

Un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo

Nota a Corte costituzionale 15 gennaio 2013, n. 1,
Presidente Quaranta, Relatori Silvestri e Frigo

Sommario

1. – L'OGGETTO DEL CONFLITTO. – 2. LA INAMMISSIBILITÀ DELLE INTERCETTAZIONI DIRETTE E INDIRETTE DEL CAPO DELLO STATO. IL DIVIETO PROBATORIO E LA SUA RATIO. – 3. LA ILLEGITIMITÀ DELLE CAPTAZIONI CASUALI SECONDO LA TEORIA DELLA INUTILIZZABILITÀ NEI CASI “ORDINARI” DI INTERCETTAZIONE. – 4. FORME, MODALITÀ E LIMITI DELLA DISTRUZIONE DEI DATI. UNA LETTURA DELLE NORME A TUTELA DEI DIRITTI INDIVIDUALI.

1 L'OGGETTO DEL CONFLITTO

Come è stato già anticipato¹, il 15 gennaio scorso è stata depositata la sentenza della Consulta che ha risolto in senso favorevole al Presidente Napolitano il conflitto di attribuzione da lui promosso nei confronti della Procura di Palermo in relazione alle intercettazioni effettuate su conversazioni intercorse tra lo stesso Presidente e l'ex senatore Nicola Mancino, al tempo indagato nell'ambito del procedimento riguardante la cosiddetta “trattativa Stato-mafia”.

L'oggetto del conflitto riguardava, da un lato, la ammissibilità delle intercettazioni di conversazioni del Capo dello Stato effettuate casualmente e, dall'altro, le modalità di distruzione dei dati captati, a fronte del quesito se esse siano da inquadrarsi in un modello di procedimento caratterizzato o meno dal contraddittorio partecipato delle parti interessate.

Preannunciato il dispositivo con un comunicato del 4 dicembre 2012 dell'Ufficio stampa della Corte, sono ora pubbliche le motivazioni che chiariscono le ragioni per cui “non spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo di valutare la rilevanza delle intercettazioni di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica, operate nell'ambito del procedimento penale n. 11609/08”, e che “non spettava alla stessa Procura della Repubblica di omettere di chiedere al giudice l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni indicate, ai sensi dell'art. 271, comma 3, del codice di procedura penale, senza sottoposizione della stessa al contraddittorio tra le parti e con modalità idonee ad assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate”.

1. F. VIGANO, *La sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra Presidente della Repubblica e Procura di Palermo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 gennaio 2013.

Dai primi commenti, favorevoli o contrari, espressi già alla notizia del solo dispositivo, è subito emersa la difficoltà di astrarsi dalle peculiarità della vicenda, per la quale si ipotizzava l'eventualità di una quasi necessitata prevalenza di orientamenti di tenore politico.

La natura delle questioni portate alla attenzione del Giudice delle leggi, sollecita tuttavia un approccio strettamente giuridico e processuale anche se solo in vista di alcune considerazioni a prima lettura della sentenza, in modo che il commento possa sottrarsi alle inevitabili quanto fisiologiche influenze di un procedimento dai particolari protagonisti e dal peculiare scorcio politico-istituzionale nel quale è calato.

Premessa la condivisibilità dell'epilogo del conflitto², è di interesse esaminare la sentenza per gli spunti di riflessione che offre sul piano della teoria della legalità della prova, le cui applicazioni costituiscono il principale portato della codificazione del 1988³.

Come si è detto, il primo profilo procedurale in questione ha riguardato la legittimità delle intercettazioni casuali di conversazioni del Capo dello Stato, sulla quale si sono fronteggiate le due opposte tesi: la prima, sostenuta dalla Procura, della inesistenza di previsioni espresse sul punto e quindi della conseguente ammissibilità delle captazioni occasionali; la seconda, affermata dal Presidente, del divieto assoluto circa la loro esecuzione e utilizzabilità.

