

SENATO DELLA REPUBBLICA

————— XIV LEGISLATURA —————

Doc. XVI

n. 9

RELAZIONE DELLA GIUNTA DELLE ELEZIONI E DELLE IMMUNITÀ PARLAMENTARI

(RELATORE CREMA)

**sull'applicabilità dell'articolo 6 della legge 20 giugno 2003 n. 140 in
ordine all'utilizzazione di intercettazioni di conversazioni telefoniche
alle quali abbia preso parte un componente del Senato**

COMUNICATA ALLA PRESIDENZA IL 25 NOVEMBRE 2003

*adottata nella seduta del 25 novembre 2003 a conclusione di una procedura
d'esame dell'affare assegnato dalla Presidenza del Senato il 21 novembre 2003*

ONOREVOLI SENATORI. – Il Presidente del Senato – con lettera del 21 novembre 2003 – ha deferito alla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari, ai sensi dell'articolo 34 primo comma primo periodo del Regolamento, la questione implicata nella vicenda di cui alla corrispondenza da lui intrattenuta nell'ultima settimana con i massimi vertici dell'ufficio giudiziario romano, affinché la Giunta la esaminasse e ne riferisse all'Assemblea. La corrispondenza deferita alla Giunta, in ordine all'utilizzazione di intercettazioni di conversazioni telefoniche alle quali abbia preso parte un componente del Senato «anche ai fini di quanto previsto dall'articolo 6 della legge 20 giugno 2003, n. 140», comprende: una lettera 20 novembre 2003, del Presidente del tribunale di Roma al Presidente del Senato; una lettera 21 novembre 2003 del Presidente del Senato al Presidente del Tribunale di Roma; una lettera 21 novembre 2003, del Presidente del Senato al Procuratore aggiunto presso il tribunale di Roma, corredata di un allegato costituito da copia del dispaccio ANSA 19 novembre 2003 delle ore 18,43. Successivamente, in data 25 novembre 2003, la Presidenza del Senato integrava il materiale deferito aggiungendovi: una lettera 21 novembre 2003, del Presidente del tribunale di Roma al Presidente del Senato; una lettera 22 novembre 2003 del Procuratore aggiunto presso il tribunale di Roma al Presidente del Senato; una lettera 25 novembre 2003 del Presidente del Senato al Procuratore aggiunto presso il tribunale di Roma.

In data 25 novembre 2003 il Presidente del Senato ha annunciato in Aula l'assegnazione dell'affare alla Giunta.

La Giunta ha esaminato la questione nella seduta del 25 novembre 2003, data in cui ha approvato a maggioranza la presente relazione. Il senatore Fassone ha motivato il proprio voto contrario con l'incostituzionalità in cui incorrerebbe l'interpretazione dell'articolo 6 della legge n. 140 del 2003, laddove lo si ritenesse valido *erga alios* e non invece riferito all'utilizzazione delle intercettazioni nei confronti dei soli parlamentari.

1. *L'interesse giuridico sotteso alla norma*

L'articolo 6 della legge n. 140 del 2003 disciplina le cosiddette «intercettazioni indirette», cioè quelle disposte nel corso di procedimenti riguardanti terzi e riguardanti conversazioni o comunicazioni alle quali hanno preso parte membri del Parlamento (ovvero i tabulati di tali comunicazioni).

Un primo profilo di interesse è rappresentato dalla natura di questi procedimenti: stante l'articolo 4, che dà attuazione ai commi secondo e terzo dell'articolo 68 della Costituzione, è evidente che l'articolo 6 non concerne le intercettazioni sulle utenze intestate al parlamentare, e quindi

attiene a procedimenti nei quali egli non risulta imputato o indagato; pertanto, l'accezione del testo è inequivocabilmente riferita a tutti i tipi di procedimento riguardanti terzi.

Come rilevato dalla Presidenza della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato nella seduta del 3 luglio 2002, la finalità sottesa a previsioni di questo tipo è quella «di rendere più stringente il divieto di interferenze nei confronti della libertà di espressione dei parlamentari e la salvaguardia della sfera della loro riservatezza, al fine di ricomprendere nella tutela costituzionale anche i verbali e le registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate in qualsiasi forma nel corso di procedimenti riguardanti terzi, alle quali abbiano preso parte membri del Parlamento o nelle quali di essi si sia fatta menzione».

