

**Il caso “Telecom” tra legislatore *insipiente*,
Corte costituzionale velleitaria e applicazione diretta della Costituzione**

di Andrea Guazzarotti
(31 maggio 2011)

Dalla cronaca giornalistica sembra di assistere a una vera e propria ribellione del giudice *a quo* alla decisione della Corte costituzionale sulla nuova disciplina che impone la distruzione delle intercettazioni illegali (art. 240 c.p.p., come modificato dal d.l. n. 259/06, conv. dalla l. n. 281/06). Una doppia ribellione, invero, posto che il giudice sembra dirigere i suoi strali anche contro l'*insipienza legislativa* con cui si è frettolosamente posto mano alla disciplina codicistica subito dopo lo scoppio del c.d. “caso Telecom”. Nel *Corriere della Sera* del 19.5.2011, p. 15, si legge che il pubblico ministero nel processo Telecom aveva chiesto, prima dell’apertura del dibattimento, la distruzione dei dossier illegali in base alla “volontà del legislatore storico” del 2006 e alla decisione n. 193/2009 della Consulta; tuttavia, nello scorso dicembre, il g.i.p. aveva *negato* tale distruzione, sostenendo che una “eventuale insipienza legislativa” non possa “orientare l’interpretazione” di una norma varata sulla base di “incontrollate e non veritiere notizie di stampa” su “centinaia, se non migliaia, di intercettazioni illegali”. Aperta la fase dibattimentale, le difese di alcuni imputati rinnovano la richiesta di distruzione, ma la Corte d’Assise di Milano rigetta tale istanza, considerando tali dossier come “corpo del reato” a tutti gli effetti e affermando che la materia relativa al trattamento di tali atti sarebbe caratterizzata da un “ingarbugliato intreccio di norme giuridiche e di principi di diritto”: unica certezza è quella sulla competenza *esclusiva* del g.i.p. a decidere sulla distruzione o meno degli atti frutto di intercettazioni illegali, fra l’altro con decisione “non impugnabile”!

A leggere le nuove disposizioni dell’art. 240 c.p.p. (quelle introdotta dal “legislatore insipiente”) non sembra però che si diano molti dubbi: dei documenti concernenti dati e contenuti di comunicazioni telefoniche o telematiche illegalmente formati o acquisiti deve essere disposta la distruzione da parte del g.i.p., subito dopo l’udienza camerale a porte chiuse e alla presenza eventuale delle parti (ex art. 127 c.p.p.); delle operazioni di distruzione deve redigersi apposito verbale, il quale non potrà *assolutamente* riferirsi ai *contenuti* illegalmente acquisiti dei documenti distrutti, bensì dovrà limitarsi a dar conto dei soli elementi estrinseci della fattispecie concreta (l’avvenuta intercettazione o detenzione o acquisizione illecita dei documenti, nonché le modalità e i mezzi usati, oltre che i soggetti interessati): commi 2-6 del nuovo art. 240 c.p.p. (il quale, prima della famigerata novella del 2006, si limitava a stabilire, in un unico comma, il divieto di acquisizione al fascicolo del dibattimento dei documenti anonimi, salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall’imputato).

Vero è che su tali disposizioni è intervenuta la Corte costituzionale, con una decisione articolata tanto nella motivazione che nel dispositivo (trattasi di manipolativa di accoglimento), la quale, a ben vedere, non sembra comunque giungere ad altro esito che quello della distruzione dei documenti in questione. Nella sent. n. 173/09, infatti, la Corte ha rifiutato di accogliere la questione di legittimità costituzionale come posta dallo stesso g.i.p. del caso Telecom, ossia ha rifiutato di dichiarare l’incostituzionalità pura e semplice delle nuove disposizioni per violazione del diritto di difesa e del giusto processo (artt. 24 e 111 Cost.). L’accoglimento “secco”, per la Corte, avrebbe determinato uno squilibrio di segno opposto a quello lamentato dal giudice *a quo*: se con la novella del 2006 le esigenze della privacy dei soggetti illegalmente intercettati schiacciavano le esigenze degli imputati (e delle parti civili) di difendersi in un giudizio equo, con l’annullamento secco delle

disposizioni impugnate sarebbero state queste seconde esigenze processuali ad azzerare il diritto alla privacy. Ciò perché, «nelle condizioni normative ed organizzative attuali, una adeguata tenuta della segretezza degli atti custoditi negli uffici giudiziari» non sarebbe garantita, «come purtroppo dimostrano le frequenti “fughe” di notizie e documenti» (sent. 173/09, punto 5.2). Ne deriva che il solo bilanciamento possibile agli occhi della Corte è quello raggiungibile imponendo un procedimento incidentale sulla distruzione dei documenti assistito dalle garanzie del pieno contraddittorio (secondo le regole stabilite dall'art. 401 c.p.p. per l'incidente probatorio), cui va ad aggiungersi l'ulteriore obbligo di redigere – in esito alla decisione di distruzione dei documenti – un verbale non meramente “estrinseco” sull'avvenuta intercettazione illegale, bensì arricchito di elementi ulteriori, quali *le circostanze inerenti l'attività di formazione, acquisizione e raccolta degli stessi documenti, supporti e atti* (punto 8).