La decisione ha tuttavia spaziato oltre il quesito specifico per inoltrarsi nel più generale tema della ammissibilità di strumenti invasivi della riservatezza presidenziale, valutati nella loro praticabilità anche in rapporto ai profili di immunità di cui gode il Presidente. A sostegno della decisione, la Corte si è avvalsa di un apparato argomentativo fondato essenzialmente sul profilo costituzionale del Capo dello Stato, tratteggiandone le attribuzioni funzionali come punto di emersione del suo ruolo istituzionale dal quale far derivare le conseguenze sul piano processuale. Secondo i Giudici è pertanto il sistema complessivo a porsi come fonte primaria da cui ricavare le risposte ai quesiti posti in sede di conflitto, mentre "non è sufficiente una mera esegesi testuale di disposizioni normative, costituzionali od ordinarie" (p. 26 sentenza). Si tratta in sostanza di leggere sia la disposizione che prevede i reati addebitabili al Presidente sul piano funzionale (art. 90 Cost.), sia la legge di attuazione che delimita il perimetro investigativo nei procedimenti a suo carico (art. 7 l. 219/1989), secondo la logica della conformità alla Costituzione e con esclusione di una "interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie" tale da condurre "in molti casi, ad esiti paradossali che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela" (p. 27).

Che l'approccio interpretativo secondo una visione costituzionalmente orientata sia da adottarsi in relazione al procedimento probatorio e, più segnatamente, in tema di utilizzabilità della prova, costituisce un dato incontestabile sin da quando, nel vuoto normativo del codice di rito abrogato, fu la stessa Corte a forgiare la nuova categoria della 'prova incostituzionale' proprio in tema di intercettazioni telefoniche, andando addirittura oltre l'affermazione circa l'influenza che il sistema costituzionale poteva determinare nell'esegesi delle norme processuali e indicando di fatto una specifica disposizione – l'art. 15 Cost. – quale divieto probatorio direttamente applicabile⁴.

Nel caso di specie, al di là delle caratteristiche che lo tipizzano e del necessario contenitore costituzionale che evoca, è comunque opportuno far capo alle disposizioni

2. In ordine a precedenti conflitti di attribuzione promossi o sollecitati dal Capo dello Stato, E. TIRA, *Il conflitto di attribuzione tra il Presidente della Repubblica e la Procura di Palermo in materia di intercettazioni indirette o casuali*, in *Riv. telem. giur. della Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2012, p. 6.

3. E. AMODIO, *Dal libero convincimento alla legalità della prova penale. La parabola dell'irrazionale nell'accertamento del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 19; M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 650. Ancora prima, E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 320.

4. Corte cost. 6 aprile 1973 n. 34.

Sul tema, ancora controverso, della "prova incostituzionale", G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007, p. 182, nota 4; G. PIERRO, voce *Inutilizzabilità degli atti* (proc. pen.), in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, 2006, 3253.

codicistiche attualmente vigenti che segnano il corretto percorso esegetico da seguire per inferire dalla violazione di una regola probatoria la sanzione di inutilizzabilità prevista dall'art. 191 c.p.p. Là dove la norma stabilisce l'effetto invalidante sulla prova dalla inosservanza dei "divieti stabiliti dalla legge", presuppone la necessaria individuazione di quali tra le prescrizioni in materia probatoria, possano correttamente qualificarsi come regole di esclusione. Al riguardo, tra le varie tesi enunciate in particolare dalla dottrina, ad essere privilegiato è il criterio della *ratio* sottostante la singola norma, tale da poter consentire di attribuirle la valenza di divieto qualora l'interesse che essa tutela inerisca a un diritto processuale o extraprocessuale, anche di valenza costituzionale, comunque meritevole di protezione⁵.

La sentenza sembra porsi in questa prospettiva dove richiama l'art. 7 comma 3 della l. 219/1989 che, nel disciplinare i procedimenti per i reati di cui all'art. 90 Cost., stabilisce dei precisi limiti alla adozione di provvedimenti di natura coercitiva o restrittiva della libertà personale e di comunicazione nei confronti del Capo dello Stato, tra cui, in particolare, le "intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione" (art. 7 comma 2 l. 219/1989).