Lungi dal trattarsi di una pretesa di privilegio di una particolare categoria di cittadini, ciò rappresenta un modo specifico di corrispondere ad un'esigenza generalmente accolta nel nostro ordinamento: è stata la seconda sezione penale della Corte di Cassazione (nella sentenza n. 24539, depositata il 15 giugno 2001) ad offrire la più completa disamina delle modalità con cui il sistema processuale accoglie quest'esigenza ed appresta le necessarie tutele del bene giuridico sottostante. Ha osservato in quella sede la Corte come qualsiasi provvedimento del giudice che autorizzi il pubblico ministero a limitare la segretezza delle comunicazioni mediante intercettazione telefonica implichi necessariamente che tale limitazione colpisca anche terzi del tutto estranei al reato, siano o meno essi titolari dell'utenza sottoposta a controllo, non potendosi in alcun caso astrattamente prevedere, al momento dell'autorizzazione, quali soggetti potranno fare uso dell'apparecchio intercettato per telefonate in arrivo o in partenza. L'eventualità che anche persone non coinvolte ad alcun titolo nella vicenda subiscano l'affievolimento del diritto di cui all'articolo 15 della Carta costituzionale è stata dunque tenuta a mente dal legislatore il quale, nel dare la prevalenza all'interesse pubblico (anch'esso degno di tutela costituzionale) alla repressione dei più gravi delitti, ha tuttavia previsto come necessario l'intervento del giudice non solo nella fase autorizzativa, a garanzia dell'esistenza dei presupposti legittimanti le captazioni, ma anche in quella successiva, in cui si realizza il controllo sulla regolarità delle operazioni e si procede all'esclusione dal materiale probatorio di quelle conversazioni che appaiano manifestamente irrilevanti (art. 268 comma 6 c.p.p.) ed eventualmente, su iniziativa degli interessati ed a tutela della loro riservatezza, alla distruzione delle relative registrazioni (art. 269 comma 2 c.p.p.).

La natura guarentigata dell'interesse alla protezione della funzione parlamentare si aggiunge, e non si sostituisce, a tutte queste forme di tutela, qualora nell'intercettazione indirettamente incorra un parlamentare. Infatti, alla fase ordinaria del contraddittorio tra le parti nella selezione del materiale irrilevante (valida, come s'è visto, per ogni cittadino) l'articolo 6 aggiunge un ulteriore vaglio, in sede di utilizzazione del materiale non ritenuto irrilevante: quello che contempla la necessità della pronuncia autorizzatoria della Camera di appartenenza del parlamentare intercettato

indirettamente, da richiedersi ad iniziativa del GIP entro dieci giorni dall'emissione dell'ordinanza con cui ha disposto l'utilizzazione del materiale.

Sebbene il parametro di giudizio nell'esame parlamentare delle richieste di autorizzazione, in questo caso, non sia fissato direttamente per legge, e sebbene non sia maturata ancora una giurisprudenza delle Giunte parlamentari, esso va chiaramente ricondotto ad una forma rafforzata di tutela della riservatezza, in ragione della pubblica visibilità della funzione parlamentare che non può essere messa ingiustificatamente a repentaglio. Ecco perché si introduce un meccanismo processuale speciale laddove, per gli altri cittadini, permane l'antigiuridicità della violazione ma la sua sanzione è rimessa agli ordinamenti settoriali: è infatti al Consiglio nazionale dei giornalisti e agli Ordini regionali competenti, oltre che all'ufficio giudiziario, che l'Autorità garante per i dati personali ha notificato la decisione in cui per la prima volta censurava la violazione della riservatezza nella divulgazione dei contenuti di intercettazioni telefoniche (cfr. comunicato stampa del 12.04.2002).

Il Garante in quella sede ha ricordato che la raccolta e la diffusione di informazioni tratte da intercettazioni telefoniche o da videoregistrazioni di carattere preventivo, oppure effettuate nel corso di procedimenti penali, sono regolate da norme specifiche del codice penale e di procedura penale le quali stabiliscono anche in quali casi gli atti sono coperti da segreto e quale sia l'autorità giudiziaria competente a perseguirne la violazione. La legge poi - ha ricordato ancora il Garante - vieta, attraverso sanzioni del codice penale, la pubblicazione, anche per riassunto, degli atti o di documenti di indagine di un procedimento penale; quanto all'attività di intercettazione preventiva, anche solo la rivelazione della notizia della sua esistenza potrebbe far scattare sanzioni penali.

2. Sulla disciplina processuale delle intercettazioni indirette

Il meccanismo con cui opera la disciplina processuale delle intercettazioni indirette ruota su due casi contrapposti. Da un lato, il giudice per le indagini preliminari può ritenere irrilevanti le registrazioni ed i relativi verbali, ai fini del procedimento di sua competenza, ed in questo caso ne decide in camera di consiglio la distruzione. Dall'altro lato, egli può ritenere necessario utilizzare le intercettazioni o i tabulati, su istanza di una parte processuale: in questo caso procede con ordinanza e richiede, nei dieci giorni successivi, l'autorizzazione della Camera di appartenenza. La sanzione processuale comminata dal comma 6 dell'articolo 6, in caso di violazione della disciplina testé illustrata, è la declaratoria di inutilizzabilità dei verbali delle registrazioni e dei tabulati in ogni stato e grado del procedimento.

L'unico elemento di discrezionalità nel comma 1 è quello offerto dall'inciso «sentite le parti, a tutela della riservatezza»: se la tutela della riservatezza significa libertà di apprezzamento del giudice per le indagini

preliminari nei confronti della potenziale lesione (e correlativa necessità di tutela) della *privacy* del parlamentare indirettamente intercettato, allora si apre un margine di discrezionalità nella condotta del magistrato. Se invece la tutela della riservatezza è la ragione per la quale si prevede il procedimento camerale, e non un'esigenza da apprezzare caso per caso, al fine di addivenire alla distruzione del materiale, essa è *in re ipsa* e pertanto non residua alcun potere di valutazione discrezionale in capo al giudice. Effettivamente, la dizione prescelta appare strettamente riferita all'audizione delle parti e quindi una specificazione dell'interesse a cui questa audizione è funzionale: esse non potrebbero accampare altri motivi che non fossero originati dall'esigenza di tutelare la riservatezza.

Anche del giudizio sulla «necessità di utilizzazione» di cui al comma 2 è *dominus* il giudice per le indagini preliminari (anche se, dall'articolo 7, esso appare onnivale, fino a coprire sia la fase preliminare, sia quella del giudizio). In proposito, occorre partire dal fatto che – conformemente al modello accusatorio che informa di sé il codice Vassalli – tale utilizzo può avvenire solo su impulso di una parte processuale (il testo iniziale del disegno di legge atto Camera n. 185 diceva «su istanza del pubblico ministero», ma il testo licenziato dalle Commissioni riunite per l'Assemblea più correttamente ha previsto tale definizione, che comporta l'equiparazione anche della parte non pubblica, tale intendendosi l'imputato, l'indagato o la parte civile). Inoltre, all'impulso di una delle parti corrisponde, nel testo di legge, l'obbligo di ascoltare le altre parti in ordine a tale utilizzo, investendole ai sensi e con le modalità di cui all'articolo 268 comma 6 c.p.p..

Sul fatto che si tratti della contrapposizione tra due casi speculari, per cui non residuerebbe margine per un terzo caso intermedio, si espresse (nella seduta della Camera del 17 febbraio 1999) il deputato Boato, autore dell'emendamento che riformulò il testo dell'articolo: nella lettura che se ne ebbe alla Camera nella scorsa legislatura, egli affermò che «il giudice (...) decide se è irrilevante una intercettazione e ne ordina la distruzione; la stessa cosa dice, del resto, l'emendamento Pisapia 4.33; se, invece, il giudice ritiene rilevante l'intercettazione, la trasmette alla Camera o al Senato per la richiesta di autorizzazione a procedere. È questo il regime che il mio emendamento 4.32 – con l'approvazione quasi unanime delle Commissioni – propone all'Assemblea per il voto».

In realtà, dalla diversa formulazione dei commi 1 e 2 si potrebbe argomentare che intercettazioni non irrilevanti possono sopravvivere all'obbligo di distruzione e vivere in uno stato di quiescenza fino a quando un GIP non ritenga necessario utilizzarle: ma tale stato non è affatto un «limbo» giuridico, perché ad esso si applica la vigente disciplina del segreto nonché le modalità ed i termini di conservazione previsti dall'articolo 269 c.p.p., con la possibilità che gli interessati ne chiedano la distruzione «quando la documentazione non è più necessaria per il procedimento».

Nel citato comunicato dell'Autorità garante per i dati personali si è in proposito ricordato che «i dati personali trattati dagli organi di polizia o

presso gli uffici giudiziari devono essere, in ogni caso, raccolti, utilizzati e custoditi nel rispetto delle norme in materia di sicurezza, anche per evitare un accesso da parte di soggetti non autorizzati o un uso per scopi non conformi a quelli per i quali sono stati raccolti». Spetta all'Autorità garante vigilare affinché vadano pienamente rispettati la dignità personale e il diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti nelle inchieste giudiziarie. «Anche in presenza di un fatto di interesse pubblico – riporta ancora il Garante – il giornalista, nel diffondere notizie ed informazioni personali, è tenuto a rispettare il principio dell'essenzialità dell'informazione, principio che impone di vagliare attentamente le notizie acquisite e la liceità della loro raccolta, evitando in ogni caso di diffondere le informazioni attinenti a comportamenti strettamente personali non direttamente collegati alla inchiesta giudiziaria».

Il pericolo che questi elementi raccolti possano fuoriuscire dalla sfera della riservatezza e diventare di pubblico dominio resta presente anche quando il pubblico ministero ritiene di non proporre (ancora) l'utilizzazione dei contenuti delle intercettazioni indirette. Garantire lo scrupoloso rispetto del segreto è obbligo gravante sull'ufficio giudiziario, e potenzialmente foriero di responsabilità disciplinare in caso di colpevole violazione, ma la rilevanza della questione non si limita all'ordinamento settoriale della Giustizia: c'è il serio rischio che, in casi del genere, si ripeta la condanna dello Stato italiano per violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, già pronunciata nella sentenza della Corte europea dei diritti umani del 17 luglio 2003 (caso *Craxi n. 2 contro Italia*). Nella giurisprudenza dell'organo giurisdizionale di Strasburgo, infatti, lo Stato non deve soltanto astenersi da interferenze dirette nella vita privata dei cittadini, ma ha anche l'obbligo positivo di prevenirle mettendo in opera indagini dotate di effettività; occorre che lo Stato convenuto dimostri di aver fatto tutto ciò che era in suo potere per evitare la lesione, apprestando i mezzi più idonei per imporre comportamenti non lesivi del diritto consacrato dall'articolo 8 (diritto alla riservatezza della vita privata): la propalazione preventiva non può non rientrarvi, a prescindere dalla legittimità delle intercettazioni, e nell'ambito di chi maneggia incautamente uno strumento così delicato – per la potenziale ingerenza nella vita privata – non possono non prevedersi sanzioni (così la medesima Corte europea, sentenza 26 marzo 1985, caso *X & Y contro Paesi Bassi*, § 23).

Non è una corporativa difesa dell'ambito di riservatezza di un senatore che fa ripetere in questa sede considerazioni più volte espresse in circostanze consimili da autorevoli soggetti istituzionali: se come Stato l'Italia manca clamorosamente all'elevato *standard* di giustizia che ci è richiesto dall'Europa, l'organo rappresentativo della sovranità popolare deve porsi per primo il problema, e farlo in questo caso significa soltanto cogliere l'occasione dell'accaduto per porre una questione di rispetto della vita personale e di civiltà del diritto valida per tutti i cittadini.

3. Sull'utilizzazione delle intercettazioni indirette in sede cautelare

Quanto al caso del GIP che ritenga necessario utilizzare i contenuti dell'intercettazione indiretta, l'utilizzo non può che riferirsi all'esercizio di una delle facoltà di competenza dei soggetti processuali, e, per quanto riguarda il pubblico ministero, tra di esse vi è quella di richiedere l'emissione di misure cautelari.

Arbitrario sarebbe limitare l'operatività del comma 2 al solo esercizio delle potestà e delle facoltà dibattimentali, predibattimentali e di udienza preliminare: non solo è chiarissimo dai lavori preparatori che ci si intendeva riferire in primo luogo all'utilizzo nel corso dell'indagine preliminare, tant'è vero che si cita espressamente il GIP come il titolare della decisione. Vi è anche il fatto che la norma dell'articolo 7, nel dettare la disciplina transitoria (che, giova ricordare, si applica soltanto all'articolo 6, visto che per la restante parte della legge n. 140 l'entrata in vigore è del giorno successivo alla pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*, quindi dal 22 giugno 2003), mantiene il regime previgente solo alle intercettazioni già utilizzate in giudizio, con il che appare ovvio che a decorrere dall'entrata in vigore della legge qualunque nuova utilizzazione (in qualunque fase del procedimento, quindi), anche di materiale raccolto prima, ricade sotto la nuova disciplina delle intercettazioni indirette.

Ma il termine «utilizzo» è onnivale anche in un altro senso: qualsiasi attività decisoria che il giudice assuma, ponendovi a base il contenuto delle intercettazioni indirette, richiede il rispetto dell'articolo 6. Anche le autorizzazioni che il giudice accorda al difensore (nell'ambito delle indagini difensive; es. articolo 233 comma 1-bis; articolo 391-septies), se motivate con elementi contenuti nelle intercettazioni indirette depositate ai sensi dell'articolo 268 comma 6 c.p.p., devono essere assunte udita la controparte processuale (in questo caso il p.m.) e con la conseguenza di richiedere entro dieci giorni l'autorizzazione alla Camera di appartenenza del parlamentare le cui conversazioni sono state captate.

Se dopo il 22 giugno 2003 su richiesta di una parte processuale il GIP pronuncia ordinanza, nella cui parte motiva si adducono i contenuti di intercettazioni indirette di un parlamentare, si pone un problema interpretativo assai stringente: o le intercettazioni sono l'unico o il principale fondamento della decisione, o sono riportate come elemento *a fortiori*, incidente ma non determinante per l'assunzione della decisione. In ambedue i casi, comunque, se ne farebbe «utilizzo»: scatta pertanto in capo al GIP l'obbligo di cui al comma 2 dell'articolo 6 della legge n. 140, considerando egli necessari all'apparato motivazionale della misura anche i contenuti di quelle intercettazioni. Non può perciò che concludersi che l'emissione dell'ordinanza che utilizza quei contenuti, al fine di argomentare la necessità di misure di competenza del GIP, fa decorrere il termine di dieci giorni entro i quali va sottoposta alla Camera di appartenenza la richiesta di autorizzazione all'utilizzazione delle intercettazioni.