Come ha reagito a siffatta pronuncia di incostituzionalità il giudice *a quo*, cioè il g.i.p. del caso Telecom chiamato dalla legge a distruggere i documenti incriminati?

Con una decisione di rara chiarezza (ordinanza del g.i.p. del Tribunale di Milano del 20.12.2010, commentata in www.penalecontemporaneo.it, *La procedura incidentale per la distruzione dei dossiers nel caso Telecom*), il giudice sceglie quella che in dottrina viene definita la classica “terza via” che si offre al giudice *a quo* che non accetti l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale di una disposizione impugnata. Con la piccola particolarità che qui ci troviamo dinanzi *non a una decisione interpretativa di rigetto*, bensì a una manipolativa di accoglimento! Il g.i.p., infatti, ritiene che dalle disposizioni del nuovo art. 240 c.p.p., come riscritte da C. Cost. n. 173/09, possano trarsi *due* distinte norme: la prima relativa a quei casi in cui il giudice possa accertare che sussistano le condizioni per procedere alla distruzione, ossia che non risulti controversa l'illegalità della raccolta delle informazioni e che a tal fine sia del tutto irrilevante il contenuto delle informazioni stesse; la seconda relativa, invece, ai casi in cui tutto ciò non sia possibile e/o laddove le parti non contestino i presupposti della distruzione e non chiedano di articolare prove ulteriori, acquisibili *solo nel dibattimento*.

Poco importa, dice il g.i.p., che una simile interpretazione rasenti il limite dell'*interpretatio abrogans*, poiché capace di ridurre al lumicino i casi in cui la distruzione del tanto temuto “corpo del reato” sia davvero ininfluenza per l'esercizio futuro del diritto di difesa delle parti (imputati e parti civili). Piegarsi alla presunta “volontà storica” del legislatore, come chiesto dal p.m., non è soluzione razionale, posto che «non è la eventuale insipienza legislativa nelle scrivere un testo di legge a potere orientare la interpretazione di quel testo e se il legislatore approva una norma inapplicabile, tale risultato non può preoccupare chi di quella norma deve fare uso». Ad ogni modo, il g.i.p. ritiene che è dalla stessa formulazione della novella legislativa che possono distinguersi i casi in cui il contenuto captato è del tutto irrilevante ai fini della verifica dell'illegalità della captazione, da quelli in cui ciò non risulta possibile. Con riguardo alla prima categoria di casi, ove quasi scontata è la decisione della distruzione, il g.i.p. causticamente rileva: «(n)on è compito e neppure preoccupazione dello scrivente stabilire quanto di frequente ciò possa avvenire, né se l'attuale articolo 240 c.p.p. sia destinato ad avere soddisfacente applicazione nel procedimento *per il quale esso è nato*» (corsivi aggiunti).

Come si vede, con una ardita quanto coerente interpretazione incentrata sull'immediata cogenza e applicabilità del diritto costituzionale di difesa, il giudice *a quo* sembra ribellarsi alla decisione della Corte costituzionale. Lo fa, invero, con molta compostezza, lasciando al giudice costituzionale l'onore e il merito di aver ritenuto espressamente «necessario che sia garantito (l')effettivo esercizio» del diritto di difesa (sent. n. 173/09, punto 6.1), sebbene entro i margini alquanto angusti del procedimento per incidente probatorio (art. 401 c.p.p.). Anzi, è proprio dal tipo di intervento

sostitutivo della Corte che il giudice *a quo* ritiene inservibile, nei casi più complessi, lo strumento processuale messo a disposizione dal giudice costituzionale. L'intervento sostitutivo della sent. n. 173/09, infatti, limita l'utilizzo dell'art. 401 c.p.p. ai soli primi due commi, escludendo la possibilità di assumere prove ulteriori rispetto al materiale probatorio fino ad allora raccolto dal P.M. e con ciò legando le mani allo stesso g.i.p. Questi, ove riterrà che in assenza di *nuove* prove non possa acclararsi la natura illegale o meno delle intercettazioni confluite nei documenti, *potrà e dovrà* rifiutarsi di distruggere questi ultimi, rinviando all'unica sede possibile la formazione di tali prove ulteriori cui le parti hanno *costituzionalmente* diritto: il dibattimento.

Un'ultima, pungente, riflessione critica il g.i.p. la rivolge al già più volte criticato "legislatore storico", con riguardo alla presunta sua volontà di tutelare la riservatezza delle vittime delle intercettazioni illegali: «a dispetto delle intenzioni del "legislatore storico", coloro che si sono più fieramente opposti alla distruzione dei dossier sono proprio le vittime; ... numerose parti... dichiararono espressamente di "rinunciare" alla protezione loro accordata dal legislatore, chiedendo di non distruggere i dossier come forma di esercizio di quel diritto assoluto alla riservatezza di cui gli stessi erano titolari». Lo stesso giudice conclude con una riflessione che ci sarebbe piaciuto leggere nella articolata motivazione della Corte costituzionale sul caso "Telecom", o meglio, sulla legge "*ad processum*" del 2006: «ci si potrebbe chiedere... se il titolare di un diritto soggettivo della personalità possa essere sostanzialmente espropriato del potere di disporre del suo diritto assoluto, costringendolo a subire, a presunta protezione di quel diritto, la soppressione materiale di una *res* che egli ritiene fondamentale per la tutela stessa... del diritto medesimo».

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali