. SIRACUSANO, *Raccolta illecita*, cit., 791.

<sup>72</sup> F. SIRACUSANO, *Raccolta illecita*, cit., 790.

<sup>73</sup> F. SIRACUSANO, *Raccolta illecita*, cit., 785.

<sup>74</sup> L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti*, cit., 155; F. SIRACUSANO, *Raccolta illecita*, cit., 795.

<sup>75</sup> *Contra*, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 13ª ed., Giuffrè, Milano, 2012, 369.

comunque esterni ai contenuti delle informazioni o registrazioni distrutte altrimenti e, contrariamente alla *ratio* ispiratrice dell'istituto, il verbale si trasformerebbe in quel mezzo di diffusione di quanto faticosamente eliminato, tale da renderne inutile la distruzione.

### 3. *Ulteriori ipotesi di distruzione previste dalla legge: garanzie a confronto*

«In tempi di giusto processo europeo» si pongono questioni processuali di notevole interesse sia sul versante del mantenimento delle fonti di prova e del diritto al contraddittorio, sia sulla sorte dei beni contraffatti oggetto di sequestro e confisca obbligatoria, in considerazione della tutela dei diritti reali dei terzi estranei alla vicenda penale.<sup>76</sup>

La recente modifica all'art. 260 c.p.p.,<sup>77</sup> generando un nuovo istituto volto alla distruzione dei beni sequestrati, ha prodotto seri dubbi, in dottrina, sulla sua collocazione, considerato che il nuovo provvedimento di distruzione delle merci presuppone l'esecuzione di un sequestro preventivo di cose confiscabili ai sensi dell'art. 321 c.p.p.

La nuova disciplina sulla distruzione delle cose sequestrate implica che il provvedimento di distruzione, “quale forma anticipata di esecuzione di una misura di sicurezza”,<sup>78</sup> debba configurarsi in un momento processuale in cui non sia stata risolutivamente accertata la natura della *res* illegale, sicché si ha un giudizio anticipato di condanna ancor prima dell'inizio del processo vero e proprio.

Siffatta anticipazione sull'accertamento della natura illecita dei beni sequestrati ex artt. 260, 3° *bis* e 2° *ter* co., c.p.p., ha destato non poche perplessità in dottrina, poiché ciò giustificherebbe *in re ipsa* un esito incontrovertibile, quale è la distruzione delle merci, pregiudicando i diritti dei terzi estranei alla condotta delittuosa e le esigenze istruttorie in fase d'indagine.<sup>79</sup>

Il provvedimento di distruzione delle merci soggette a confisca obbligatoria viene emesso unilateralmente dal Pubblico Ministero, senza un controllo effettivo, in un momento processuale in cui è di fatto impossibile instaurare un contraddittorio, data l'assenza delle parti. Pertanto sono legittime quelle incertezze sulla validità del suddetto procedimento, specie laddove si richiamino il principio

---

<sup>76</sup> M. ANTINUCCI, *Merci illecite e contraffatte. Sequestro e distruzione. Tra prassi operative e garanzie europee*, Aracne, Roma, 2012, 1.

<sup>77</sup> d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, in l. 24 luglio 2008, n. 125

<sup>78</sup> A. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008, 36.

<sup>79</sup> M. ANTINUCCI, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione delle merci illecite o contraffatte*, in M. MONTAGNA (a cura di), *La giustizia penale differenziata: gli accertamenti complementari*, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2011, 839.

del contraddittorio e il diritto alla difesa consacrati nella nostra Carta Costituzionale (artt. 111 Cost., 2° co., e 24, 2° co., Cost.).

Contrariamente a ciò che accade in materia di distruzione di stupefacenti, oggetto sempre di sequestro, dove sussiste il vaglio del tribunale *de libertate* nel caso di merci illecite o contraffatte, il Pubblico Ministero procede in via preventiva all'applicazione della misura di sicurezza senza alcun vaglio giurisdizionale e senza quei presupposti relativi all'efficacia del contraddittorio delle parti «in tempi di giusto processo».<sup>80</sup>

Ne consegue una preminenza del ruolo del Pubblico Ministero (e della sua polizia giudiziaria) nella fase delle indagini preliminari, atteso che la distruzione delle merci avverrà – previa astratta configurabilità di un reato – sulla base di un accertamento che viene demandato esclusivamente allo stesso organo che ha eseguito il sequestro.<sup>81</sup>

È poi connaturale al sistema che, ove sia a parlarsi di interventi rapidi, in fase d'indagine diviene decisivo il ruolo della polizia giudiziaria, le cui prerogative, dalla lettura combinata degli artt. 55, 348 e 354 c.p.p., si manifestano in forma incisiva nell'attività di conservazione: la particolare finalità di *extrema ratio* del sequestro per gli scopi probatori anzidetti è prevista dal tenore dell'art. 113 disp. att. c.p.p., che estende anche agli agenti di p.g. la facoltà di effettuare accertamenti, rilievi e sequestri, sul presupposto della particolare necessità ed urgenza.

Altro esempio di esito anticipato del sequestro probatorio è rintracciabile in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, ove l'art. 87 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, prevede che «quando il decreto di sequestro o di convalida di sequestro non è più assoggettabile al riesame, l'autorità giudiziaria dispone il prelievo di uno o più campioni [...] e ordina la distruzione della residua parte di sostanze». Nei commi successivi, la norma prevede che l'autorità giudiziaria possa conservare tali sostanze, se necessarie al fine del proseguimento delle indagini e, qualora avvenga la distruzione, affida alla polizia giudiziaria il compito di redigere un verbale da trasmettere alla autorità giudiziaria e al Ministero della sanità.

---

<sup>80</sup> M. ANTINUCCI, *Merci illecite e contraffatte*, cit., 1.

<sup>81</sup> M. ANTINUCCI, *Sequestro probatorio*, cit., 837.



## Capitolo III

# Intercettazioni e poteri dello Stato

SOMMARIO: 1. Quadro introduttivo. – 1.1 Distruzione delle intercettazioni e bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti. – 1.2. Le intercettazioni dirette, indirette e casuali. – 2. Riferimenti normativi. – 2.1. La disciplina delle intercettazioni telefoniche delle conversazioni di un membro del Parlamento. – 2.2. La disciplina delle intercettazioni telefoniche delle conversazioni del Presidente della Repubblica. – 3. Analisi casi concreti e prospettive. – 3.1. Le intercettazioni casuali delle conversazioni di un membro del Parlamento. – 3.2. Le intercettazioni casuali delle conversazioni del capo dello Stato: *l'affaire* Napolitano. – 3.3. Questioni problematiche. – 3.4. Prospettive *de iure condendo*.

### 1. *Quadro introduttivo*

#### 1.1. *Distruzione delle intercettazioni e bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti*

La disciplina della distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni eseguite dall'autorità giudiziaria corrisponde all'esigenza di tutela di interessi costituzionalmente protetti che si differenziano tra loro a seconda che si individui correttamente il destinatario di tale tutela.

A tal proposito occorre distinguere il privato cittadino dal soggetto che ricopre un'alta carica dello Stato: del primo la Costituzione tutela il diritto alla riservatezza (art. 15 Cost.), mentre del secondo, oltre che la riservatezza, protegge anche il corretto esercizio, non disturbato da altri poteri dello Stato, delle funzioni e delle attribuzioni inerenti alla carica che ricopre (artt. 68 e 90 Cost.).

Non si può tuttavia non considerare il fatto che, oltre ai diritti su menzionati, ve ne sono altri, altrettanto rilevanti costituzionalmente, i quali possono entrare in conflitto con i primi, rendendo necessario un bilanciamento degli interessi coinvolti: si tratta del diritto all'informazione (art. 21 Cost.), del diritto alla piena difesa (artt. 24 e 111 Cost.) e del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.).

Nei successivi paragrafi vedremo come viene risolto tale equilibrio con riferimento alle intercettazioni eseguite nei confronti sia del parlamentare, sia del capo dello Stato, rispetto a cui sussistono dei limiti soggettivi all'attività di captazione che si riflettono nella procedura di distruzione da adottare.

### 1.2. *Le intercettazioni dirette, indirette e casuali*

Prima di procedere oltre è opportuno chiarire la distinzione tra intercettazioni dirette, indirette e casuali, relativamente alle figure del membro del Parlamento e del capo dello Stato.

Sul tema è intervenuta la Corte costituzionale, la quale ha chiarito che oggetto del divieto costituzionale di intercettazioni che necessitino di apposita autorizzazione non è una determinata utenza ma piuttosto la comunicazione captata in quanto «quello che conta [...] non è la titolarità o la disponibilità dell'utenza captata, ma la direzione dell'atto d'indagine»,<sup>82</sup> a conferma di quanto già si era affermato in dottrina sostenendo che «decisivo è il bersaglio investigativo».<sup>83</sup>

Su tale base si può agevolmente distinguere tra *intercettazioni dirette* ed *intercettazioni indirette*: entrambe hanno ad oggetto la conversazione di un determinato soggetto, con la differenza che le prime vengono effettuate sull'utenza del soggetto stesso, mentre le seconde sull'utenza di un soggetto diverso dal destinatario dell'attività di captazione. Prosegue la Corte: «Se quest'ultimo [*l'atto di indagine*] è volto, in concreto, ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare, l'intercettazione non autorizzata è illegittima, a prescindere dal fatto che il procedimento riguardi terzi o che le utenze sottoposte a controllo appartengano a terzi».<sup>84</sup>

Si rientra nell'ipotesi di *intercettazioni casuali* – o *occasional*i o *accidentali* che dir si voglia – quando l'attività di captazione miri alla conversazione di un certo soggetto ma finisca per coinvolgere anche un altro soggetto non previsto da chi ha disposto l'intercettazione e nei cui confronti sussistano limiti legali all'attività di captazione.

---

<sup>82</sup> Corte cost., sent. 23 novembre 2007, n. 390, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>83</sup> G. GIOSTRA, *È inapplicabile al nuncius la disciplina delle intercettazioni riguardanti il parlamentare (ma i veri problemi rimangono irrisolti)*, in *Giur. Cost.*, 2005, 2, 1349 ss.

<sup>84</sup> Corte cost., sent. 23 novembre 2007, n. 390, cit.

## 2. Riferimenti normativi

### 2.1. *La disciplina delle intercettazioni telefoniche delle conversazioni di un membro del Parlamento*

L'articolo 68 Cost. predispone una tutela delle funzioni del parlamentare rispetto a possibili ingerenze, prevedendo l'obbligo in capo all'autorità giudiziaria di richiedere l'autorizzazione alla Camera di appartenenza per sottoporre il titolare del mandato elettivo all'attività di intercettazione, eccezion fatta per le ipotesi di esecuzione di una sentenza di condanna irrevocabile ovvero nel caso in cui il parlamentare sia colto nell'atto di compiere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

La legge di attuazione della norma su citata, il cosiddetto *lodo Maccanico* – *Schifani*,<sup>85</sup> prevede una disciplina differente a seconda che si tratti di intercettazioni dirette ovvero di intercettazioni casuali: l'autorità giudiziaria difatti nel primo caso dovrà munirsi di un'autorizzazione preventiva della Camera di appartenenza del membro del Parlamento nei cui confronti intenda eseguire le intercettazioni, mentre nel secondo caso occorre distinguere due ulteriori ipotesi: se l'autorità giudiziaria ritiene irrilevanti le intercettazioni di cui sia entrata in possesso, ne decide in camera di consiglio la distruzione integrale o parziale; nell'ipotesi invece in cui intenda avvalersene, dovrà richiedere alla Camera l'autorizzazione successiva per il loro utilizzo, dovendo procedere alla loro distruzione immediata in caso di diniego da parte di quest'ultima.

### 2.2. *La disciplina delle intercettazioni telefoniche delle conversazioni del Presidente della Repubblica*

L'articolo 90 Cost. prevede l'irresponsabilità del capo dello Stato per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, fatta eccezione per i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione.

La legge di attuazione della norma costituzionale<sup>86</sup> prevede all'art. 7 che le intercettazioni del capo dello Stato, possibili soltanto al fine di perseguire i cc.dd. reati propri di quest'ultimo, possano essere stabilite unicamente dal comitato che si forma nel procedimento di messa in stato d'accusa del Presidente e soltanto a seguito della sospensione dalla carica deliberata dalla Corte costituzionale, salvo i casi eccezionali di necessità ed urgenza in cui il presidente del comitato ha la possibilità di disporre le intercettazioni senza attendere il consenso del comitato, ferma restando la necessità di convalida del provvedimento che le ha disposte da

---

<sup>85</sup> Legge 20 giugno 2003, n. 140.

<sup>86</sup> Legge 5 giugno 1989, n. 219.

parte del comitato stesso nel termine di dieci giorni dall'adozione dello stesso provvedimento.

### 3. *Analisi di casi concreti e prospettive*

#### 3.1. *Le intercettazioni casuali delle conversazioni di un membro del Parlamento*

L'articolo 68 Cost. fu sottoposto ad un intervento riformatore<sup>87</sup> sulla convinzione che intercettare un parlamentare significasse in fondo chiamarlo a rispondere delle opinioni espresse.<sup>88</sup> Ad esso fece seguito la legge di attuazione 20 giugno 2003, n. 140, il cui art. 6 è stato oggetto di numerose pronunce della Corte costituzionale, a loro volta analizzate dalla dottrina.

Rispetto alla disciplina prevista all'art. 6 l. 20 giugno 2003, la giurisprudenza costituzionale ha iniziato il suo percorso arginando i tentativi che hanno cercato di ampliarne il raggio di applicazione: dinnanzi alla Corte si era infatti sostenuto sia che la disciplina ivi prevista fosse applicabile non solo nei confronti del parlamentare, ma anche nei confronti del semplice *nuncius* che trasmette la volontà del primo,<sup>89</sup> come lascerebbe intendere lo stesso tenore della norma che si riferisce a conversazioni o comunicazioni cui prende parte un membro del Parlamento,<sup>90</sup> sia che la stessa disciplina si applicasse anche al soggetto divenuto parlamentare successivamente all'attività di intercettazione eseguita.<sup>91</sup> In entrambe le ipotesi la Corte ha escluso letture così estensive della norma.

La successiva sentenza n. 390 del 2007, già richiamata in nota all'inizio del capitolo, segna una tappa fondamentale per tre motivi.

In primo luogo perché stabilisce il criterio che permette di distinguere le intercettazioni dirette ed indirette da quelle casuali e di cui si è già diffusamente parlato in precedenza.

In secondo luogo perché sancisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 limitatamente ai commi 2, 5 e 6 nella parte in cui si prevede che la disciplina in essi prevista si applichi anche nei confronti di soggetti diversi dal parlamentare le cui conversazioni siano state accidentalmente captate. Ciò comporta che l'autorità giudiziaria da un lato non dovrà chiedere l'autorizzazione alla Camera qualora intenda avvalersi delle intercettazioni solo nei confronti «di soggetti diversi dal membro del Parlamento» e dall'altro lato che, qualora intendesse utilizzarle anche nei confronti del parlamentare, l'eventuale diniego della Camera di appartenenza non comporterebbe l'obbligo di distruggere la documentazione delle intercettazioni, la quale rimane inutilizzabile soltanto nei confronti del parlamentare stesso e non del terzo.