La sanzione, in caso di violazione di questa procedura, è la negazione dell'utilizzo dell'intercettazione, cioè l'inutilizzabilità. Poiché tale inutiliz-

zabilità è rilevabile di ufficio o eccepibile ad istanza di parte in ogni stato e grado del procedimento, ne consegue che, in sede cautelare, il rispetto della disciplina dell'articolo 6 della legge n. 140 rientra tra i parametri in base ai quali il giudice del riesame eserciterà «il potere-dovere di verificare la legittimità delle intercettazioni al fine di valutarne l'utilizzabilità dei risultati, e quindi la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza» (così, in via generale, il rapporto tra utilizzabilità e riesame è stato delineato dalla Cassazione, sezioni unite penali, nella sentenza n. 21 del 5 marzo 1997). Sarebbe quindi indispensabile, in caso di istanza di riesame, trasmettere al «Tribunale della libertà» anche l'atto con cui il GIP ha richiesto l'autorizzazione alla Camera competente ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 140 del 2003: il difetto di questo titolo, nonostante la presenza di tutti gli altri titoli di legittimità dell'ordinanza di custodia cautelare, rappresenterebbe una violazione di legge rilevabile anche in Cassazione. Una violazione della disciplina fissata dall'articolo 6, quindi, rischia di essere esiziale per la prosecuzione stessa di un'inchiesta su gravissimi reati che hanno prodotto grande allarme sociale, o quanto meno per la prosecuzione del relativo procedimento cautelare.

L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, del resto, si è sviluppata fino a ricomprendere nella sanzione dell'inutilizzabilità anche i procedimenti non attinenti al merito bensì alle misure cautelari, ed in ciò essa ha ricevuto conforto dal dato normativo rappresentato dall'articolo 273 comma 1-*bis* del codice di procedura penale, inserito dall'articolo 11 della legge 1° marzo 2001, n. 63, sul giusto processo.

Originariamente (Cassazione, sezione I penale, sentenza n. 4745 del 27 gennaio 1992) si riteneva che la sanzione dell'inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche rilevasse solo in tema di prova ai fini del giudizio, mentre non avrebbe potuto colpire le misure cautelari, ai fini della valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, purché fossero state autorizzate ai sensi dell'articolo 267 c.p.p.. Tale interpretazione, volta a degradare le violazioni considerate «mere irregolarità non produttive di nullità» delle misure cautelari, è stata però superata dalla sentenza della VI sezione penale della Cassazione n. 32 del 1° marzo 1995, secondo cui «l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni che l'articolo 271 c.p.p. ricollega all'esecuzione delle relative operazioni al di fuori dei casi consentiti dalla legge (...) ha rilievo anche nel procedimento cautelare», non essendo consentito, anche in base alla lettera del citato articolo 271, distinguere tra valenza di indizio o valenza di prova dei risultati suddetti: la sanzione dell'inutilizzabilità «colpisce infatti gli esiti viziati del mezzo di ricerca della prova in quanto tali, e dunque in qualunque sede si intenda impiegarli».

Anche la giurisprudenza che ha proseguito nella vecchia linea interpretativa (sezione I penale della Cassazione, sentenza n. 682 del 27 marzo 1995) ha sostenuto che esiste, rispetto alla sopravvivenza dell'utilizzo delle intercettazioni nel procedimento cautelare, «l'unico limite che non derivino da un'attività compiuta in spregio di specifici divieti normativi, essendo ovvio che l'illiceità del mezzo riverbera i suoi effetti sul risultato,

infirmandolo». Più di recente Cassazione sezione I sentenza n. 2547 del 14 maggio 1997 ha sostenuto che l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni «ha rilievo anche nel procedimento cautelare, poiché la sanzione processuale colpisce i risultati del mezzo di ricerca della prova in quanto tali, in qualunque sede si intenda impiegarli»; per un interessante capovolgimento visuale della problematica, cfr. anche Cassazione VI sezione penale sentenza n. 5501 del 4 giugno 1996, che non solo afferma la ricaduta dell'inutilizzabilità sulla misura cautelare (dichiarata nel corso del procedimento incidentale *de libertate* svoltosi durante le indagini preliminari) ma sostiene anche che essa non ha alcun effetto preclusivo sulla sua utilizzazione in sede di giudizio.

L'articolo 273 del codice di procedura penale, nel disciplinare le condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari, ha confermato l'ampliamento del concetto di inutilizzabilità dalla mera fase del giudizio anche alle altre fasi procedurali, e segnatamente quelle cautelari. Il comma 1-*bis*, come introdotto nel 2001, ha infatti previsto che nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano alcune disposizioni del libro III del codice di procedura penale (concernente le prove) e, tra di essi, il comma 1 dell'articolo 271, recante proprio il divieto di utilizzazione delle intercettazioni «qualora le stesse siano state eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3». Si deve pertanto dedurre che l'istituto dell'inutilizzabilità è a tutti gli effetti estensibile anche alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza che è posta a fondamento dell'applicazione di misure cautelari.

Proprio in riferimento a questa norma è giunta la definitiva conferma della disciplina dell'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nel procedimento *de libertate*, ad opera delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione, con sentenza 31 ottobre-28 novembre 2001, n. 42792: «La *ratio legis* della novella va dunque ravvisata nell'esigenza di acquisire al sistema codicistico il suddetto risultato ermeneutico, sì da escludere definitivamente, anche a livello ordinamentale e in piena coerenza con le chiare indicazioni del giudice delle leggi (Corte costituzionale, sentenza 34/1973; da ultimo, ordinanze 304/2000 e 259/2001), che i risultati di intercettazioni illegittimamente acquisiti possano considerarsi rilevanti, non solo a fini probatori nel dibattimento e in rapporto ad ogni altra decisione da adottare nei riti alternativi negoziali, ma anche nell'udienza preliminare e nella fase delle indagini preliminari come elementi apprezzabili per l'adozione di provvedimenti di cautela personale».

4. *Sulle misure cautelari di cui al dispaccio ANSA 19 novembre 2003 delle ore 18,43*

Il dispaccio ANSA 19 novembre 2003 delle ore 18,43, nel dare notizia di un'importante operazione di persecuzione del crimine nella capitale, riporta tra virgolette quelli che sono presentati come stralci «dall'or-

dinanza di custodia cautelare emessa dal gip di Roma» volti ad offrire «elementi di sicuro riscontro – scrive il gip – circa l'effettività degli illeciti traffici». Secondo l'agenzia di stampa, nel documento del GIP si leggerebbero i contenuti delle intercettazioni tra gli inquisiti ed un membro del Senato.

Non conoscendo l'ordinanza e nel rispetto del segreto dell'indagine, la Giunta non è ovviamente in grado di valutare se essa sia stata emessa anche sulla base di intercettazioni di conversazioni telefoniche alle quali avrebbe preso parte un componente dell'Assemblea del Senato; in ogni caso, nella sua lettera 20 novembre 2003 il Presidente del Tribunale di Roma non ha confutato la fondatezza delle notizie di stampa – alle quali il Presidente del Senato si era riferito nella sua precedente corrispondenza – secondo cui l'ordinanza in questione fa riferimento al suo interno ai contenuti di conversazioni con un senatore, indirettamente intercettate sulle utenze di terzi. Nella sua successiva lettera del 21 novembre, il presidente del tribunale di Roma Scotti ha aggiunto che a norma dell'articolo 293, comma 3, c.p.p., subito dopo l'esecuzione del provvedimento di custodia cautelare gli atti che la dispongono sono depositati in cancelleria «insieme alla richiesta del pubblico ministero e agli atti presentati con la stessa»: da questa precisazione si potrebbe inferire che non l'ordinanza di custodia cautelare, ma la richiesta del pubblico ministero conterrebbe il testo delle intercettazioni (o sarebbe corredata dei relativi verbali), ed il – conseguentemente necessitato – loro deposito in cancelleria avrebbe prodotto «una conoscibilità la cui portata va oltre l'ufficio giudiziario che abbia autorizzato l'atto». Infine, la stessa lettera 21 novembre 2003 del presidente Scotti – sia pur nella formula potenziale resa necessaria dalle esigenze di segreto dell'indagine – afferma che «l'incolpazione» deve poter enunciare ambedue i numeri telefonici della conversazione intercettata, quando ciò costituisce una ineliminabile esigenza di effettività e determinazione degli elementi a carico degli indiziati.

Che vi sia stato «utilizzo» delle intercettazioni indirette, se sono vere le premesse sopra enunciate, non pare però confutabile. La locuzione contenuta nell'articolo 6 della legge n. 140 del 2003 («ritenga necessario utilizzare») copre sia il caso in cui il GIP recepisca i contenuti delle intercettazioni nella sua ordinanza come elemento determinante, sia il caso in cui lo faccia come elemento incidente ma comunque necessario; ugualmente, la norma si applica sia alla motivazione «estesa» dell'ordinanza del GIP, sia a quella che *per relationem* richiami i contenuti della richiesta del pubblico ministero e gli atti da lui depositati a sostegno della stessa. L'unico caso limite che può darsi al di fuori di questa definizione onnivalente dell'utilizzo – quello in cui le intercettazioni non fossero state ritenute neppure parzialmente necessarie né dal pubblico ministero richiedente né dal GIP, eppure fossero rientrate nel procedimento cautelare *ad abundantiam* o per forza di inerzia – non è nella fattispecie neppure configurabile, stante la professionalità indiscussa della magistratura romana nonché l'apposita considerazione in sede disciplinare che avrebbe meritato una simile eventualità di sciatteria procedimentale.

Alto è invece il profilo delle argomentazioni addotte dalla magistratura investita delle richieste informative avanzate dalla Presidenza del Senato. Il Presidente del Tribunale di Roma, nel condividere il disagio istituzionale per l'avvenuta divulgazione di determinati nomi e relative utenze telefoniche, da un lato (lettera 21 novembre) invoca il fine di garantire il diritto di difesa, doveroso nella condotta di chi è tenuto a corroborare gli atti giudiziari a sua firma con elementi dotati di determinatezza (quali possono essere numeri telefonici di soggetti terzi rispetto all'indagine). Dall'altro lato, la previsione della procedura a contraddittorio necessario, di cui all'articolo 6 comma 2 della legge n. 140, avrebbe a suo dire frustrato l'efficacia dell'emanazione della misura cautelare: «non si è ritenuto che ricorresse l'ipotesi di cui all'articolo 6, comma 2, della legge 140/2003, perché, dovendosi disporre una misura cautelare personale, risultava impossibile effettuare il deposito della intercettazione e il conseguente avviso ai difensori come dispone l'articolo 268, comma 6, del codice di procedura penale, richiamato dall'articolo 6 della legge 140/03. Tale articolo infatti, al comma 2, prevede che ai difensori delle altre parti, cioè degli indagati, sia dato avviso della facoltà di ascoltare le registrazioni, ciò che renderebbe inutile e praticamente impossibile la eventuale emissione della misura cautelare, anche quando ne ricorressero i presupposti» (lettera 20 novembre).

Fermo restando il presupposto indefettibile di uno Stato di diritto, secondo cui l'interpretazione della legge è riservata al giudice, occorre distinguere tra ciò che è rimesso all'interpretazione e ciò che invece rientra nella non opinabilità del dettato normativo (*in claris non fit interpretatio*): la legge n. 140, infatti, all'articolo 6 comma 2 non contiene nessuna eccezione per atti particolari come quelli cautelari, per cui le esigenze di determinatezza e di effettività accampate dalla magistratura romana vanno contemplate coll'interesse tutelato dalla legge, e non invece apoditticamente fatte prevalere su di esso pervenendo ad una disapplicazione *tout court* del dettato normativo. Qui non si intende alterare minimamente il principio di separazione dei poteri, che comporta che la fondatezza delle interpretazioni offerte in sede giudiziaria, in rapporto a casi concreti, trovi conferma o meno solo nelle successive fasi del processo; eppure c'è un mandato che la Giunta ha ricevuto col deferimento dell'affare assegnato, e non può esaudirlo senza entrare nel merito delle possibili alternative interpretative alle ricostruzioni così prefigurate.

È proprio di uno dei massimi esponenti della magistratura requirente nel nostro Ordine giudiziario, Marcello Maddalena, l'aver sviluppato in una sede scientifica internazionale (*United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute*, Symposium on transnational organised crime, 23 febbraio 2002, relazione: *Ostacoli formali e sostanziali nell'azione di contrasto al crimine organizzato*) la tematica delle intercettazioni telefoniche e ambientali, in relazione ai limiti in cui possono essere compiute, alla loro utilizzabilità all'interno del procedimento e alla tutela che, evidentemente, deve essere data alla *privacy*, soprattutto alla *privacy* di

terzi estranei. In quell'occasione è stato rilevato che molto spesso all'interno delle legislazioni nazionali si trovano normative contraddittorie: da un lato si tende a favorire il diritto alla *privacy* in modo particolarmente esteso; «dall'altro in ambito processuale il materiale raccolto deve essere depositato per i difensori delle parti, i quali hanno l'obbligo (un obbligo deontologico) di riferirne il contenuto ai loro clienti. Il problema allora nasce dal fatto che gli ultimi destinatari di tali notizie, cioè i criminali, sono nella posizione di utilizzarle in modo distorto ed improprio, anche a scopi ricattatori. Ritengo opportuno, quindi, introdurre regole per limitare (con tutte le garanzie giurisdizionali del caso) la conoscibilità di tali notizie ed affrontare il problema della imposizione di limiti di segretezza nel rapporto tra il difensore e il cliente» (*ivi*).

Si può ritenere che queste regole possano essere soltanto di fonte legislativa, o che invece esse rientrino anche nel concreto atteggiarsi della deontologia professionale di ciascun operatore della Giustizia, nessuno escluso: ma non si può disconoscere l'effetto di una condotta processuale, soprattutto quando lede un bene giuridico alla cui salvaguardia è stata promulgata da cinque mesi una legge dello Stato. Il temperamento degli interessi potenzialmente confliggenti è la vera sfida che quotidianamente la realtà dei fatti pone all'operatore giudiziario, e che lo distingue dal mero burocrate per esaltarne la funzione di conseguimento della giustizia nel caso concreto mediante l'applicazione ragionata della legge. Tanto più che, come s'è detto, la citata sentenza della Corte europea dei diritti umani del 17 luglio 2003 ha espresso, proprio in rapporto al deposito in cancelleria di intercettazioni telefoniche ed alle conseguenti fughe di notizie, «seri timori sul rispetto, da parte dello Stato, delle sue obbligazioni positive di assicurare l'effettiva protezione di questi diritti» (paragrafo 83 della sentenza), cioè quelli della riservatezza e della salvaguardia della vita privata da ingerenze illegittime.

Quanto all'argomentazione secondo cui l'articolo 6 comma 2 sarebbe inapplicabile perché il previo contraddittorio frustrerebbe l'effettività delle misure cautelari, va ricordato che è usuale canone interpretativo l'applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur*; piuttosto che disapplicare *tout court* una norma di legge vigente, si potrebbe darne un'applicazione ragionevole, limitandosi alla parte della norma che sopravvive alla necessità di salvaguardare le esigenze palesate dal Presidente del Tribunale. In presenza dei pericoli da lui paventati, si sarebbe potuto applicare l'articolo 6 comma 2 senza procedere all'audizione delle altre parti processuali: sacrificare una parte della disposizione giudicata inapplicabile può senza dubbio essere preferibile al sacrificio dell'intera disposizione. Anche sotto il profilo ermeneutico, si può sostenere che quest'audizione in via preventiva ha un senso (solo) laddove sia il pubblico ministero a dover essere ascoltato, sulla richiesta di utilizzazione delle intercettazioni indirette che provenga (giusta la modifica intervenuta in sede parlamentare, sopra descritta) da altra parte processuale (ad esempio l'imputato stesso); quindi, fuori di questa ipotesi, nulla osta – sul piano dei principi interpretativi – a

che l'audizione delle parti sia posticipata a dopo l'emissione dell'ordinanza cautelare.

Ma vi sono ulteriori elementi, tali da indurre a considerare insufficiente la risposta offerta il 20 novembre: l'articolo 6 contiene un rinvio all'articolo 268, comma 6, ma non si può certo ritenere che esso possa formalisticamente escludere l'applicabilità del contesto ordinamentale in cui quel comma è inserito. In particolare, nel medesimo articolo il comma 5 recita che «se dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, il giudice autorizza il pubblico ministero a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini preliminari».

È giurisprudenza della Corte di cassazione (sezione VI penale, sentenza n. 3522 del 20 marzo 1991) che «il quinto comma dell'art. 268 cod. proc. pen. ha inteso rinviare alla scadenza del termine stabilito dal giudice per le indagini preliminari la possibilità per l'indagato di verificare la regolarità formale delle intercettazioni telefoniche e il contenuto sostanziale delle conversazioni, ma non ha, con ciò stesso, voluto incidere sulle esigenze investigative e cautelari impedendo l'adozione di provvedimenti cautelari, in quanto l'esigenza di motivazione del provvedimento restrittivo, che eventualmente si dovesse adottare, imporrà necessariamente al giudice l'evidenziazione e la trascrizione di quei soli elementi di natura sostanziale probatoria, posti a base della misura, che in questo stato della procedura, potranno essere oggetto di autonoma contestazione difensiva, senza creare un diritto di conoscenza su tutto il materiale raccolto in sede di intercettazione e sulle modalità di autorizzazione ed esecuzione delle stesse».

Pertanto, un'ordinanza di custodia cautelare che avesse evidenziato in motivazione solo gli elementi di natura sostanziale contenuti nelle intercettazioni non depositate, astenendosi dalle frasi virgolettate e con la schermatura del nome del parlamentare, non solo non avrebbe violato le elementari esigenze di tutela della *privacy* protette dalla legge: essa avrebbe anche consentito, all'atto del deposito di cui all'articolo 293 comma 3 c.p.p., da un lato di esperire le forme di partecipazione delle parti di cui al comma 6 dell'articolo 268, e dall'altro lato, nel rispetto del termine di 10 giorni, di avanzare formale richiesta alla Camera di appartenenza per l'utilizzo dell'intercettazione.

La via da prescegliere appartiene, comunque, alla funzione giudicante ed al modo in cui si intendono i principi deontologici che la presidono: la necessità di selezionare gli atti da rendere noti alla difesa può comportare, talvolta, scelte procedurali impegnative, come la rinuncia ad una parte degli elementi a carico, pur di non scoprire le investigazioni in corso. Sarebbe improprio per chiunque non vesta la toga ergersi a giudice di questa che resta una valutazione di strettissima competenza del magistrato: ma proprio nell'elaborazione dottrinale dei magistrati si è posto il quesito se vi siano circostanze in cui il pubblico ministero possa utilizzare solo l'arresto in flagranza e non anche le intercettazioni che l'hanno consentito (cfr. Giovanni Salvi, *Abuso del processo e deontologia dei soggetti processuali*, Diritto e Giustizia, 13/4/2002).

Quello che è certo, invece, è che, non ponendosi il problema di come applicare una legge dello Stato e semplicemente ignorandola, l'ufficio giudiziario si assoggetta al grave rischio di caducare l'efficacia dell'intero procedimento cautelare attivato, ponendo nel nulla l'intero lavoro svolto, in ragione della sanzione processuale prevista dall'ultimo comma dell'articolo 6 della legge n. 140. Se utilizzo delle intercettazioni indirette di un senatore vi è stato, il titolo di legittimità dell'ordinanza di custodia cautelare che le menzionasse deve necessariamente completarsi con la sottoposizione al Senato della richiesta di autorizzare detto utilizzo, evitando così che la sua validità ne abbia a risentire in misura tale da pregiudicare le possibilità di sopravvivenza dell'atto in sede di riesame.

È perciò in ispirito di leale collaborazione tra poteri dello Stato che la Giunta propone all'Assemblea di invitare gli uffici giudiziari competenti di Roma a provvedere immediatamente, e comunque entro i dieci giorni di legge, ad avanzare formale richiesta di autorizzazione al Senato all'utilizzazione dei contenuti delle intercettazioni su utenze di terzi nelle quali siano incluse conversazioni con componenti di quest'Assemblea.

La presente relazione è stata approvata a maggioranza.

CREMA, *relatore*