Che la norma sia espressiva di un divieto probatorio in relazione, in primo luogo, alle captazioni dirette ovvero mirate e alle intercettazioni indirette ovvero 'pluridirezionate' su utenze 'compatibili' con le finalità investigative, emerge con chiarezza quando stabilisce che "nei confronti del Presidente della Repubblica non possono essere adottati i provvedimenti indicati nel comma 2 se non dopo che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica". Al di là della formulazione letterale – formalmente enunciativa di una preclusione agli atti di captazione, ma in sé non decisiva per l'attribuzione del rango di divieto alla disposizione – la norma svela la sua natura di regola di esclusione nella *ratio* che la giustifica che è quella della tutela di un interesse extraprocessuale che inerisce non tanto alla persona del capo dello Stato, quanto al suo profilo funzionale, bisognoso di garanzie speciali nello svolgimento del suo ruolo "comunicativo". L'enunciato testuale, che in dottrina è stato talvolta inserito nel catalogo dei criteri individuativi dei divieti⁶, riveste in questo caso la sola valenza di supporto formale, graficamente evocativo del divieto sostanziale che racchiude a garanzia del corretto ed efficace esercizio della funzione presidenziale. In questa chiave il dato letterale si sottrae al metodo di interpretazione "primitivo", così come definito dalla Corte (p. 31), per esplicitare anche semanticamente quanto il nucleo della norma proibisce. La formula secondo cui i provvedimenti restrittivi "non possono essere adottati"..."se non dopo che la Corte...abbia disposto la sospensione cautelare" del Presidente (art. 7 comma 3 l. 219/1989), amplia il perimetro del divieto che va ad estendersi sul piano sia oggettivo che temporale. Le ragioni giustificative della tutela allargano la base preclusiva così che la regola di esclusione si traduce nell'ammettere le intrusioni *solo* per i reati di cui all'art. 90 Cost. e non per altri, e non prima che l'iter accertativo conduca alla sospensione cautelare del Presidente (artt.5 ss. l. 219/1989).

Una lettura di segno contrario dettata dal solo dato testuale, che relegasse il divieto ad una dimensione restrittiva e portasse ad ammettere le intercettazioni per reati o tempi diversi, snaturerebbe il senso stesso del divieto e i suoi obiettivi. Sarebbe come dire che la norma che consente le intercettazioni nei casi ordinari in relazione ad un elenco preciso di reati (art. 266 c.p.p.), potrebbe essere interpretata nel senso di ammetterle anche per altri reati solo perché il suo dettato contempla la formula del "consentire" e non del "vietare". Individuata invece la *ratio* della norma nella tutela del diritto alla

5. Per una sintesi delle diverse teorie, v., volendo, N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, I Aggiornamento, Milano, 1998, p. 690. Tra gli studi più recenti, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2008; A. SCELLA, voce *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, t. I, Milano, 2009, p. 479.

6. M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 641.

3 LA ILLEGITTIMITÀ DELLE CAPTAZIONI CASUALI SECONDO LA TEORIA DELLA INUTILIZZABILITÀ NEI CASI “ORDINARI” DI INTERCETTAZIONE

riservatezza, non si può che ammettere che la selezione dei reati individuati dal legislatore per gravità e tipologia a bilanciamento delle esigenze di accertamento, va a delineare i limiti oggettivi della intercettazione.

Quanto si è detto può risultare utile anche al fine di sostenere la corretta interpretazione della Consulta in ordine alla inammissibilità delle intercettazioni casuali nei confronti del Capo dello Stato.

Le argomentazioni che si sono prima richiamate per ritenere la sussistenza del divieto probatorio nell'art. 7 comma 3 l. 219/1989, sono riproponibili alla luce dell'interesse protetto dal divieto e sempre riferito alla necessità di non limitare il campo comunicativo presidenziale. L'assenza di una specifica previsione preclusiva a questo tipo di captazione non è significativa della insussistenza del divieto. Come si è già rilevato, il dato letterale o testuale può non essere determinante alla individuazione della regola di esclusione o addirittura fuorviarne gli esiti applicativi.