<sup>87</sup> Legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3.

<sup>88</sup> A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale: tra garanzie e prospettive di riforma*, 10<sup>a</sup> ed., CEDAM, Milano 2011.

<sup>89</sup> Corte cost., sent. 21 aprile 2005, n. 163, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>90</sup> Questa l'interpretazione secondo la Corte di Cassazione nel giudizio di legittimità costituzionale promosso con ordinanza del 9 marzo 2004 dalla stessa Corte su ricorso proposto da Stefano Donno, iscritta al n. 695 del registro ordinanze 2004 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 35, prima serie speciale, dell'anno 2004.

<sup>91</sup> Corte cost., ord. 23 novembre 2007, n. 389, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

In terzo luogo per il fatto che in essa la Consulta ha mostrato di nutrire seri dubbi sulla costituzionalità dell'intero articolo 6, e non dei soli commi censurati, ma allo stesso tempo ha dichiarato di non potersi spingere, con la propria pronuncia, oltre i limiti del *petitum*. Tale atteggiamento ha fatto ben sperare la dottrina sulla possibilità di una futura declaratoria di incostituzionalità dell'art. 6, ma la Corte ha smentito tale aspettativa, muovendosi su sentieri differenti.

Difatti in pronunce successive la Consulta ha da un lato messo in guardia sulla possibilità che «intervenga, nell'autorità giudiziaria, un mutamento di obbiettivi» rispetto alla direzione dell'atto di indagine, che abbia come conseguenza il venir meno della casualità, rendendo le captazioni successive a tale mutamento non più fortuite ma mirate»,<sup>92</sup> e dall'altro stabilito la necessità di dimostrare concretamente la natura accidentale delle intercettazioni casuali, facendo leva, a titolo esemplificativo, su alcuni indici quali i «rapporti intercorrenti tra parlamentare e terzo sottoposto a intercettazione, avuto riguardo al tipo di attività criminosa oggetto di indagine», il «numero delle conversazioni intercorse tra il terzo e il parlamentare» e l'«arco di tempo durante il quale tale attività di captazione è avvenuta, anche rispetto ad eventuali proroghe delle autorizzazioni e al momento in cui sono sorti indizi a carico del parlamentare».<sup>93</sup> Tale impostazione è stata ribadita anche in pronunce successive.<sup>94</sup>

La dottrina dal canto suo aveva rilevato profili di incostituzionalità dell'articolo in discorso già in tempi antecedenti alla sentenza n. 390 del 2007 della Corte.

Certa dottrina, appoggiando la lettura data dalla Corte all'articolo in discorso relativamente alla possibilità di estendere l'ambito di applicazione anche al *nuncius*, si è spinta non solo a considerare l'art. 6 non coperto dal relativo articolo di rango costituzionale, ma anche a ritenere lo stesso articolo 68 Cost. incompatibile con il dettato costituzionale nel suo complesso.

Soffermandoci sulla mancata copertura costituzionale dell'art. 6, a chi ritiene che tale copertura sia giustificata dall'inciso «in qualsiasi forma» contenuto nel testo della norma costituzionale, viene ribadito – in dottrina ma anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale – che tale locuzione, come emerge dai lavori preparatori per la modifica dell'articolo, è stata adoperata con riferimento alle modalità di captazione delle conversazioni alludendo alla distinzione tra intercettazioni ambientali e telefoniche, terminologie eccessivamente tecniche, estranee al tenore del testo costituzionale nel suo complesso.

Inoltre la *ratio* complessiva della norma costituzionale è la tutela della funzione parlamentare da possibili ingerenze del potere giudiziario, tutela riferita all'organo nel suo complesso, come non mancherà successivamente di sottolineare la Consulta nella sentenza n. 390 del 2007: «Di esse [*assemblee legislative*] si intende preservare la funzionalità, l'integrità di composizione [...] e la piena autonomia decisionale, rispetto ad indebite invadenze del potere giudiziario».

<sup>92</sup> Corte cost., sent. 25 marzo 2010, n. 113, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>93</sup> Corte cost., sent. 25 marzo 2010, n. 114, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>94</sup> Si vedano a tal proposito le ordinanze della Corte costituzionale nn. 263 del 2010 e 171 del 2011, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

*Ratio* che sembra differire da quella sottesa alla norma ex art. 6 l. cit., dove invece sembrerebbe che ad esser tutelata sia la riservatezza del soggetto che riveste la carica di membro del Parlamento, riservatezza peraltro già sufficientemente tutelata dall'art. 15 Cost.

La stessa dottrina, dopo l'emanazione della sentenza della Corte di cui sopra, ha confermato tale atteggiamento confidando nell'imminente eliminazione dall'ordinamento della norma in questione, tanto da definire la disciplina in essa contenuta una “*dead rule walking*”.<sup>95</sup>

Per quanto attiene invece l'incompatibilità del riformato art. 68 Cost. con il testo costituzionale nel suo complesso, la citata dottrina ha rilevato l'irragionevolezza di una norma che, rispetto ad un'attività che poggia la propria efficacia sull'effetto sorpresa, imponga la necessaria autorizzazione della Camera, frustrando ogni tentativo di una efficace indagine dell'autorità giudiziaria.

La dottrina successiva all'orientamento costituzionale che ha basato le proprie pronunce sulla necessità di dimostrare la natura occasionale delle intercettazioni – oltre a manifestare la propria delusione per l'atteggiamento della Corte che, se all'inizio sembrava essere orientata nel senso di una radicale eliminazione della norma in discorso dall'ordinamento, alla fine non ha affrontato più il problema, almeno allo stato attuale – ha cercato di verificare in quale modo fosse possibile in concreto dimostrare in maniera efficace la natura occasionale delle intercettazioni eseguite.

Già al tempo della sentenza n. 390 del 2007 si è sottolineato come il criterio della direzione dell'atto di indagine stabilito dalla Consulta andasse letto nel senso di rilevare quali fossero le «effettive intenzioni manifestate dal pubblico ministero [...], come pure dal giudice»,<sup>96</sup> sottolineando come il giudice, qualora si avveda, «in base al tenore della richiesta di intercettazione formulata dal pubblico ministero» che il reale bersaglio del pubblico ministero sia un determinato parlamentare, debba allora invitare il pubblico ministero a richiedere l'autorizzazione preventiva.

Successivamente si è sottolineato come spettasse all'autorità giudiziaria «la valutazione circa la sussistenza, in concreto,» della necessità dell'attività di indagine da svolgere.<sup>97</sup> Necessità di cui l'autorità giudiziaria deve dar conto nella richiesta di autorizzazione rivolta alla Camera di appartenenza del parlamentare e attraverso cui la stessa Camera potrà valutare se l'autorità giudiziaria sia mossa da intenti persecutori.

Infine vi è stato anche chi ha rilevato come non contasse tanto l'idoneità a captare dati rilevanti anche nei confronti del parlamentare, quanto il fatto che le

<sup>95</sup> G. GIOSTRA, *È inapplicabile al nuncius la disciplina delle intercettazioni riguardanti il parlamentare (ma i veri problemi rimangono irrisolti)*, cit., 2, 1349 ss.; G. GIOSTRA, *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1, 57 ss.

<sup>96</sup> V. GREVI, *Sui limiti delle intercettazioni «indirette» (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del Parlamento*, in *Giur. Cost.*, 2007, 6, 4385 ss.

<sup>97</sup> L. FILIPPI, *La Consulta distingue tra intercettazioni fortuite e mirate nei confronti del parlamentare e ammonisce contro le motivazioni «implausibili»*, in *Giur. Cost.*, 2010, 2, 1270 ss.

indagini siano iniziate o proseguite per raccogliere elementi a carico del parlamentare.<sup>98</sup>

In conclusione si rilevato come la posizione attuale della Consulta comporti da un lato, se non un onere per il p.m., quanto meno un interesse a dimostrare la natura occasionale dell'intercettazione, interesse che si fa più stringente nel caso emergano elementi di reità del parlamentare intercettato,<sup>99</sup> e dall'altro che l'area di applicazione della disciplina dell'art. 4 l n. 140 del 2003 si amplia a discapito di quella dell'art. 6 della stessa legge, con la conseguenza che il soggetto terzo destinatario dell'attività di intercettazione, relativamente alla quale l'autorità giudiziaria non sia stata in grado di dimostrarne l'effettiva occasionalità, godrebbe della garanzia predisposta per il parlamentare, verificandosi così “un'illegittima estensione dell'immunità processuale”.<sup>100</sup>

### 3.2. *Le intercettazioni casuali delle conversazioni del capo dello Stato: l'affaire Napolitano*

Una delle figure alla quale il nostro ordinamento garantisce una forma di tutela particolare relativamente all'utilizzo dell'intercettazione, mezzo di ricerca della prova a più voci definito invasivo (così la stessa Corte cost.),<sup>101</sup> è, come già osservato, quella del Presidente della Repubblica.

Sono già stati evidenziati, durante la trattazione, alcuni punti che qui interessano. In particolare, i principi costituzionali che danno base giuridica ad una tutela rinforzata, rispetto alla generalità dei consociati, assicurata a particolari organi (e che trova nell'equilibrio dei poteri la propria *ratio* politica), da strumenti che possano determinare il rischio di ingerenze da parte di taluni poteri dello Stato all'interno delle altrui sfere di competenza.

Si è anche chiarita la distinzione (v. par. 1.2) tra intercettazioni dirette, indirette ed occasionali, da ritenersi centrale, nel caso in esame, tanto in relazione al conflitto di attribuzioni sollevato dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, quanto ai fini di un tentativo di sistematizzazione della disciplina relativa alla procedura di distruzione delle intercettazioni.

Resta ferma, altresì, la riferibilità esclusiva, della tutela di cui trattasi, alla carica, non avendo assolutamente inteso, il costituente, garantire la riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica persona fisica (si vedrà a

<sup>98</sup> C. CESARI, *Un nuovo fronte problematico delle intercettazioni indirette nei confronti di parlamentari: le ambiguità irrisolte della l. n. 140 del 2003 all'esame della Corte di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2010, 3, 954 ss.

<sup>99</sup> D. NEGRI, *Intonazioni lontane dalla sentenza capostipite, nella coppia di pronunce con cui la Corte costituzionale riprende il tema delle intercettazioni indirette relative ai parlamentari*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3, 2702 ss.

<sup>100</sup> C. CESARI, *Sulle intercettazioni a carico dei parlamentari si consolida una linea esegetica densa di incognite*, in *Giur. Cost.*, 2010, 5, 3994.

<sup>101</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 11 del *Considerato in diritto*).



breve, tuttavia, come, anche se la Corte cost. aveva già chiarito che «l'eventuale maggiore difficoltà della distinzione non toglie che essa sia necessaria»,<sup>102</sup> proprio la difficoltà di discernere sempre, nella pratica, l'agire dell'organo – monocratico, nel caso di specie – da quello del soggetto, si porrà come una delle ragioni per imporre limiti giuridici all'utilizzo di particolari mezzi investigativi). La corte ha, infatti, soltanto ribadito, nella sentenza richiamata, la mancanza di dubbi circa l'esistenza di una responsabilità del Capo dello Stato per i reati definiti extrafunzionali, - non commessi, cioè, nell'esercizio delle proprie funzioni – nulla però impedendo questo, è bene anticipare, sul piano di una eventuale giustificazione giuridica di limiti imposti alle attività investigative (il fatto che il Presidente della Repubblica sia responsabile per i c.d. reati extrafunzionali, in breve, non ha come necessaria conseguenza logica che non possano giustificarsi, sulla base del quadro costituzionale vigente, limiti all'azione degli organi inquirenti; ma soltanto che tali limiti non possano rendere né in diritto, come ovvio, ma neppure di fatto, impossibile perseguire il capo dello stato per reati commessi non nell'esercizio delle sue funzioni, solo in tale occasione consumandosi un *vulnus*, sia con riferimento al principio della obbligatorietà dell'azione penale, art. 112 cost., che al principio di eguaglianza formale, art. 3 cost, (per come va oggi inteso alla luce del quadro costituzionale), che, infine, al diritto di difesa, sancito dall'art. 24, secondo comma, cost.

Il tentativo sarà qui, pertanto, quello di chiarire alcune questioni controverse, circa taluni dei suddetti limiti posti all'azione degli organi inquirenti, attraverso un'analisi critica di una importante, recente, sentenza costituzionale, la n. 1 del 15 gennaio 2013, che non pochi dubbi ha sollevato in dottrina. Si tratta, occorre premettere, di una questione di non facile soluzione, sia a causa del lacunoso quadro normativo, sia, e forse soprattutto, a causa della difficoltà derivante dalla complessità del ruolo che l'Assemblea costituente ha ritagliato addosso alla figura, capo dello Stato, che si pone a chiusura del quadro politico-costituzionale tracciato dalla Carta entrata in vigore nel '48.

Cercheremo, nello specifico, di rilevare quale sia la reale estensione della tutela accordata alla sfera comunicativa del Capo dello Stato (e, si vedrà, a quella di altri soggetti), e quale il ragionamento logico-giuridico che la giustifica, sempre avendo riguardo alla disciplina che regola la distruzione del materiale intercettato (disciplina che dalla suddetta estensione, come sarà chiarito, dipende).

*Il fatto.* Nell'ambito del procedimento penale, pendente dinanzi alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, relativo alla cosiddetta trattativa "stato-mafia", erano iscritti, nel registro delle persone sottoposte ad indagine, una serie di soggetti, tra cui l'ex senatore Nicola Mancino. Due utenze del Mancino venivano sottoposte, legittimamente, ad intercettazione. Di 9.295 conversazioni captate, quattro erano costituite da colloqui con il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano. In un'intervista pubblicata dal quotidiano «La

<sup>102</sup> Corte cost., sent. n. 154 del 2004.

Repubblica» il sostituto Procuratore avrebbe rivelato l'esistenza di queste comunicazioni intercettate, che la Procura si sarebbe riservata di utilizzare. L'avvocato generale dello Stato, dunque, chiedeva al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palermo dei chiarimenti in merito. Questi rispondeva che la Procura di Palermo, «avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento qualsivoglia eventuale comunicazione telefonica in atti diretta al Capo dello Stato, non ne prevedeva alcuna utilizzazione investigativa o processuale, ma esclusivamente la distruzione da effettuare con l'osservanza delle formalità di legge».<sup>103</sup> Successivamente, il Procuratore eccepeva che «nell'ordinamento attuale nessuna norma prescrive o anche soltanto autorizza l'immediata cessazione dell'ascolto e della registrazione, quando, nel corso di una intercettazione telefonica legittimamente autorizzata, venga casualmente ascoltata una conversazione fra il soggetto sottoposto ad intercettazione ed altra persona nei cui confronti non poteva essere disposta alcuna intercettazione» [...] «in tali casi, alla successiva distruzione della conversazione legittimamente ascoltata e registrata si procede esclusivamente, previa valutazione della irrilevanza della conversazione stessa ai fini del procedimento e con la autorizzazione del Giudice per le indagini preliminari, sentite le parti. Ciò è quanto prevedono le più elementari norme dell'ordinamento [...]».<sup>104</sup>

Sono queste le dichiarazioni che portano il Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, per il tramite dell'Avvocatura generale, a promuovere conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, nei confronti del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, «per violazione degli articoli 90 e 3 della Costituzione e delle disposizioni di legge ordinaria che ne costituiscono attuazione»,<sup>105</sup> in particolare l'art. 7 della legge 5 giugno 1989, n. 219, anche con riferimento all'art 271 del codice di procedura penale.

«Il ricorrente, pertanto, chiede che Corte costituzionale dichiari che non spetta alla Procura di Palermo omettere di interrompere l'effettuazione delle intercettazioni casuali del Presidente della Repubblica; e che, comunque, non spetta ad essa di omettere, una volta acquisite le predette intercettazioni, di richiederne al Giudice l'immediata distruzione né [...] valutarne la (ir)rilevanza offrendole all'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p.».<sup>106</sup>

La Corte costituzionale ha dichiarato il ricorso sia ammissibile, che fondato nel merito.

Interessando principalmente, in questa sede, il profilo riguardante la disciplina relativa alla distruzione delle intercettazioni, in particolare di carattere occasionale (si ricordi la direzione dell'atto d'indagine, v. par. 1.2), di comunicazioni partecipate da soggetti nei cui confronti non poteva essere utilizzato tale mezzo di ricerca della prova, non saranno discusse, qui, le questioni attinenti le ragioni di

<sup>103</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*).

<sup>104</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*).

<sup>105</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 1 del *Ritenuto in fatto*).

<sup>106</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 4.7 del *Ritenuto in fatto*).

inammissibilità del ricorso, eccepite dalla procura di Palermo (che pure meriterebbero, ma sotto altro profilo, attenzione). Si cercherà di evidenziare, invece, i punti focali del *petitum*.

Il conflitto sollevato dinanzi alla Corte costituzionale sembra, così, vertere intorno a due quesiti fondamentali:

- i. Sono utilizzabili (anche nella forma, si vedrà, della “valutazione di rilevanza”) le intercettazioni ottenute nel corso di un procedimento penale riguardante terzi, fortuitamente captative di comunicazioni del Capo dello Stato (si è già chiarita, v. par. precedente, la posizione della Corte per quel che concerne la figura del parlamentare, che pure risulta essere, sebbene in misura parziale, si vedrà, rispetto al Presidente della Repubblica, soggetto nei cui confronti resta precluso l'utilizzo di tale mezzo di ricerca della prova, o, per meglio dire, legato ad una richiesta di autorizzazione alla Camera di appartenenza)?
- ii. Quale deve essere la procedura da seguire ai fini della distruzione del risultato di tale attività captativa?

Problematiche, queste, la cui soluzione, evidentemente, si ricollega alla questione già prima evidenziata riguardante la reale estensione della riservatezza costituzionalmente garantita alle comunicazioni del Presidente della Repubblica; soluzione, pertanto, propedeutica alle precedenti.

Si tenterà, dunque, qui di seguito, di dare risposta a tali quesiti seguendo il ragionamento tenuto dalla Corte costituzionale, evidenziando anche, però (in linea generale), la tesi della Procura di Palermo, che pure risulta indispensabile per chiarire gli argomenti di cui trattasi.

La Procura di Palermo ha inteso rispondere nel merito, al conflitto di attribuzione sollevato dal capo dello Stato, anzitutto analizzando la figura del Presidente della Repubblica. Questi, chiarisce subito il collegio difensivo della Procura, è soggetto pienamente responsabile (come già visto) per i reati extrafunzionali. L'art. 90 cost. renderebbe immune il capo dello Stato soltanto in relazione ai reati commessi nell'esercizio delle sue funzioni, per evidenti ragioni di tutela della carica (con le due eccezioni dei cc.dd. reati propri, ossia alto tradimento e attentato alla costituzione), lasciandolo invece soggetto, al pari di qualunque altro cittadino, alla giurisdizione ordinaria per i reati commessi non nell'esercizio delle proprie funzioni. Volendo con questo, la Procura, sottolineare che la Costituzione non ha reso il Presidente della Repubblica una figura in ogni caso non perseguibile penalmente, avendo invece solo teso alla salvaguardia della carica, dell'autonomia delle funzioni, senza oltremodo tutelare la persona fisica (fattispecie che costituirebbe, oggi, evidente tratto di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 3 Cost.).

In questo senso anche l'autorevole contributo: «il consapevole silenzio (dell'art. 90 cost., quanto alla mancanza, nella lettera della disposizione, di un

esplicito riferimento alla responsabilità per reati extrafunzionali del Capo dello Stato, *ndr*) [...] assume tutt'altro significato. Se giustapposto alla proclamata irresponsabilità funzionale significa infatti che, per i comportamenti extrafunzionali, il Presidente della Repubblica è responsabile penalmente come qualsiasi altro cittadino».<sup>107</sup>

La figura del Capo dello Stato, continua la resistente, sarebbe assimilabile a quella del parlamentare (vedi prima, par. 3.1), se non altro nel senso che, venuta meno la ratio stessa (data l'occasionalità dell'intercettazione), giustificatrice del trattamento diseguale riservato alla carica (eccezione possibile tramite previsione costituzionale ma non soggetta poi ad ampliamenti di natura analogica o sistematico-estensiva), il soggetto non potrebbe, ai sensi dell'art. 3 cost., ma forse ancor di più, seguendo tale ragionamento, dell'art. 90 cost., godere ancora della tutela accordata alla carica che esso stesso riveste.

Nessuna similitudine si coglierebbe, invece, tra la figura del capo dello Stato e quella dell'avvocato difensore.

Ulteriore ordine di argomenti è fornito dalla resistente con riferimento al carattere occasionale delle intercettazioni di cui trattasi. Proprio in quanto fortuite, tali tipologie di captazioni non possono formare oggetto di divieto normativo, essendo, com'è ovvio, irrazionale vietare ciò che, per sua stessa natura, non può essere previsto e, quindi, evitato. Si potrebbe pensare, *de iure condendo*, ad una norma che disponga circa la procedura da seguire in caso di intercettazioni casuali, appunto, di soggetti che non potevano essere intercettati, ma una norma di tal genere, *de iure condito*, prosegue la Procura, è assente nel nostro ordinamento giuridico.

Su questa scia, dunque, si pone il terzo argomento forte della resistente. Non esistendo, infatti, una disposizione eccezionale riguardo le circostanze in esame, la Procura non potrebbe fare altro che seguire, al fine della distruzione, la procedura generale prevista dagli artt. 268 e 269 c.p.p.

Non sarebbe applicabile, infatti, al caso in esame, la disposizione di cui all'art. 271 del codice di rito penale, che non regolerebbe tale tipologia di fattispecie concreta. Ma, conclude la resistente, anche se si volesse far rientrare il fatto di cui si discute all'interno dell'ambito di applicazione dell'art. 271 c.p.p., la procedura da seguire per la distruzione delle intercettazioni sarebbe, in ogni caso, quella partecipata, ossia l'unica prevista dal nostro ordinamento, ad osservanza delle disposizioni di cui, appunto, agli artt. 268 (che espressamente prevede il diritto per i difensori sia di esaminare gli atti, sia di ascoltare le registrazioni, sia, infine, di partecipare allo stralcio) e 269 c.p.p., quest'ultimo richiamando direttamente la procedura camerale di cui all'art. 127 c.p.p.

La Corte costituzionale risolve la questione, relativa al conflitto di attribuzione in esame, utilizzando le seguenti argomentazioni logico-giuridiche.

<sup>107</sup> A. PACE, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del governo in Italia*, in AA. VV., *Le immunità penali della politica*, a cura di Giacomo Fumu e Mauro Volpi, il Mulino, 2012, p. 29.

Dapprima chiarisce qual è la posizione del Presidente della Repubblica all'interno dell'ordinamento definito dalla nostra Carta costituzionale. Questi sarebbe collocato «al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato».<sup>108</sup> Irresponsabile politicamente (ed anche penalmente, nei limiti degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, con le sole due eccezioni di cui all'art. 90 Cost.). La sua funzione sarebbe caratterizzata da un potere di persuasione.<sup>109</sup> Tale potere consisterebbe essenzialmente nel compimento di una serie di atti cd. informali, necessari allo svolgimento delle funzioni, queste sì, costituzionalmente previste.

All'interno del quadro politico-costituzionale del nostro ordinamento sarebbero, infatti, esplicitamente affidate al capo dello Stato, organo di garanzia politica (e di chiusura del sistema), importanti funzioni che necessiterebbero, al fine del loro esercizio, di una serie non pre-determinabile di atti, in particolare realizzati per il tramite della costruzione di una fitta rete di comunicazioni, i cui contenuti, per i motivi ora detti, non debbono neppure correre il rischio di essere divulgati.

Il compimento delle attività formali, definite dalla Carta, sarebbe, infatti, inevitabilmente compromesso se il capo dello Stato fosse sottoposto al rischio di essere intercettato (e, di conseguenza, al rischio che il contenuto delle sue comunicazioni, necessarie nella fase preliminare al concreto esercizio dei compiti attribuitigli, venisse divulgato).

Egli svolgerebbe una fondamentale funzione di «raccordo e di equilibrio tra poteri dello Stato»,<sup>110</sup> la quale imporrebbe, dunque, una assoluta riservatezza della propria sfera di comunicazioni.

Il capo dello Stato, allora, non potrebbe essere mai sottoposto ad intercettazione di comunicazioni o di conversazioni, escluso, soltanto, il caso regolato dall'art. 7, l. n. 219 del 1989; caso, però, appunto, del tutto eccezionale, la cui previsione, anzi, darebbe ancora maggiore forza giuridica alla tesi dell'impossibilità di utilizzare – in qualunque altro caso – nei confronti del Presidente della Repubblica, un simile mezzo di ricerca della prova.

Per quanto concerne, poi, la constatazione della casualità delle intercettazioni nel caso di specie, la Corte afferma che proprio tale carattere dell'attività captativa in esame renderebbe *a fortiori* non utilizzabile il suo risultato (seguendo qui una logica, sembrerebbe, opposta rispetto a quella della Procura). Se, come si è visto, non può giustificarsi l'utilizzo di tali strumenti investigativi né in via diretta, ma neppure in via indiretta, proprio in ragione di quanto sinora detto quanto al ruolo svolto dal capo dello Stato, [...] «allora si deve riconoscere che il livello di tutela non si abbassa per effetto della circostanza, non prevista dagli inquirenti [...], che l'intercettazione non riguardi una utenza in uso al Capo dello Stato, ma quella di un terzo destinatario di indagini giudiziarie. [...] La funzione di tutela del divieto si trasferisce dalla fase anteriore all'intercettazione [...], a quella posteriore,

<sup>108</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1.

<sup>109</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 8.3 del *Considerato in diritto*).

<sup>110</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 10 del *Considerato in diritto*).

giacché si impone alle autorità che hanno disposto ed effettuato le captazioni l'obbligo di non aggravare il *vulnus* alla sfera di riservatezza delle comunicazioni presidenziali, adottando tutte le misure necessarie e utili per impedire la diffusione del contenuto delle intercettazioni». <sup>111</sup>

Non verrebbe affatto a cadere, dunque, in ragione della casualità, la ratio che si pone alla base della assoluta (come visto) riservatezza da doversi garantire alla sfera comunicativa del Presidente della Repubblica.

I risultati di attività captative di comunicazioni o conversazioni partecipate dal Capo dello Stato, sembra potersi concludere, rispondendo alla prima delle domande poste, non sarebbero mai, ad avviso della Corte, utilizzabili, neppure ove si trattasse di intercettazioni casuali. Né potrebbero compiersi, ancora, quelle operazioni di valutazione di rilevanza, e di stralcio, previste dall'art 268 c.p.p., in quanto, già di per sé, tali attività porrebbero i contenuti delle comunicazioni intercettate a rischio di divulgazione (e sarebbero, altresì, restando tali contenuti inutilizzabili, potrebbe dirsi, *ab origine*, attività inutili).

Quale deve essere, allora, provando a dare risposta al secondo quesito, la procedura da seguire per la distruzione di tali risultati?

Bisogna rilevare, anzitutto, come questo sia argomento sì differente da quello dell'utilizzabilità, ma ad esso, si vedrà, strettamente conseguente.

La Corte rileva subito l'inconferenza, nel caso in esame, delle procedure di cui agli artt. 268 e 269 c.p.p. (a cui soltanto, sosteneva invece la Procura, si sarebbe potuto fare riferimento).

L'art. 268 del codice di rito prevede, infatti, come visto, la fase dello stralcio, che resterebbe superflua in relazione a tali tipologie di comunicazioni.

L'art. 269, ancora, risulterebbe destinato alla regolamentazione della procedura di distruzione di risultati di attività captative considerati dalle parti non rilevanti ai fini processuali (ciò si evincerebbe proprio dalla iniziale clausola di esclusione del secondo comma del medesimo articolo).

Ambedue gli articoli prevederebbero, inoltre (l'art. 269 espressamente richiamando l'art. 127 c.p.p.), la cd. udienza camerale "partecipata", procedura di selezione e stralcio di intercettazioni manifestamente irrilevanti ovvero inutilizzabili (art. 268 c.p.p.), o ritenute dalle parti non rilevanti (art. 269 c.p.p.). Ma proprio la partecipazione di soggetti privati, che possa mettere a rischio la segretezza delle comunicazioni del Capo dello Stato, è quanto la Corte sostiene debba evitarsi.

Da queste premesse, dunque, il Giudice delle leggi parte per affermare che risulta necessario, nel caso di specie, spostare l'attenzione su di una diversa disposizione normativa, precisamente riferendosi all'art. 271 c.p.p.

Tale norma, infatti, «non impone la fissazione di una udienza camerale "partecipata", e neppure la esclude». <sup>112</sup> Non si tratterebbe di una lacuna

<sup>111</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 14 del *Considerato in diritto*).

<sup>112</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 15 del *Considerato in diritto*).

normativa, ma della conseguenza logico-giuridica di quanto disposto dalla stessa norma nei primi due commi. Si farebbe qui riferimento a due diverse tipologie di inutilizzabilità, o, per meglio dire, ad una sanzione di inutilizzabilità fondata, però, su due ordini di ragioni differenti. Tale inutilizzabilità potrebbe, infatti, «[...] derivare, per un verso, dall'inosservanza di regole procedurali, che prescindono dalla qualità dei soggetti coinvolti e dal contenuto delle comunicazioni captate: tali, in particolare, le prescrizioni degli artt. 267 e 268. [...] Ma l'inutilizzabilità può connettersi anche a ragioni di ordine sostanziale, espressive di un'esigenza di tutela "rafforzata" di determinati colloqui in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni».<sup>113</sup> E proprio ragioni di ordine sostanziale caratterizzerebbero non solo i casi di cui al secondo comma dell'art. 271 c.p.p., che espressamente richiama l'art. 200 c.p.p. (disponendo, così, il divieto di utilizzo di intercettazioni di comunicazioni o conversazioni di soggetti – tra cui il medico, l'avvocato, il ministro di confessioni religiose – «quanto a fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione»), ma anche il caso di intercettazione di comunicazioni o conversazioni del Presidente della Repubblica. Questo, tuttavia, rientrerebbe nella previsione normativa di cui al primo comma dell'art. 271 c.p.p. Tale primo comma, infatti, come si evincerebbe dalla particella disgiuntiva "o", regolerebbe anche, nella sua prima parte – oltre a quelle inutilizzabili per ragioni procedurali – fattispecie di intercettazioni inutilizzabili per ragioni sostanziali, e precisamente riferendosi, la Corte, alla formula: «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge» (art. 271, 1° comma, c.p.p.).

Proprio per la lettera, dunque, di questa previsione, l'art. 271 c.p.p. sembrerebbe «svolgere un ruolo "di chiusura" della disciplina dell'inutilizzabilità, abbracciando fattispecie preclusive diverse e ulteriori rispetto a quelle [...] indicate, ricavabili anche, e in primo luogo, dalla Costituzione».<sup>114</sup>

Dalla distinzione, dunque, di cui all'art. 271 c.p.p., discenderebbe, come diretta conseguenza, una diversa procedura per la distruzione dei risultati delle attività captative non utilizzabili. Questa sarebbe la causa per cui l'art. 271, rileva la Corte, né prevede la procedura partecipata, né, però, la esclude. E neppure, evidenzia ancora la Corte, la disposizione in esame fa richiamo dell'art. 127 c.p.p. (a differenza dell'art. 269 c.p.p.), che regola la procedura in camera di consiglio. Proprio perché, appunto, bisognerà, con riferimento al caso concreto, verificare quale sia l'effettiva ragione dell'inutilizzabilità delle intercettazioni in esame, al fine di dedurne la relativa procedura di distruzione.

Così, nel caso di intercettazioni inutilizzabili per ragioni procedurali, queste «attengono a comunicazioni di per sé non inconoscibili. [...] La loro distruzione può pertanto seguire l'ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti. Nel caso invece si tratti di intercettazioni non utilizzabili per ragioni

<sup>113</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 15 del *Considerato in diritto*).

<sup>114</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 15 del *Considerato in diritto*).

sostanziali, derivanti dalla violazione di una protezione “assoluta” del colloquio per la qualità dei interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, la medesima soluzione risulterebbe antitetica rispetto alla *ratio* della tutela. L’accesso delle altre parti del giudizio, [...] vanificherebbe l’obiettivo perseguito».<sup>115</sup>

Le intercettazioni del Presidente della Repubblica (e di altri soggetti, come si è visto), anche se casuali, debbono quindi essere distrutte seguendo la procedura non partecipata, costituendo, infatti, già la partecipazione di privati all’attività di selezione un vulnus della tutela costituzionalmente garantita nei confronti di determinate figure per le ragioni esaminate.

Chiarisce però ancora la Corte che seguire la procedura non partecipata non potrà mai significare escludere, da questa, il giudice, e lasciare la fase della distruzione al solitario agire del pubblico ministero. La presenza del giudice, infatti, resta ferma. Essa costituisce «garanzia di legalità».<sup>116</sup>

Ci si potrebbe, a questo punto, porre un ulteriore quesito, considerando quanto la Corte costituzionale ha sostenuto nell’ultimo capoverso della sent. n. 1 del 2013. Quali sono, infatti, le eccezioni ai casi di inutilizzabilità (dei risultati di intercettazioni), ed alle relative procedure di distruzione, sinora considerate?

Occorre preliminarmente osservare che già l’art. 271 c.p.p., ultimo comma, vieta la distruzione della documentazione delle intercettazioni «salvo che costituisca corpo del reato».

L’apertura della Corte sembra essere ulteriore. Si sostiene, infatti, che «l’Autorità giudiziaria dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell’integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (Art. 90 Cost.). In tali estreme ipotesi, la stessa Autorità adotterà le iniziative consentite dall’ordinamento».<sup>117</sup> Conclude così, la Corte costituzionale, la sentenza n. 1 del 2013.

Si cercherà, nei paragrafi seguenti, di analizzarne le questioni problematiche e le possibili alternative in chiave prospettica.

### 3.3. *Questioni problematiche*

Riassumendo quanto sinora esposto, emerge che, in base all’attuale quadro normativo, la disciplina relativa alle intercettazioni rispetto ai poteri dello Stato risulta regolata differentemente a seconda della carica che prendiamo in considerazione.

Per quanto concerne il titolare del mandato elettivo non sembrano sorgere problemi relativamente alle intercettazioni dirette o indirette: l’autorità giudiziaria

---

<sup>115</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 15 del *Considerato in diritto*).

<sup>116</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 15 del *Considerato in diritto*).

<sup>117</sup> Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 16 del *Considerato in diritto*).



che intenda procedere all'attività di captazione dovrà richiedere la necessaria autorizzazione alla camera di appartenenza del soggetto intercettando. Nel caso di diniego l'attività captativa resta preclusa; nel caso di consenso, al contrario, l'attività di intercettazioni sarà regolata dalle norme previste in materia dal codice di rito penale.

Relativamente alle intercettazioni occasionali del parlamentare, invece, ferma restando la latente incostituzionalità dell'intero art. 6, l. n. 140 del 2003, più volte denunciata da parte della dottrina<sup>118</sup> ed apparentemente ravvisata dalla stessa Consulta,<sup>119</sup> la disciplina attuale non prevede più per l'autorità giudiziaria l'obbligo di richiedere l'autorizzazione alla Camera nell'ipotesi di un loro utilizzo esclusivamente nei confronti di terzi, ma tale obbligo permane nel caso in cui essa intenda avvalersene anche contro il parlamentare, con l'ulteriore precisazione che un eventuale diniego della Camera non comporterà né l'obbligo di distruzione né la loro inutilizzabilità nei confronti dei terzi. A ciò si aggiunga la necessità, più volte rilevata dalla Consulta, di dimostrare concretamente la natura occasionale dell'intercettazione eseguita, con conseguente applicazione, in caso di motivazione carente o insufficiente, della disciplina prevista per le intercettazioni indirette.

Rispetto alla disciplina vigente allo stato attuale, brevemente riassunta nelle righe precedenti, rilevano alcuni nodi problematici da sciogliere. Innanzitutto va notato come la l. n. 140 del 2003, se da un lato prevede dei requisiti da rispettare nelle modalità di richiesta dell'autorizzazione – preventiva o successiva che sia (vedi artt. 5 e 6, 3° co., l. cit.) – lo stesso non può dirsi per l'atto con cui la Camera acconsente o nega lo svolgimento dell'attività di intercettazione o l'utilizzo dei risultati di quest'ultima.

Sul punto in dottrina – con riferimento alle immunità parlamentari in generale, ma la questione ben si adatta al caso più specifico di cui si sta discutendo – è stato notato che «in ragione dell'assoluta mancanza di indicazioni giuridicamente vincolanti, l'organo parlamentare dispone di una forte discrezionalità nell'individuazione dei diversi criteri utilizzabili in tale contesto, dovendosi ovviamente evidenziare il ruolo primario che viene ad esercitare il criterio valutativo della mera opportunità politica».<sup>120</sup>

La stessa legge inoltre è carente relativamente alla disciplina riguardante la distruzione delle intercettazioni dirette o indirette prive di autorizzazione preventiva e quindi anche delle intercettazioni casuali la cui natura fortuita non sia stata tuttavia dimostrata sufficientemente.

*Presidente della Repubblica.* In capo alla sent. Napolitano, già analizzata, sembrano permanere alcuni punti da chiarire.

<sup>118</sup> Cfr. sul punto GLAUCO GIOSTRA, *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*, cit., 1, 57.

<sup>119</sup> Corte, cost., sent. 23 novembre 2007, n. 390, cit.

<sup>120</sup> L. SCIANNELLA, *Le immunità parlamentari. Profili storici e comparativi*, Giappichelli, Torino, 2010.

Anzitutto occorre sottolineare che il comma 6 dell'art. 268 prevede testualmente che «Ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato [...], hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni». Tale fase appare preliminare – e propedeutica – a quella successiva dello stralcio. La Corte sembra invece superare, almeno nella lettera della sentenza, questo distinto momento che caratterizza l'intero procedimento di selezione e relativa distruzione di intercettazioni. Non v'è dubbio, tuttavia, che, proprio alla luce dei motivi, addotti dalla Corte, che giustificerebbero una assoluta riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica – ed anche di altri soggetti determinati, nei casi previsti dall'ordinamento (cfr. *supra*, par. 3.2) – anche tale fase relativa all'esame degli atti ed all'ascolto delle registrazioni resti preclusa ai difensori delle parti. Una lettura contraria vanificherebbe l'intero iter ricostruito dal Giudice delle leggi al fine di evitare anche solo il rischio di divulgazione delle comunicazioni.

*Due questioni ulteriori.*

Ci si potrebbe chiedere perché la garanzia rafforzata del Presidente della Repubblica – quanto all'utilizzo dello strumento “intercettazione” ed alla relativa procedura di distruzione – non degradi a garanzia semplice, come invece accade per il Parlamentare, qualora l'intercettazione sia soltanto casuale, non lasciando residuare, quindi, dubbi circa l'esistenza del cd. *fumus persecutionis*, elemento capace di minare alla libertà ed all'autonomia politica di un organo potere dello Stato.

La risposta sembra doversi individuare nella *ratio* che giustifica la tutela accordata alle due figure: nel caso del Capo dello Stato, infatti, la Costituzione non vuole tutelare soltanto l'autonomia della carica – come nel caso del Parlamentare – da eventuali, e potenzialmente lesive, interferenze di altri organi, ma, in assoluto, la sfera di comunicazioni e di conversazioni del Presidente della Repubblica, tutela necessaria allo svolgimento delle proprie funzioni. Risulterebbe, così, evidente anche il motivo per cui non è prevista dall'ordinamento, quanto al Capo dello Stato, una possibile richiesta di autorizzazione (né preventiva, né successiva) al fine di un eventuale utilizzo dei risultati delle intercettazioni: i contenuti di tali risultati non debbono rischiare di essere, in alcun modo, divulgati. Da ciò deriverebbe, come già visto, una diversa procedura per la distruzione delle intercettazioni «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge» (art. 271 c.p.p.).

Certo una ricostruzione di tal genere può sollevare dubbi. Se non altro perché il soggetto che ricopre la carica di Capo dello Stato (pur essendo questo, organo monocratico), non agisce sempre, né potrebbe sostenersi altrimenti, esercitando le sue funzioni, seppure con riferimento alle cc.dd. attività informali. Questo sembra essere, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, pacifico. Anche perché, si è visto, è dallo stesso art. 90 Cost. che si deduce la responsabilità piena del Presidente della Repubblica per gli atti extrafunzionali. Ma allora per quale

motivo vietare l'utilizzo di intercettazioni casuali partecipate dal Capo dello Stato anche quando all'Autorità giudiziaria risulti chiaro dal contenuto che non si tratti di dialoghi attribuibili alla carica? Ed in tal caso, allora, perché non seguire, venendo meno quel rafforzamento della tutela accordato appunto all'organo, la procedura partecipata di selezione e distruzione di quelle intercettazioni, che potrebbero risultare utili, ai fini processuali, per le parti?

Ciò non sarebbe possibile, ad avviso della Corte, proprio in quanto già l'attività di valutazione di rilevanza e di stralcio resterebbe preclusa, dovendosi invece procedere alla immediata distruzione del materiale intercettato. Ma, si potrebbe obiettare, la stessa Corte, considerando l'eccezione relativa ai principi costituzionali supremi (ultimo cpv. della sentenza), ha implicitamente previsto un momento conoscitivo dei contenuti delle comunicazioni inutilizzabili da parte dell'Autorità giudiziaria. Momento che, nella sostanza, non potrà distinguersi da quello relativo alla valutazione di rilevanza ai fini processuali. A meno di non voler intendere, invece, la assolutezza della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica come inclusiva di tutti i suoi colloqui – anche di quelli che non sarebbero, in astratto, riconducibili alla sua funzione – non esistendo di fatto nessun organo, nel nostro ordinamento, che possa, in concreto, operare tale distinzione. In questo senso non si potrebbe, infatti, mai affermare che un particolare atto (comunicativo) del Capo dello Stato non rientri né tra quelli formali, ma nemmeno tra quelli informali, essendo questi ultimi parte di una categoria di per sé indefinita. Una tale conclusione non attribuirebbe – occorre però chiarire – al Presidente della Repubblica una immunità totale dalla giurisdizione penale, essendo la distinzione tra atti formali ed atti informali rilevante solo al fine di imporre limiti all'utilizzo di particolari strumenti investigativi, quali le intercettazioni, e non anche ai fini della perseguibilità.

Ci si potrebbe chiedere, ancora, qual è il significato da attribuire all'ultimo capoverso della sentenza, che la Corte sembra (non essendo la soluzione di tale questione, è questo forse il motivo, essenziale al caso in esame) non aver chiarito appieno.

Le argomentazioni della Corte, nella sentenza n. 1 del 2013, hanno suscitato dissensi. Questi sembrano originare, e ciò non desta sorpresa, dal fatto che, risolvendo la questione in tal modo, si verrebbe a creare un *vulnus* alle tutele, anch'esse garantite costituzionalmente, relative al diritto di difesa (art. 24 Cost.), di eguaglianza (art. 3 Cost.), e di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.).

Non si deve pretendere, tuttavia, di poter applicare sempre, alla realtà, gli schemi del diritto. La vita difficilmente ci si presenta così astratta come l'ordinamento giuridico sembrerebbe chiedere.

Alla base della soluzione resta, si può sostenere, una questione di contemperamento di interessi costituzionali. Ed è, ad avviso di chi scrive, proprio

a tal proposito che la corte conclude la sentenza utilizzando una formula che, nel suo porsi a chiusura del ragionamento logico-giuridico seguito, si manifesta già come una apertura, verso l'Autorità giudiziaria, se non altro nel senso, appunto, di una valutazione di interessi del massimo rango.

Una lesione al diritto di difesa (ed al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale) sarebbe, dunque, lecita, ma non fino al punto di comportare «il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.)».<sup>121</sup>

Lo strumento da utilizzare, ai fini della soluzione di un contrasto sorto tra diversi interessi costituzionalmente rilevanti, è quello del bilanciamento. Ma tale bilanciamento non può mai significare la compressione di un diritto costituzionalmente garantito sino al punto del suo annullamento. Bisogna, invece, operare un contemperamento, individuando il punto di equilibrio fra gli interessi in gioco, che resta pur sempre giuridico, dovendolo infatti derivare dal quadro politico-costituzionale disegnato dalla Carta del '48.

La Corte afferma: «La discrezione, e quindi la riservatezza, delle comunicazioni del Presidente della Repubblica [...] non si pongono in contrasto con la generale eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ma costituiscono modalità imprescindibili di esercizio della funzione di equilibrio costituzionale [...] dal cui mantenimento dipende la concreta possibilità di tutelare gli stessi diritti fondamentali, che in quell'equilibrio trovano la loro garanzia generale e preliminare».<sup>122</sup>

La giusta misura di applicazione di diversi interessi costituzionali sarebbe, quindi, da valutarsi in relazione allo specifico caso concreto. E nel caso in esame, sembra affermare la Corte, un vero contrasto con l'art. 3 Cost. non verrebbe nemmeno ad esistere, in quanto la assoluta riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato non solo non si porrebbe in contrasto con esso, ma ne costituirebbe essenziale presupposto.

Per quanto concerne, invece, il pieno diritto alla difesa e l'obbligatorietà all'esercizio dell'azione penale, diventa fondamentale, come visto, l'ultimo capoverso della sentenza. Qui vengono in rilievo, infatti, interessi che non sarebbero suscettibili di valutazione comparativa, volta ad una loro compressione, ma resterebbero pienamente garantiti, anche nel confronto con altri interessi costituzionali. La Corte definisce tali situazioni come «estreme ipotesi»,<sup>123</sup> anche se, a ben vedere, non appare poi così improbabile il loro verificarsi.

Vediamo, allora, quali soluzioni sarebbero auspicabili.

---

<sup>121</sup> Corte Cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (ultimo cpv.).

<sup>122</sup> Corte Cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 9 del *Considerato in diritto*).

<sup>123</sup> Corte Cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (ultimo cpv.).

### 3.4. *Prospettive de iure condendo*

Relativamente alle difficoltà evidenziate al paragrafo 3.3, con riferimento alla figura del titolare del mandato elettivo, possono essere avanzate delle soluzioni finalizzate ad attutire o ad eliminare i problemi prima rilevati.

Rispetto alla discrezionalità della Camera di appartenenza nell'autorizzare l'utilizzo delle intercettazioni fortuite, in dottrina è stato sottolineato come lasciare alla Camera del parlamentare occasionalmente intercettato un sindacato generalizzato non sia una soluzione legislativa apprezzabile. Sarebbe auspicabile in proposito un intervento volto a stabilire «parametri legali di giudizio», che pongano dei paletti al potere autorizzatorio, limitando il rischio di un abuso dello stesso.<sup>124</sup>

Relativamente alla carenza di disciplina nel caso di esecuzione senza autorizzazione di intercettazioni dirette o indirette nei confronti del membro del Parlamento, si è proposto un intervento legislativo finalizzato a stabilire un iter procedimentale che comporti per la Camera di appartenenza del parlamentare intercettato un potere di denuncia di abuso dell'inutilizzabilità dei risultati dell'operazione eseguita, con possibilità di risoluzione del contrasto in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dinnanzi alla Corte costituzionale.<sup>125</sup>

A onor del vero, la dottrina di cui sopra, mossa dalla convinzione che non sia da modificare la sola disciplina delle intercettazioni fortuite di un membro del Parlamento, ma addirittura l'intera disciplina delle intercettazioni, mettendo mano anche alla norma relativa di rango costituzionale, ha suggerito una possibile linea da seguire che comporti un contemperamento degli interessi coinvolti attraverso il «rafforzamento delle garanzie giurisdizionali prima dell'emissione del provvedimento e un regime di assoluta segretezza dei risultati sino a quando l'autorità politica non abbia assunto le sue determinazioni in ordine all'utilizzabilità dei risultati»: il rafforzamento delle garanzie di cui sopra potrebbe essere ottenuto prevedendo, nel caso di procedimenti contro parlamentari, un collegio di pubblici ministeri, o in ogni caso un collegio istituito *ad hoc*, il quale assicuri «garanzie di ponderazione ed esperienza per decidere»,<sup>126</sup> garanzie che quindi deriverebbero dalla sua stessa natura collegiale.

Presidente della Repubblica. Con riferimento, invece, alla figura del Capo dello Stato, si cercheranno di analizzare le possibili alternative in chiave prospettica.

Riprendendo quanto già affermato dalla Procura nella sent. n. 1 del 2013 occorre sottolineare l'esistenza di una lacuna normativa, all'interno del nostro ordinamento giuridico, relativamente alla procedura da seguire per l'eventuale

<sup>124</sup> G. GIOSTRA, *È inapplicabile al nuncius la disciplina delle intercettazioni riguardanti il parlamentare (ma i veri problemi rimangono irrisolti)*, cit., 2, 1349 ss.

<sup>125</sup> G. GIOSTRA, *È inapplicabile al nuncius la disciplina delle intercettazioni riguardanti il parlamentare (ma i veri problemi rimangono irrisolti)*, cit., 2, 1349 ss.

<sup>126</sup> Cfr. in particolare nota 48 in G. GIOSTRA, *È inapplicabile al nuncius la disciplina delle intercettazioni riguardanti il parlamentare (ma i veri problemi rimangono irrisolti)*, cit., 2, 1349 ss.

utilizzo – e quella conseguente per la distruzione – di intercettazioni di comunicazioni partecipate dal Presidente della Repubblica. Sarebbe auspicabile, va da sé, un intervento legislativo volto a colmare tale lacuna. Resta da chiedersi, tuttavia, in quale direzione potrebbe muoversi il legislatore alla luce della citata sentenza della Corte costituzionale. Certamente una norma che sancisse l'utilizzabilità di tale tipologia di intercettazione sarebbe, *de iure condito*, suscettibile di dichiarazione di illegittimità costituzionale. Un atto normativo diretto a colmare una tale lacuna non potrebbe, quindi, che procedere nel senso della inutilizzabilità. Ma, allo stato attuale, tale lacuna potrebbe considerarsi colmata, in via interpretativa, proprio dalla sentenza della Corte? O si dovrebbe forse ritenere, ad una attenta lettura della sentenza, che una vera e propria lacuna non ricorrerebbe nel caso concreto?

Il Giudice delle leggi, a ben vedere, palesa l'intento di ricavare la soluzione del conflitto di attribuzione sollevato dal Capo dello Stato da una lettura sistematica dei principi del nostro quadro costituzionale; facendo così riferimento, sembrerebbe, a quella *analogia iuris* di cui all'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale.

Anche sul versante della procedura di distruzione la Corte sembra aver lasciato pochi dubbi: intercettazioni di tal specie andrebbero distrutte immediatamente (cfr. par. 3.2), evitando, così, la procedura "partecipata" di stralcio ed anche, come visto (cfr. par. 3.3), quella preliminare di presa visione ed ascolto. Qui, in realtà, l'art. 271 c.p.p. regolerebbe la fattispecie della distruzione di intercettazioni di comunicazioni partecipate da soggetti nei cui confronti non poteva utilizzarsi tale strumento investigativo. La norma non sarebbe esplicita nel riferimento alle intercettazioni casuali (ciò che ha portato la Procura ad evidenziare la lacuna), ma da una lettura sistematica della normativa codicistica, nonché costituzionale, si deriverebbe – afferma la Corte – la norma che regola tale fattispecie.

Che si tratti, nei casi ora esaminati, di interpretazione sistematica o di analogia, e delle relative differenze (ove vi fossero), è argomento particolarmente delicato che, per le ragioni più ovvie, non può essere affrontato in questa sede. Resta tuttavia, come sopra accennato, auspicabile un intervento legislativo che faccia maggiore chiarezza sul tema evitando così un possibile, per quanto improbabile, nuovo ricorso alla Corte, dato il permanere, appunto, di talune incertezze.

La sentenza in esame offre uno spunto di riflessione ulteriore. Il Giudice delle leggi sembra infatti aver qui delineato un quadro di regolamentazione della disciplina relativa alla distruzione di intercettazioni che pare possa conferirle una certa sistematicità. Le intercettazioni, sembrerebbe potersi dedurre dalla sentenza, potranno risultare utilizzabili ovvero inutilizzabili. Quelle utilizzabili potranno poi essere ritenute rilevanti, irrilevanti, o manifestamente irrilevanti ai fini processuali: le prime seguiranno il loro corso naturale, rimanendo «conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione» (art. 269, 2° co., c.p.p.); delle seconde potrà esser richiesta, dalle parti al giudice che le aveva autorizzate, la

distruzione a tutela della riservatezza (art. 269, 2° co., c.p.p.); delle manifestamente irrilevanti, infine, il giudice non dispone – d’ufficio, sembra doversi intendere – neppure l’acquisizione (art. 268, 6° co., c.p.p.). In ogni caso, sia le intercettazioni ritenute dalle parti irrilevanti ai fini processuali, sia quelle manifestamente irrilevanti, sembrano dover seguire la procedura “partecipata” per la loro distruzione. Procedura che viene richiamata, con riferimento alle prime, dall’art. 269, 2° co., c.p.p., attraverso l’esplicito riferimento all’art. 127 c.p.p. che regola il procedimento in “camera di consiglio”; l’art. 268 c.p.p., invece, con riferimento alle intercettazioni manifestamente irrilevanti, dispone soltanto la non acquisizione senza indicare la procedura prevista dall’art. 127 c.p.p. Sembra tuttavia potersi concludere che stesso destino spetti anche ad esse (ma solo qualora queste siano, è bene chiarire, in astratto utilizzabili).

Quanto alle intercettazioni inutilizzabili, invece, bisogna distinguere: certo si dovrà procedere alla distruzione dei risultati di tali operazioni, e tuttavia nel caso in cui il risultato dell’intercettazione sia non utilizzabile per ragioni procedurali, allora il materiale dovrà essere distrutto seguendo, in sostanza, lo stesso percorso delle intercettazioni utilizzabili ma non rilevanti (in senso lato); queste sarebbero le intercettazioni di cui all’art. 271, 1° co., c.p.p., nella parte che segue la particella disgiuntiva “o”, ossia quelle eseguite «qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3». La “o”, infatti, distinguerebbe tali tipologie di intercettazioni da quelle «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge» (art. 271, 1° co., c.p.p.), rendendole così “astrattamente utilizzabili”. Residuerebbero, infine, le intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali, varrebbe a dire non utilizzabili per motivi che attengono ai soggetti destinatari dell’attività di intercettazione o al contenuto dei risultati di tale attività. Queste sarebbero previste dalla prima parte dell’art. 271, 1° co., c.p.p. – quelle, appunto, «eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge» –, nonché dal secondo comma dello stesso articolo, con riferimento a «intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni delle persone indicate nell’art. 200 comma 1, quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati».

Suggerisce una importante riflessione, ancor più alla luce del quadro così delineato, che le intercettazioni del Presidente della Repubblica siano state definite come inutilizzabili per ragioni sostanziali, ma non perché questi rientrasse tra le figure previste dall’art. 200 c.p.p. (richiamato dal 271), ma piuttosto perché «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge».

Ad ogni modo, con riguardo a tale tipologia di intercettazioni (inutilizzabili per ragioni sostanziali *lato sensu*), la procedura da seguire al fine della loro distruzione sarebbe quella “non partecipata”: proprio le particolari ragioni, infatti, della loro non utilizzabilità, comporterebbero la necessità di dover evitare anche il rischio che tali comunicazioni siano divulgate: rischio che sarebbe inevitabilmente

corso con la partecipazione delle parti interessate al momento della selezione (e già prima a quello della presa visione degli atti e dell'ascolto).

Il materiale, quindi, verrebbe selezionato e distrutto in assenza di privati, sebbene parti interessate, ma, in ogni caso, alla presenza del giudice, garanzia di legalità.

Ulteriore questione da chiarire si presenta proprio nell'ultimo capoverso della sentenza costituzionale n. 1 del 2013. Si è già discussa la natura problematica di tale formula utilizzata dalla Corte al fine di prevedere le necessarie eccezioni alla regola da essa estrapolata in via interpretativa. Ci si chiede dunque, qui, quali siano, in tali ipotesi, le strade percorribili dal giudice.

Fermo restando l'auspicio, anche con riguardo a simili delicate situazioni, di un intervento legislativo, sembrerebbe doversi prospettare, data la natura eccezionale della previsione della Corte, un possibile utilizzo delle intercettazioni partecipate dal Capo dello Stato (e, per estensione, di tutte le intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali). Quale potrà essere, poi, il concreto utilizzo di tali materiali è previsione difficile. Se ne può qui immaginare, tenendo conto dei motivi che spingono l'ordinamento a disporre la non utilizzabilità di determinate intercettazioni, un uso che, ad ogni modo, causi il minor rischio possibile di divulgazione dei contenuti delle comunicazioni o, quantomeno, qualora ciò fosse particolarmente arduo, dei dati relativi ai soggetti intercettati nei cui confronti lo strumento investigativo in questione non avrebbe potuto essere utilizzato.

Con riguardo a tali casi eccezionali, come è ovvio, non si pone invece il problema della procedura da seguire per la distruzione. I risultati di tali intercettazioni, infatti, sono utilizzabili: saranno quindi conservati sino alla sentenza non più soggetta a impugnazione.

Resta fermo, comunque, l'eventuale correttivo della secretazione del materiale acquisito (come, ad es., nel caso di intercettazioni illegali e materiale coperto da segreto di Stato).

A conclusione di questa trattazione, sembra forse opportuno prendere in considerazione un'ulteriore alternativa. Si è visto quali siano state le ragioni che abbiano portato la Corte a risolvere in favore del Capo dello Stato il conflitto di attribuzione da questi sollevato. Tali ragioni appaiono, ad una lettura complessiva, comprensibili. Residua, tuttavia, una diversa soluzione, che comporterebbe, però, una inversione di rotta, seppure parziale, della Corte rispetto a quanto affermato con la sentenza n. 1 del 2013. Ci si è interrogati sulla assenza, nel nostro ordinamento giuridico, di un organo al quale doversi fare riferimento per una eventuale ipotesi di utilizzo di intercettazioni partecipate dal Presidente della Repubblica. Si è discusso (cfr. par.3.3) sul valore da attribuire a tale assenza e sulla difficoltà relativa alla distinzione, con riguardo alle comunicazioni del Capo dello Stato, tra atti extrafunzionali ed atti, invece, che seppure informali, si



pongono come preliminari ed essenziali allo svolgimento delle funzioni assegnategli dalla Costituzione.

A ben vedere, però, un organo che potrebbe essere dotato della forza necessaria ad una simile operazione di giudizio relativamente ad atti del Presidente della Repubblica, nel nostro ordinamento, esiste: si tratta, in effetti, della stessa Corte costituzionale. Tale conclusione è facilmente deducibile dal fatto che, per i cd. reati propri, *ex* art. 90 Cost., competente a giudicare il Capo dello Stato, successivamente alla messa in stato di accusa da parte del Parlamento, è, appunto, la Corte costituzionale.

Due ulteriori ordini di ragioni: la Corte è l'autentico interprete della Costituzione, ed i limiti investigativi imposti all'Autorità giudiziaria, quanto all'uso di determinati strumenti nei confronti di alcuni soggetti, debbono avere una base costituzionale.

Inoltre, data la peculiarità di tale organo, «in nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte costituzionale. La Corte adotta le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento» (art. 270-*bis*, 8° co., c.p.p.).

Proprio il Giudice delle leggi, dunque, si presenterebbe come l'organo al quale sarebbe opportuno affidare un compito così delicato: svolgerebbe, in tal senso, una funzione non dissimile da quella svolta dal giudice ordinario quando, nell'analizzare intercettazioni partecipate da taluni dei soggetti di cui all'art. 200 c.p.p., stabilisce se i risultati di tale attività captativa abbiano «ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione» (art. 271, 2° co. 2, c.p.p.).

Si andrebbe così a colmare quella assenza che tuttavia, giova ricordarlo, la Corte non ha definito come lacuna.

Una tale operazione, ad ogni modo, richiederebbe l'intervento del legislatore costituzionale.

## Capitolo IV

# Profili comparatistici

SOMMARIO: 1. Profilo comparatistico europeo – 1.1 Quadro normativo dei principali paesi europei – 1.2. Analisi della giurisprudenza spagnola – 1.3. Le intercettazioni di conversazioni con l'estero – 2. Cenni alla disciplina normativa ed alla giurisprudenza statunitense. – 2.1. La disciplina generale delle intercettazioni negli Stati Uniti. – 2.2. Il regime dell'inutilizzabilità quale particolare modo di atteggiarsi della *exclusionary rule*. – 2.3. Lo scandalo “*Watergate*”.

### 1. *Profilo comparatistico europeo*

#### 1.1. *Quadro normativo dei principali paesi europei*

Si affronterà ora il tema della distruzione delle intercettazioni nei principali paesi europei, ritenendo fondamentale un confronto, specialmente in un mondo come quello di oggi che tende sempre più alla globalizzazione e all'omogeneità degli ordinamenti.

Per quel che riguarda la Francia, l'unica fonte legale in tema di intercettazioni telefoniche in ambito giudiziario è stata per alcuni anni la previsione generale dell'art. 81 c.p.p., integrata poi con la l. del 10 luglio 1991, in seguito ad un richiamo della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Il quadro giuridico che regola le intercettazioni di corrispondenza tramite vie di telecomunicazione è stabilito dall'art. 100 c.p.p., in base al quale il potere di ordinare tali mezzi investigativi è attribuito esclusivamente al giudice istruttore sotto la sua autorità ed il suo controllo. È consentito utilizzarle solo ove ritenute indispensabili nello svolgimento di indagini e in materia di crimini o delitti per i quali sia prevista una pena detentiva non inferiore a due anni. La durata dell'intercettazione (art. 100-1 c.p.p.), non può essere superiore a quattro mesi, mentre la decisione può essere rinnovata alle stesse condizioni di forma e di tempo (art. 100-2 c.p.p.). In tema di distruzione, l'art. 100-6 c.p.p. specifica che le intercettazioni possono essere conservate fino a quando vi sia necessità di ordine pubblico; una volta scaduto il termine di prescrizione dell'azione pubblica, le registrazioni vengono distrutte per disposizione del Procuratore della Repubblica o del Procuratore generale. Non chiunque può essere oggetto di intercettazioni, vi sono limiti precisi per quanto riguarda i parlamentari, i magistrati e gli avvocati, questi ultimi nel rispetto della libertà di comunicazione tra il cliente e il professionista.

Le intercettazioni di sicurezza invece vengono disposte dal governo e sono disciplinate dalla legge n. 646 del 1991, che dispone delle misure di legalità tali da garantirne, oltre all'efficacia, anche la trasparenza. Sono finalizzate a prevenire

terrorismo, criminalità organizzata, attentati alla sicurezza nazionale e a proteggere elementi essenziali al patrimonio scientifico ed economico francese. Nell'utilizzo di queste intercettazioni non devono essere violati i principi costituzionali del segreto della corrispondenza, della libertà individuale e del diritto alla riservatezza. Una volta che le trascrizioni non siano più indispensabili al raggiungimento dello scopo di legge, devono essere distrutte, mentre le registrazioni stesse devono essere distrutte entro 10 giorni da quando sono state effettuate.

Sembra vi sia un maggiore rispetto del diritto alla segretezza nella disciplina delle intercettazioni finalizzate alla prevenzione di reati pericolosi per la pubblica sicurezza, che non nelle altre; è vero che, trattandosi di provvedimenti eccezionali e d'emergenza, sono anche privi di garanzie preventive nei confronti degli intercettati, non essendoci un soggetto ben preciso su cui indagare, ma cambiando il reato non dovrebbe cambiare la condizione dell'intercettato. L'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è emblematico: «Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore o della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni».<sup>127</sup>

In Germania troviamo un altro tipo di impostazione. L'art. 10 della Legge fondamentale in Germania (*Grundgesetz*) sancisce l'inviolabilità del segreto della corrispondenza e delle telecomunicazioni, consentendo il potere di stabilire eventuali deroghe solamente alla legge ordinaria.

A ciò si aggiunge un regolamento ministeriale del Governo Federale in vigore dal 3 novembre 2005, che stabilisce la procedura tecnica e organizzativa per l'attuazione delle misure legali di controllo delle telecomunicazioni sia nel caso di singole persone (c.d. controllo individuale, *Individualkontrolle*, tipico delle inchieste giudiziarie), sia nel caso contrario (c.d. controllo strategico, *strategische Kontrolle*, richiesto dai servizi di intelligence).<sup>128</sup>

L'art. 5 della direttiva stessa (2006/24 CE del 15 marzo 2006)<sup>129</sup> sulle categorie di dati da conservare, al comma 2 proibisce la conservazione di dati relativi al contenuto della comunicazione. I dati invece suscettibili di conservazione ai sensi

<sup>127</sup> Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo - adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948 (Trattandosi di un atto contenuto in una risoluzione, la Dichiarazione è priva di efficacia obbligatoria per gli Stati membri dell'O.N.U., spettando ad ogni singolo Stato decidere se darvi attuazione. Per quanto riguarda l'Italia manca tuttora un atto di esecuzione). PASQUALE COSTANZO *Testi normativi per lo studio del diritto costituzionale italiano ed europeo*, nona edizione, G. Giappichelli Editore - Torino, pag. 1151

<sup>128</sup> Per ulteriori approfondimenti: Legge di riforma della disciplina sulle intercettazioni telefoniche e su altre misure investigative nascoste, nonché di attuazione della Direttiva 2006/24/CE del 21 dicembre 2007 (*Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG* - BGBl., I.S. 3198) e la modifica della normativa sui servizi investigativi doganali e di altre leggi del 12 giugno 2007 (*Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze* - BGBl., I.S. 1037. <http://leg16.camera.it/126?leg=16&pdl=1415>).

<sup>129</sup> riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione.

dell'art. 5, 1° co., possono essere tenuti per un periodo compreso tra sei mesi (minimo) e due anni dalla data della comunicazione (art. 6).

Per quanto riguarda la protezione e la sicurezza dei dati, l'art. 7b) dispone chiaramente l'adozione di misure tali da impedire la distruzione, la perdita, o qualunque altro evento illecito o accidentale ne causi alterazione, delle informazioni raccolte, che, ai sensi del medesimo articolo lettera d), devono essere distrutte alla fine del periodo di conservazione, fatta eccezione per quelle consultate e conservate.

Per quanto riguarda le intercettazioni nell'ambito di inchieste giudiziarie, l'art. 100a c.p.p. sancisce che si possono effettuare intercettazioni e registrazioni telefoniche di una o più persone sospettate di attentato alla pace, alto tradimento e minaccia dell'ordinamento democratico, reati contro l'ordine pubblico, omicidio e genocidio, traffico di armi da guerra e spaccio di stupefacenti, abuso sessuale di minori e diffusione della pornografia, per citarne alcuni. Si ha il permesso di intercettare solamente quando vi siano motivi di sospetto di reato. L'ordinanza che dispone le intercettazioni ha validità tre mesi, salvo proroga di soli altri tre mesi, alle condizioni imposte dall'art. 100a c.p.p.

Per quanto concerne il contenuto delle intercettazioni, vigono delle regole piuttosto restrittive in merito: l'art. 100a, 4° co., c.p.p. proibisce il rilevamento e l'utilizzo dei contenuti di comunicazioni inerenti la sfera intima di una persona; nel caso in cui durante una conversazione telefonica sorgano particolari intimi e molto personali, non è consentita l'intercettazione della telefonata. La registrazione deve essere immediatamente cancellata e le informazioni eventualmente ottenute non potranno essere utilizzate nel corso di un procedimento penale.

Inoltre chiunque fornisca a scopo commerciale servizi di telecomunicazione è obbligato ad immagazzinare i dati relativi al traffico e conservarli per un periodo di sei mesi per consentire eventualmente al giudice, al procuratore e agli investigatori l'intercettazione e la registrazione. Nel caso in cui le informazioni raccolte non siano più utili ai fini dell'azione penale, spetta alla procura vigilare sull'effettiva e immediata distruzione di tutta la documentazione e dei dati sensibili; in caso contrario, verranno utilizzate a fini di prova in altri procedimenti penali per la risoluzione di indagini su reati di cui all'art. 100a c.p.p.

In Gran Bretagna la principale fonte normativa in materia di intercettazioni è costituita dal *Regulation of Investigatory Power Act* del 2000 (RIPA)<sup>130</sup>. La RIPA disciplina in particolare le attività di investigazione il cui esercizio contempli l'intercettazione delle comunicazioni e l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico. Ci preme rilevare che per garantire la pubblica sicurezza tramite la prevenzione di attività terroristiche la disciplina è stata integrata con diversi *Statutory Instruments* (atti di legislazione delegata, una sorta di decreto ministeriale nostrano) e *codici di condotta*. Tra questi assumono particolare importanza il codice adottato il 24 settembre 2005 in attuazione della legge

---

<sup>130</sup> <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/20000023.htm>

medesima, nonché, per i profili generali, il codice sulla conservazione dei dati delle comunicazioni (*data retention*), intervenuto successivamente a corredo della legislazione anti-terrorismo emanata dal 2001.

La disciplina delle intercettazioni: per quanto riguarda le intercettazioni tramite posta o telecomunicazioni, il RIPA stabilisce che le intercettazioni dovranno essere effettivamente necessarie a proteggere la sicurezza nazionale, ad individuare o a prevenire attività criminali di particolare gravità, o a salvaguardare la ricchezza economica del paese. L'art. 17 della legge tuttavia, sancisce che le informazioni così ottenute non hanno valore probatorio, e salvo talune eccezioni, non possono essere generalmente utilizzate come prove nei procedimenti giurisdizionali. Tale divieto si confà all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e al principio della condizione di parità tra accusa e difesa, tipico del sistema penale britannico; forti sono le perplessità in merito all'inesistente valore probatorio<sup>131</sup>. Il quadro delle fonti normative rilevanti per la materia in esame è integrato principalmente da due codici di condotta, l'uno dedicato alle intercettazioni, l'altro, intervenuto successivamente all'approvazione dello *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* del 2001, agli aspetti della conservazione dei dati inerenti alle stesse comunicazioni. Ai sensi del primo codice, *Interception of Communication Code of Practice*, la validità del *warrant* (l'autorizzazione ad effettuare le intercettazioni) è fissata per un periodo di tre mesi, rinnovabile per altri tre o sei mesi a seconda che l'attività investigativa riguardi la criminalità organizzata (*serious crime*) oppure la sicurezza dello Stato. Il materiale tratto dalle intercettazioni non può essere diffuso, riprodotto o conservato se non nei limiti delle finalità per le quali le intercettazioni medesime sono state autorizzate nei termini dei *warrants* e nelle disposizioni del Commissioner (l'organo incaricato di vigilare sulla corretta applicazione del RIPA), oltre che per alcuni scopi di rilevante interesse pubblico individuati dall'art. 15 della legge (ad esempio, la tutela della sicurezza pubblica o del benessere economico del Paese, l'espletamento dei compiti istituzionali delle autorità ministeriali e del Commissioner o del Tribunal); raggiunte dette finalità il materiale suddetto, la cui diffusione ha carattere circoscritto ed è soggetta a particolari misure di sicurezza, deve essere distrutto.

Il codice di condotta sulla *Retention of Communications Data*<sup>132</sup>, si occupa altresì di definire la tipologia di dati che possono essere conservati (in deroga ai principi che ne richiederebbero altrimenti la distruzione una volta esaurito lo

<sup>131</sup> Eccettuate alcune ipotesi particolari (relative ai reati consistenti nell'effettuare intercettazioni illegittime, oppure a violazioni della disciplina del segreto di Stato), le intercettazioni si configurano come strumento investigativo finalizzato all'acquisizione di prove, senza avere di per sé valore probatorio. La riflessione svolta sul tema dal Governo (2003) ha confermato la validità di questo approccio in considerazione sia dei soddisfacenti risultati ottenuti - avuto riguardo anche ai costi e ai benefici -, sia della sua rispondenza al modello britannico di giustizia penale. Una sintesi delle valutazioni espresse dal Governo ad esito della *Interception as evidence review* è consultabile all'indirizzo di rete: <http://security.homeoffice.gov.uk/ripa/interception/use-interception/use-interception-review/>

<sup>132</sup> <http://www.opsi.gov.uk/si/si2003/draft/5b.pdf>

scopo della loro raccolta) e la durata della loro conservazione, che è fino ad un massimo di dodici mesi, con possibilità di eventuali proroghe, sulla base di giustificate motivazioni.

In Spagna le comunicazioni possono essere monitorate per un periodo di tre mesi prorogabile per uguale periodo di tempo con risoluzione motivata del giudice, per gli individui oggetto di intercettazione su cui pesino forti indizi di responsabilità penale e le cui conversazioni siano mezzo per attuare scopi criminali. Di fronte ad un panorama di legislazione scarsa e non adeguata, il *Tribunal Constitucional* ed il *Tribunal Supremo* sono intervenuti a colmare alcune lacune della disciplina.

### 1.2. *Analisi critica della giurisprudenza spagnola*

Durante il nostro *excursus* normativo in Europa, abbiamo avuto modo di notare la carenza legislativa spagnola in materia di intercettazioni. In funzione di supplenza del “legislatore latitante”, nel panorama giurisprudenziale spagnolo, è emersa invece una visione evolutiva dell'uso di queste strumentazioni, non come mero controllo o invasione della privacy altrui, ma come mezzo di verifica, a posteriori, dell'effettiva esistenza di un reato e mezzo di acquisizione di dati probatori.

Interessante in particolare è l'assunto che tra il reato e le misure investigative adottate debba sussistere un requisito di proporzionalità su cui è data possibilità di pronunciarsi al diretto interessato<sup>133</sup>.

Degno di nota è apparso il passaggio dal giudizio di idoneità al giudizio di necessità, cioè la ricerca di un mezzo investigativo meno lesivo della libertà personale per giungere ad un accertamento di reato.

Meno condivisibile sembrerebbe l'applicazione del principio di specialità, che attribuisce valenza all'autorizzazione per le intercettazioni solamente per il reato per cui sono state richieste; nel caso in cui, in corso d'indagine, si rivelasse un nuovo illecito penale, sarebbe necessario chiedere una nuova autorizzazione. Ora, ciò è senza dubbio ineccepibile sotto un profilo di garanzia delle libertà, ma rischia di rallentare il faticoso meccanismo della lotta alla criminalità. Più rassicurante sotto questo aspetto appare la disposizione comunitaria che obbliga i fornitori di telecomunicazioni a conservare i dati del traffico telefonico per un periodo di sei mesi e a metterli a disposizione delle autorità competenti in caso di necessità, con la possibilità di essere utilizzati in altri procedimenti penali qualora contengano elementi oggettivamente utili. In caso contrario la loro distruzione è comunque assicurata, rispettando quindi ogni principio fondamentale sulla riservatezza.

---

<sup>133</sup> Sentencia Tribunal Constitucional n. 37 del 1989; Id. 85 del 1994.

### 1.3. *Le intercettazioni di conversazioni con l'estero*

Il principio generale su cui si basano le intercettazioni di conversazioni con l'estero è che il ricorso alla rogatoria internazionale sia obbligatorio solamente allorché l'attività di intercettazione abbia come scopo la captazione di comunicazioni che transitino unicamente in territorio straniero. È utilizzabile invece il contenuto di un'intercettazione telefonica, in conformità alle disposizioni degli artt. 266 e seguenti c.p.p., su utenza ubicata nel territorio dello Stato, a nulla rilevando che l'altra utenza intercettata si trovi all'estero<sup>134</sup>.

Nel caso di conversazioni tra l'Italia e i paesi stranieri, per le telefonate in uscita dal nostro Paese l'attività di intercettazione viene svolta interamente nel nostro territorio e quindi non si pone un problema di violazione di rogatorie internazionali; per le chiamate provenienti dall'estero invece, non funziona allo stesso modo. Prima di affrontare il tema giuridico però, bisogna spiegare l'aspetto tecnico. È possibile convogliare tutte le chiamate provenienti dall'estero in un unico "nodo", un server, così da intercettarne le comunicazioni. Il punto è che ciò avviene in modo casuale, cioè captando tutte le chiamate provenienti da numerazioni che hanno in comune, per esempio, le prime tre cifre, per poi reperire quelle di interesse. Questa tecnica di intercettazione è chiamata "instradamento", ed è stata dichiarata legittima dalla nostra Suprema Corte<sup>135</sup>. Ora, questo metodo di indagine, essendo a campione, manca di preliminare provvedimento autorizzativo motivato dall'autorità giudiziaria, previsto come sancito dagli artt. 267 c.p.p. e 15 Cost. La legittimità di tale attività investigativa però, si avvale di un criterio spaziale: tutta l'attività di intercettazione avviene su suolo italiano, senza obbligo di rogatoria. In questo modo si evita la trafila burocratica prevista dagli accordi internazionali, che prevede la richiesta dei tabulati (ossia i dati relativi al solo traffico telefonico, i numeri chiamati e chiamanti) da parte del giudice straniero nei confronti della compagnia di telecomunicazioni del proprio paese, e poi la trasmissione della documentazione al nostro magistrato da parte del collega estero. Il passaggio del materiale per le mani del giudice costituisce una garanzia del materiale acquisito, cosa di cui risponde la compagnia telefonica di fronte al proprio giudice nazionale. Secondo buona parte della dottrina, questa procedura di intercettazione è incostituzionale in quanto violerebbe il diritto alla segretezza delle comunicazioni a causa del suo metodo tecnico senza specificazione delle utenze intercettate e senza giustificazione: la portata generale

<sup>134</sup> Cass. Pen., IV, 13 giugno 2003, n. 37751, Lengru, in *CED Cass.*, n. 226174

<sup>135</sup> Cass. Pen., IV, 14 maggio 2004, n. 32924, Belforte, in *CED Cass.*, n. 229103; Cass. Pen., IV, 30 giugno 2004, n. 37646, Romeo, *ivi.*, n. 229149.

del provvedimento autorizzativo sarebbe contrastante con l'art. 15 Cost.<sup>136</sup>. È importante notare che tale diritto è considerato inviolabile non solo nel nostro paese, ma anche negli altri Stati.

La giurisprudenza ha legittimato tale scorciatoia per favorire l'attività intercettativa, che altrimenti sarebbe ostacolata da questioni giurisdizionali e minore rapidità delle indagini. Il rischio tuttavia c'è: l'acquisizione dei tabulati di una utenza straniera, senza la proposizione di una rogatoria all'autorità giudiziaria estera, consiste in un'acquisizione arbitraria inutilizzabile in un processo. Il giudice, legittimando l'instradamento in entrambe le direzioni, ha cercato di ovviare al problema, lasciando però dubbiosa buona parte della dottrina<sup>137</sup>.

Discorso a parte è per le intercettazioni di telefonia mobile: ciò che rileva ai fini della competenza giurisdizionale, è la nazionalità dell'utenza, essendo tali apparecchi soggetti alla regolamentazione tecnica e giuridica dello stato cui appartiene l'ente gestore del servizio. Ne consegue che non è necessario esperire una rogatoria internazionale se le operazioni di intercettazione di un'utenza mobile nazionale in uso all'estero possono essere svolte interamente nel territorio dello Stato<sup>138</sup> (cosa che non avviene nel caso in cui 2 sim straniere effettuino traffico telefonico sul nostro suolo: la competenza non sarebbe italiana). Un'intercettazione senza rogatoria, di sim straniere comunicanti su territorio italiano, tecnicamente possibile, risulta abusiva in quanto non autorizzata e disposta dall'autorità giudiziaria estera.

Per quanto riguarda le intercettazioni ambientali da eseguire all'estero, la legge consente al pubblico ministero di richiedere rogatorie per ottenere comunicazioni, notificazioni e per attività di acquisizione probatoria<sup>139</sup>.

Invece le intercettazioni telefoniche compiute da un'autorità di polizia straniera e da questa trasmesse di propria iniziativa, ai sensi dell'art. 3, 1° co., della Convenzione Europea di assistenza giudiziaria firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959, e dell'art. 46 dell'Accordo di Schengen, (senza l'apposizione di condizioni di utilizzabilità) alle Autorità italiane interessate alle informazioni rilevanti ai fini della collaborazione alla repressione di reati commessi sul loro territorio, possono essere validamente acquisite nel fascicolo del pubblico ministero (art. 78, 2° co., disp. att. c.p.p.)<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> L. FILIPPI, in A. GIARDA e G. SPANGHER (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, IPSOA, II ed., 2001, art. 266, 1391.

<sup>137</sup> M. TIBERI, *L'instradamento delle telefonate straniere: una prassi discutibile*, in *Cass. pen.* 2004, 3, 957.

<sup>138</sup> Cass. Pen., I, 16 ottobre 2002, n. 37774, Strangio, in *CED Cass.*, n. 222406.

<sup>139</sup> Cass. Pen., I, 25 settembre 1997, n. 5282, Dentice, in *CED Cass.*, n. 208800.

<sup>140</sup> Cass. Pen., I, 31 ottobre 2002, n. 42478, Moio, in *CED Cass.*, n. 222984.



## 2. Cenni alla disciplina normativa ed alla giurisprudenza statunitense

### 2.1. La disciplina generale delle intercettazioni negli Stati Uniti

L'argomento comparativo, utilizzato sia in via ricognitivo-legislativa che in via interpretativo-giurisprudenziale,<sup>141</sup> rappresenta uno strumento sicuramente utile al fine di superare le incertezze relative ai temi dell'inutilizzabilità e della distruzione delle intercettazioni nel nostro ordinamento.

Procederemo all'analisi di un'esperienza, quale quella statunitense, profondamente diversa dalla nostra, con l'obiettivo di elaborare uno *standard* comparativo specifico, attraverso cui siano evidenziati, ponderatamente e con riferimento esclusivo al tema selezionato, elementi differenziali ed elementi di continuità tra l'esperienza straniera selezionata e quella nostrana.

Nel contesto ordinamentale degli U.S.A., la costruzione della disciplina delle intercettazioni fu inizialmente appannaggio della giurisprudenza.<sup>142</sup>

Nel 1934 venne promulgato il *Federal Communications Act*, ove si precisava che nessun agente delle forze dell'ordine poteva sentire le comunicazioni altrui e divulgare il loro contenuto, se preliminarmente non fosse stato rilasciato il provvedimento di autorizzazione del giudice (*warrant*).

Una disciplina compiuta delle intercettazioni fu varata dal Congresso solo nel 1968 con l'*Omnibus Crime Control and Safety Streets Act*: è proprio a tale disciplina, emendata più volte, che dobbiamo riferirci per approfondire la tematica delle intercettazioni inutilizzabili.

La regola generale,<sup>143</sup> espressa già dal *Federal Communications Act*, è che gli agenti statali o federali di *law enforcement*<sup>144</sup> debbano ottenere, prima di iniziare le operazioni di intercettazione, un *warrant*, ossia un'autorizzazione preventiva da parte del giudice. Soltanto nei casi d'immediato pericolo di morte o di grave lesione fisica, di attività di cospirazione con pericolo per la sicurezza nazionale, di attività di cospirazione afferenti alla criminalità organizzata, le intercettazioni possono essere effettuate senza *warrant* e convalidate successivamente dal giudice entro un termine di 48 ore.

Particolare attenzione è poi riservata alla disciplina del contenuto del provvedimento di autorizzazione per quanto concerne, in particolare: l'indicazione precisa del tipo di conversazioni da intercettare e i reati ad esse collegati; l'identificazione dell'intercettato e della *agency* autorizzata ad intercettare; il

---

<sup>141</sup> Si veda P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 293 ss.

<sup>142</sup> *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942); *Silvermann v. United States*, 365 U.S. 505 (1961).

<sup>143</sup> In tal senso, J. L. INGRAM, *Criminal procedure: theory and practice (second edition)*, Prentice Hall, New Jersey, 2008, 168 ss.

<sup>144</sup> La richiesta deve essere inoltrata per il tramite dell'*Attorney general* o di un suo delegato, a livello federale; per il tramite del *Principal prosecuting attorney*, a livello statale

periodo di tempo entro cui le intercettazioni possono essere effettuate (che non può eccedere i trenta giorni, prorogabili una sola volta). In termini di *probable cause*, la valutazione del magistrato si spinge oltre gli standard previsti in materia di *search and seizure*, e riguarda non solo la possibilità che il reato sia stato o stia per essere commesso, ma anche l'insufficienza o la pericolosità di tecniche d'indagine diverse dalle intercettazioni.

Ulteriormente rilevanti sono le *post interception procedures*, sia per quanto riguarda le competenze del giudice in materia di custodia e conservazione delle registrazioni effettuate degli agenti, sia con riferimento alla c.d. *post surveillance notice*, attraverso cui l'indagato viene informato delle operazioni eseguite a suo carico, in "*a reasonable time*", comunque non superiore a novanta giorni.<sup>145</sup> Nel caso in cui sia avanzata una *motion*, il giudice può autorizzare discrezionalmente l'esame parziale, da parte dell'indagato o del suo difensore, delle comunicazioni intercettate. Infine è previsto che almeno dieci giorni prima dell'udienza a tutte le parti del processo sia fornita copia del provvedimento di autorizzazione.

## 2.2. Il regime dell'inutilizzabilità quale particolare modo di atteggiarsi della exclusionary rule

Non vi è dubbio che la *post surveillance notice* sia finalizzata, oltre che a realizzare una "generale garanzia e di genuinità di quanto raccolto e dei diritti dell'intercettato",<sup>146</sup> anche a porre l'intercettato nelle condizioni di poter richiedere, tramite un'apposita *motion*, la *suppression*<sup>147</sup> del contenuto di qualsiasi conversazione captata.

In via prodromica, al fine di comprendere la portata delle disposizioni in tema di *suppression*, occorre soffermarsi sul peculiare modo di atteggiarsi della *exclusionary rule*.

L'*exclusionary rule* rappresenta un principio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte Suprema sin dal 1914,<sup>148</sup> sulla base del quale "è riconosciuto che gli elementi probatori costituenti il frutto di un atto illegittimo della polizia devono ritenersi inammissibili al procedimento, ossia che essi sono inutilizzabili per il giudizio sulla responsabilità dell'imputato".<sup>149</sup>

In tema di intercettazioni, il par. 2515 del Titolo 18 dell'U.S. Code disciplina la *exclusionary rule* in maniera indubbiamente rigida,<sup>150</sup> sancendo che il contenuto

<sup>145</sup> Il quale decorre dal momento in cui termina il periodo di tempo contemplato dal provvedimento di autorizzazione.

<sup>146</sup> AA. VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale per l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, atti del Convegno, Milano 5-7 ottobre 2007, Milano, 2009.

<sup>147</sup> 18 U.S.C.A. par. 2518 (10).

<sup>148</sup> *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

<sup>149</sup> R. G. MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 2009, 14 ss.

<sup>150</sup> J. L. INGRAM, *Criminal procedure (second edition)*, cit. 171 ss.

delle intercettazioni effettuate in violazione delle regole precedentemente descritte non possa essere utilizzato come *evidence* nel processo.

Muovendo da tali presupposti normativi, la descrizione dei casi in cui può essere richiesta dall'intercettato la *suppression* delle captazioni che lo rendono *aggrieved* risulta essere oltremodo agevole. Il par. 2518 (10) del Titolo 18 dell'U.S. Code si distingue infatti per chiarezza e semplicità, essendo tre i casi previsti in presenza dei quali è possibile avanzare un'istanza di *suppression*.

Il primo caso è quello delle comunicazioni intercettate *unlawfully*,<sup>151</sup> ossia di intercettazioni effettuate da soggetti non autorizzati, oppure da agenti di *law enforcement* autorizzati, ma divulgate illegittimamente.

Oltre alle ipotesi di captazioni *contra legem* descritte, sia in negativo che in positivo, dal *Federal Wiretap Act*,<sup>152</sup> è necessario prendere atto che sul punto è intervenuta una giurisprudenza decisamente coraggiosa. Si citi, in proposito, il caso *United States v. Renzi* (2010),<sup>153</sup> l'esame del quale ci permette di approfondire altresì il tema delle intercettazioni relative alle comunicazioni dei membri del Congresso.

Nei confronti di Richard G. Renzi, neoeletto *Congressman* indagato per frode assicurativa, furono autorizzate intercettazioni di comunicazioni potenzialmente protette dalla *Speech or Debate Clause*<sup>154</sup> contenuta nel I Emendamento della Costituzione americana. Il *warrant* non si estendeva tuttavia alle comunicazioni intercorse tra l'indagato ed il suo avvocato, le quali furono indiscriminatamente captate e utilizzate dagli agenti federali per trarne elementi di prova.

La sentenza emessa dalla *U.S. District Court of Arizona* è interessante per due aspetti. Il primo concerne la riconduzione del caso concreto alla fattispecie di *suppression* giustificata dall'utilizzo di intercettazioni *unlawful*. La Corte infatti qualificò le intercettazioni delle conversazioni intercorse tra Renzi ed il suo avvocato come *unreasonably recorded*, dal momento che gli agenti, pur essendo legittimati a captare comunicazioni "privilegiate", non avrebbero dovuto valicare i confini del provvedimento di autorizzazione ascoltando conversazioni coperte da un tipo diverso di "privilegio", ossia quello derivante dal rapporto avvocato-cliente. Di qui la riconduzione del caso di specie, non alla terza categoria contemplata del par. 2518 (10), ma a quella delle intercettazioni *contra legem*.

L'altro aspetto riguarda la consistenza della sanzione processuale irrogata dal giudice: egli dispose la *suppression*, non solo del materiale relativo alle

<sup>151</sup> 18 U.S.C.A. par 2511 (1).

<sup>152</sup> Trattasi di quelle ipotesi, precisamente scandite dal par. 2511 (1), di *unlawful* e *non unlawful interceptions*.

<sup>153</sup> Per un'analisi lineare e completa del caso si rinvia a W. A. LIESS, *Federal Court tosses wiretap for failure to minimize interceptions*, in [www.pepperlaw.com](http://www.pepperlaw.com), 2010.

<sup>154</sup> "And for any Speech or Debate in either House, [The Senators and Representatives] shall not be questioned in any other Place." U.S. Const. art. 1, § 6, cl. 1. Tale clausola è stata interpretata dalla Corte Suprema nel senso che i membri del Congresso ed i loro collaboratori non sono perseguibili per i propri "atti legislativi", ossia per quanto affermato nelle camere, ma anche per le conversazioni che rientrano nell'attività preparatoria dei lavori commissionali.

comunicazioni avvenute tra Renzi ed il suo *attorney*, ma di tutte le intercettazioni effettuate nei confronti del membro del Congresso.

La seconda ipotesi di *suppression* è quella relativa all'insufficienza, *prima facie*, del provvedimento di autorizzazione o di approvazione emesso dal giudice. In proposito si può ravvisare un atteggiamento antiformalista della Corte Suprema, che in *United States v. Chavez*,<sup>155</sup> ad esempio, non considerò illegittimo il mandato, sebbene fosse stata identificata erroneamente la persona responsabile dell'investigazione. La Corte pervenne a tale decisione perché, essendo il soggetto erroneamente identificato appartenente al medesimo ufficio del soggetto legittimato, ciò fu considerato alla stregua di una mera infrazione formale da cui non derivavano conseguenze pratiche rilevanti.

Il terzo caso è quello del difetto di conformità delle operazioni di intercettazione al provvedimento di autorizzazione o di approvazione (si pensi, ad esempio, alle operazioni effettuate oltre il termine stabilito dal giudice nel provvedimento di autorizzazione).

Vi sono inoltre, per quanto riguarda la disciplina della *suppression*, alcuni aspetti processuali su cui sembra opportuno soffermarsi. In primo luogo la motion deve essere avanzata prima dell'udienza, salvo che l'*aggrieved* non ne abbia avuto l'opportunità o non sia a conoscenza dei presupposti che giustificano l'istanza; il giudice può, sulla base di un apprezzamento discrezionale, autorizzare l'esame del contenuto delle intercettazioni da parte del soggetto istante.

Infine occorre, attraverso un'operazione di ricostruzione sistematica, tener conto del fatto che sussiste un nesso particolarmente intenso tra l'accoglimento dell'istanza di *suppression* e la distruzione delle intercettazioni effettuate in violazione delle norme contenute nel *Federal Wiretap act*.

In base al disposto del 18 U.S.C § 2518 (8), le registrazioni debbono essere conservate, nei luoghi e secondo le modalità stabilite dal giudice per un periodo che non sia inferiore a dieci anni;

inoltre è soltanto in base ad un provvedimento emesso da quest'ultimo che i supporti contenenti le intercettazioni viziate possono essere distrutti.

Tenendo conto del fatto che avverso il provvedimento che ordina la *suppression* è possibile, per gli United States, proporre appello entro un termine perentorio di trenta giorni,<sup>156</sup> dobbiamo ritenere che il giudice di prima istanza non possa disporre la distruzione delle registrazioni prima che sia decorso il suindicato termine; nel caso in cui il provvedimento sia impugnato e la corte di appello respinga l'impugnazione confermando la decisione di accoglimento, sarà quest'ultima ad ordinare la distruzione.

Per concludere, cerchiamo di verificare se vi sono degli elementi normativi e delle indicazioni giurisprudenziali che ci permettano di comprendere se l'ordine di distruzione debba essere emesso immediatamente dal giudice competente oppure no.

<sup>155</sup> *United States v. Chavez*, 416 U.S. 562 (1964).

<sup>156</sup> 18 U.S.C.A. par. 2518 (10).

Nel par. 2518 (10) è precisato che in caso di dichiarazione d'inutilizzabilità, *"the contents of the intercepted wire or oral communication, or evidence derived therefrom, shall be treated as having been obtained in violation of this chapter"*. Ciò significa che tali intercettazioni debbono essere trattate allo stesso modo di quelle effettuate intenzionalmente da parte di soggetti non autorizzati, le quali, nella sistematica del *Federal Wiretap Act*, costituiscono illeciti penali puniti con la reclusione fino a cinque anni.<sup>157</sup> Questo è un argomento normativo che evidentemente corrobora la tesi della distruzione immediata, ma non è il solo; si prenda in considerazione la disciplina dell'appello avverso il provvedimento di *suppression* contenuta nel medesimo paragrafo. Si legge che l'*attorney* degli Stati Uniti debba addirittura dimostrare che l'impugnazione non sia determinata da *"purposes of delay"*, ossia da un mero intento di dilazione.

Infine è anche nel carattere accentuatamente sanzionatorio verso l'operato della polizia, conferito dalla giurisprudenza al provvedimento di *suppression*, che può essere rinvenuto un ulteriore elemento nel senso di un intervento immediato dell'ordine di distruzione. Nel caso esaminato in precedenza (*United States v. Renzi*) è esattamente questo l'atteggiamento assunto dal giudice d'appello; la condotta del governo, nella prospettiva del *Judge Bury*, necessita di un trattamento sanzionatorio che vada oltre la mera declaratoria d'inutilizzabilità delle intercettazioni effettuate in deroga all'ordine di autorizzazione<sup>158</sup>; il provvedimento di *suppression* invalida tutte le registrazioni effettuate nei confronti di Renzi.

### 2.3. Lo scandalo "Watergate"

Al fine di completare l'elaborazione di uno standard comparativo adeguato,<sup>159</sup> oltre al tema dell'inutilizzabilità e della distruzione delle intercettazioni *contra legem*, si rende necessario approfondire le problematiche riguardanti le captazioni delle conversazioni che vedono coinvolto il Presidente degli Stati Uniti.

In via prodromica occorre prendere atto che nella forma di governo statunitense il Presidente della Repubblica è anche *Chief Executive* e *Commander-in-Chief*; ciò indurrebbe a pensare che le sue conversazioni siano oggetto di clausole di protezione particolarmente rigide.

Tuttavia, né nella Costituzione Americana né nei dibattiti costituzionali si rinvencono tracce di *executive privileges*<sup>160</sup> che escludano l'utilizzabilità processuale o impongano la distruzione delle intercettazioni presidenziali. Soltanto nel 1974 la Corte Suprema, nella celebre sentenza *United States v.*

<sup>157</sup> 18 U.S.C.A. par. 2511 (1).

<sup>158</sup> Si veda W. A. LIESS, *Federal Court cit.*

<sup>159</sup> A riguardo P. RIDOLA, *Diritto comparato cit.*, 293 ss.

<sup>160</sup> In realtà vi è una assenza generale di *executive privileges*; in tal senso R. BERGER, *The incarnation of executive privilege*, in U.C.L.A. L. Rev., 1974, 4 ss.

Nixon,<sup>161</sup> stabilì il suo *imprimatur* in materia, riconoscendo la derivazione degli *executive privileges* dal principio costituzionale della divisione dei poteri.<sup>162</sup>

Tale rilievo assiologico assurse a rango di mero *obiter dictum*, dal momento che, con riferimento al caso di specie, le conclusioni della Corte, in veste d'eccezione rispetto alla regola generale, furono di tutt'altro tenore.

Di qui la necessità di fare un passo indietro ed esaminare l'iter processuale antecedente alla pronuncia. Prima dell'inizio del giudizio di primo grado relativo allo scandalo Watergate, il *Special Prosecutor*<sup>163</sup> Leon Jaworski avanzò una *motion di subpoena duces tecum*<sup>164</sup> affinché fossero prodotte le registrazioni delle comunicazioni intercorse tra il Presidente Nixon e gli imputati; l'*attorney* del Presidente, eccependo l'operatività dell'*executive privilege*, chiese il rigetto dell'istanza di *subpoena*.

La decisione della Corte Distrettuale della Columbia consistette nell'ordinare l'esame camerale delle registrazioni; di qui l'impugnazione del provvedimento da parte del Presidente, ed il ricorso in via pregiudiziale del procuratore<sup>165</sup> affinché sulla questione si pronunciasse la Corte Suprema.

Nel *certiorari*<sup>166</sup> della Corte Suprema vi sono alcuni passaggi su cui è opportuno soffermarsi. Sebbene possa riscontrarsi una sorta di riconoscimento implicito e generale degli *executive privileges*, è precisato che la loro derivazione dal principio della separazione dei poteri non sia sufficiente a giustificare un'immunità processuale assoluta e priva di qualificazioni del Presidente degli Stati Uniti. Nella prospettiva della Corte, non essendovi la presenza di peculiari esigenze di carattere militare, diplomatico o inerenti questioni di sicurezza nazionale, la riservatezza delle comunicazioni presidenziali non deve ritenersi lesa a causa della loro utilizzazione processuale purché siano rispettate le garanzie derivanti dall'applicazione del rito camerale. Inoltre l'assolutezza dell'*executive privilege* contrasterebbe in modo evidente con l'art. II della Costituzione americana che disciplina la funzione giurisdizionale.

<sup>161</sup> *United States v. Nixon*, 418 U.S. 633 (1974).

<sup>162</sup> Per maggiori ragguagli, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2000, 769 ss.

<sup>163</sup> Si tratta di un avvocato nominato dal Congresso, in via straordinaria, per la conduzione di indagini riguardanti un membro dell'esecutivo.

<sup>164</sup> Ossia un'istanza volta ad ottenere un provvedimento giudiziale attraverso cui sia ordinata la comparizione e la contestuale esibizione documentale.

<sup>165</sup> Contestualmente il Presidente avanzò una *cross petition*.

<sup>166</sup> Procedimento incidentale attraverso cui una corte superiore accerta la validità degli atti compiuti dalla corte gerarchicamente subordinata. In particolare concerne l'osservanza delle norme sulla competenza e l'assenza di errori di diritto

## *Bibliografia*

AA.VV., *Dig. Pen. Aggiornamento*, vol. I, UTET, 2005.

AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti: atti del Convegno, Milano, 5-7 ottobre 2007*, Giuffrè, Milano, 2009.

M. ANTINUCCI, *Merci illecite e contraffatte. Sequestro e distruzione. Tra prassi operative e garanzie europee*, Aracne, Roma, 2012.

M. ANTINUCCI, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione delle merci illecite o contraffatte*, in M. MONTAGNA (a cura di), *La giustizia penale differenziata: gli accertamenti complementari*, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2011.

R. BERGER, *The incarnation of executive privilege*, in U.C.L.A. L. Rev., 1974.

R. BRICHETTI, *Fino a quanttro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti*, in *Guida dir.*, 2006, n. 47.

F. CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.

F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. II, 4° ed., Tipografia di B. Canovetti, Lucca, 1879.

C. CESARI, *Sulle intercettazioni a carico dei parlamentari si consolida una linea esegetica densa di incognite*, in *Giur. cost.*, 2010.

C. CESARI, *Un nuovo fronte problematico delle intercettazioni indirette nei confronti di parlamentari: le ambiguità irrisolte della l. n. 140 del 2003 all'esame della Corte di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2010.

C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento "claudicante"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.

C. CONTI, *Le intercettazioni "illegali": lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.

F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffr , Milano, 2012.

A. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008.

L. FILIPPI, *La Consulta distingue tra intercettazioni fortuite e mirate nei confronti del parlamentare e ammonisce contro le motivazioni «implausibili»*, in *Giur. Cost.*, 2010.

L. FILIPPI, *Distruzioni dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata gi  "vecchia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.

L. FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale? Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

G. FRIGO, *Ridotti gli spazi di tutela penale*, in *Guida dir.*, 2006, n. 47.

A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, *Trattato*, vol. III, UTET, Torino 2008.

A. GAITO (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, UTET, Torino, 2006.

A. GAITO (a cura di), *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, Aracne, Roma, 2011.

E. GIANNANTONIO, *L'oggetto giuridico dei reati informatici. Relazione al seminario «I reati informatici» (Corte di Cassazione, 15 e 16 dicembre 2000)*, in *Cass. pen.*, 2001.

A. GIARDA e G. SPANGHER (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, IPSOA, II ed., 2001.

G. GIOSTRA, *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare   ormai una dead rule walking*, in *Cass. Pen.*, 2008.

G. GIOSTRA, *  inapplicabile al nuncius la disciplina delle intercettazioni riguardanti il parlamentare (ma i veri problemi rimangono irrisolti)*, in *Giur. Cost.*, 2005.

V. GREVI, *Sui limiti delle intercettazioni «indirette» (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del Parlamento*, in *Giur. Cost.*, 2007.

J. L. INGRAM, *Criminal procedure: theory and practice (second edition)*, Prentice Hall, New Jersey, 2008.



F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, vol. I, Cedam, Padova, 1995.

C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, Torino, 2007.

M. MONTAGNA (a cura di), *La giustizia penale differenziata: gli accertamenti complementari*, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2011.

R. G. MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 2009.

D. NEGRI, *Intonazioni lontane dalla sentenza capostipite, nella coppia di pronunce con cui la Corte costituzionale riprende il tema delle intercettazioni indirette relative ai parlamentari*, in *Giur. Cost.*, 2010.

A. PACE, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del governo in Italia*, in G. FUMU e M. VOLPI (a cura di), *Le immunità penali della politica*, il Mulino, 2012.

F. PALAZZO, *Tolleranza zero per le intercettazioni illecite?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.

C. PARODI, *La disciplina delle intercettazioni telematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2003.

P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010.

L. SCIANNELLA, *Le immunità parlamentari. Profili storici e comparativi*, Giappichelli, Torino, 2010.

F. SIRACUSANO, *Raccolta illecita delle informazioni e procedimenti incidentali per la distruzione dei dati*, in M. MONTAGNA (a cura di), *La giustizia penale differenziata: gli accertamenti complementari*, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2011.

M. TIBERI, *L'instradamento delle telefonate straniere: una prassi discutibile*, in *Cass. pen.*, 2004, 3.

P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 13<sup>a</sup> ed., Giuffré, Milano, 2012.

L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2000.

A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale: tra garanzie e prospettive di riforma*, CEDAM, Milano, 2011.

## *Indice per autori*

Abiakam Chukwuemeka

Cap. I – par. 3, 4, 5

Cap. II – par. 2, 3

Battistoni Chiara

Cap. IV – par. 1.1, 1.2, 1.3

Calabrese Vincenzo

Indice

Cap. III – par. 1.1, 1.2, 2.1, 2.2, 3.1, 3.3, 3.4

Caravella Raffaele

Cap. III – par. 1.1, 1.2, 2.1, 2.2, 3.2, 3.3, 3.4

Giuliano Daniel

Cap. IV – par. 2.1, 2.2, 2.3

Lucantoni Giovanni

Cap. I – par. 1, 2

Cap. II – par. 1

Impaginazione, bibliografia e copertina.