L'art. 7 rivela invece ancora, sotto due distinti profili, la sua autosufficienza nel vietare quanto di occasionalmente invasivo può occorrere alle comunicazioni del Capo dello Stato. Da un lato, nella sua funzione di norma nella quale si proiettano i principi costituzionali, espande la sua autorità oltre quanto può essere superficialmente percepito.

D'altro lato, può inoltre avvalersi delle categorie interpretative di natura processuale per gestire la sua corretta funzionalità. Al pari di qualsiasi altro divieto probatorio, la disposizione si pone a tutela del modello legale dell'atto e ne garantisce in primo luogo l'ammissibilità, assorbendo in questo profilo le modalità assuntive o esecutive che non risultino espresse. Quali che siano queste ultime, è la inammissibilità originaria dell'atto a decretarne la illegittimità⁷. Per fare un esempio, l'assunzione di un teste incompatibile (art. 197 c.p.p.) determina la inutilizzabilità delle sue dichiarazioni indipendentemente dalle eventuali modalità irrituali impiegate nell'esame, che siano espressamente previste o sanzionate oppure no. Nel caso di specie la captazione occasionale si atteggia a modalità non prevista che non incide sulla intercettazione di per sé non ammissibile. Non rileva quindi *come* siano state effettuate le intercettazioni, ma *se* potevano ritualmente essere ammesse.

D'altra parte, sempre seguendo le regole che operano nel processo ordinario, la inammissibilità di una prova può emergere successivamente alla sua acquisizione ma non per questo andare esente dalla sanzione. Come nel caso in cui la testimonianza indiretta già resa non può essere utilizzata per via della mancata assunzione del teste diretto (art. 195 commi 3 e 7 c.p.p.) o nel caso in cui la dichiarazione autoindiziante pronunciata in assenza del difensore è privata di efficacia probatoria anche *erga omnes* (art. 63 comma 2 c.p.p.), così la intercettazione casuale la cui inammissibilità originaria emerge *ex post* non può essere sottratta alla invalidità sostanziale che la contamina.

Senza violare il principio di tassatività, applicabile alla inutilizzabilità se pure con i necessari *distinguo*⁸, e senza dover ricorrere a forme implicite di divieto⁹, pure riconosciute anche in sede giurisprudenziale¹⁰, la regola di esclusione di cui all'art. 7 si conferma a tutela della captazione anche occasionale delle comunicazioni presidenziali, che si possono ritenere vietate indipendentemente da normative similari (art. 4 l. 240/2003) e da eventuali analogie di tipo soggettivo (artt. 103 e 200 c.p.p.).

Né si ritiene possa incidere sul punto il profilo della immunità del Capo dello Stato, funzionale o esterna, assoluta o meno che sia¹¹. Sul piano processuale, le regole denotano

7. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, p. 556.

8. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, p. 205.

9. F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sul processo penale*, Milano, 1963, p. 162.

10. Cass. Sez. I, 25 ottobre 2004, n. 1594, Giannelli, in *CED Cass.* n. 230774.

11. Per i profili generali, A. SPADARO, *Commento all'art. 90*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, p. 1753.

4 FORME, MODALITÀ E LIMITI DELLA DISTRUZIONE DEI DATI. UNA LETTURA DELLE NORME A TUTELA DEI DIRITTI INDIVIDUALI

se mai i limiti al potere investigativo nei termini che la Corte ha individuato e con le precisazioni che ancora una volta si rifanno ai criteri interpretativi della inutilizzabilità applicati nel rito ordinario. Correttamente i Giudici hanno quindi ammesso che nel caso di specie sia possibile e legittimo il ricorso a fonti di prova autonome e indipendenti diverse dalla intercettazione “tali da non arrecare una lesione alla sfera di comunicazione costituzionalmente protetta del Presidente” (p. 34). Il che deve presupporre tuttavia che i differenti mezzi di acquisizione non determinino un aggiramento del divieto primario, così da evitare che la comunicazione di cui è vietata la captazione venga introdotta surrettiziamente attraverso un diverso strumento (ad esempio, la testimonianza dell’operatore). Deve in sostanza valere per le intercettazioni presidenziali la categoria della cosiddetta ‘inutilizzabilità alternativa’ che preclude l’uso di un mezzo probatorio che eluda un divieto previsto per un altro mezzo¹².

Quanto al secondo oggetto del conflitto, relativo a tempi e modalità della distruzione delle intercettazioni – lasciando al commento dei costituzionalisti il profilo inerente l’ammissibilità dell’obbligo di un *facere* imposto al pubblico ministero (*rectius*, al giudice su richiesta del pubblico ministero) – le tesi si sono contrapposte in relazione al tipo di procedimento camerale da adottare, se a struttura partecipata oppure no.

La Corte ha accolto sul punto il ricorso del Presidente, escludendo il rito camerale che “vanificherebbe totalmente e irrimediabilmente la garanzia della riservatezza delle... (sue)... comunicazioni” (p. 37). Coltivando l’approccio sostanzialistico impiegato per sostenere l’illegittimità delle captazioni anche casuali, viene individuato l’art. 271 comma 3 c.p.p., che prevede la distruzione della documentazione delle intercettazioni “eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge”, quale previsione nella quale far ricadere le intercettazioni presidenziali (p. 37).

La correttezza della scelta che esclude l’applicazione della diversa norma relativa alla distruzione delle intercettazioni non rilevanti (art. 269 commi 2 e 3 c.p.p.), non impedisce tuttavia a prima vista di riscontrare qualche criticità nel seguito della sentenza. La Corte introduce infatti una ulteriore distinzione, separando le intercettazioni illegittime per vizi procedurali (artt. 267 e 268 commi 1 e 3 c.p.p.), dalle intercettazioni invalide per inosservanza di “ragioni sostanziali, derivanti dalla violazione di una ‘protezione assoluta’ del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto” (p. 38). Solo per le prime si ritiene ammissibile la procedura camerale in contraddittorio e la correlata conoscibilità delle comunicazioni, escluse invece per le seconde in relazione alle quali prevale l’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” (p. 38). La loro distruzione si deve quindi ritenere dovuta in forma non partecipata.

Premesso in via di principio che è condivisibile l’approccio selettivo al tipo di divieti – relativi alla ammissione o alla acquisizione della prova o, ciò che è lo stesso, alla sostanza o alla forma dell’atto probatorio – il punto di frizione potrebbe evidenziarsi ad un primo approccio nel raccordo tra la premessa, sulla distruzione obbligata e immediata delle intercettazioni illegittime nel contesto camerale chiuso, e l’affermazione finale per la quale “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” (p. 39). L’assunto pare riferirsi ad una valutazione discrezionale del giudice se procedere o no alla distruzione in casi che potrebbero

12. In ordine a questa fattispecie, v. volendo, N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 82.

individuarsi, come già si è sostenuto, nella necessità di procedere nei confronti dello stesso Presidente per i reati di cui all'art. 90 Cost.¹³ o nei confronti di concorrenti negli stessi reati (art. 9 l. 219/1989) o, ancora, per non disperdere prove di contenuto favorevole all'indagato o imputato.

Ritenendo che il dispositivo sul caso specifico portato dal conflitto vada scomposto dalle motivazioni che, per essere formulate sui principi, avrebbero la prevalenza sul primo¹⁴, la sentenza supera la prova di resistenza alle contraddizioni, proponendo tra l'altro una soluzione interpretativa da leggersi soprattutto in chiave di garanzia dei diritti individuali e, in particolare, del diritto di difesa. Come già è emerso in qualche precedente¹⁵, filtra in questa pronuncia l'intento di confinare l'inutilizzabilità nei suoi effetti "a carico"¹⁶, preservando dalla sanzione gli elementi probatori "a favore" che possano dimostrare, se pure illegittimi, l'assenza di responsabilità. L'inutilizzabilità *in bonam partem*, eco di tesi di dottrina¹⁷ e in parte di giurisprudenza¹⁸, sembra qui trovare un preciso spazio, ritagliato utilmente in una vicenda dai differenti obiettivi.

Non è tuttavia il caso di stupirsi se la Corte approfitta di un diverso contesto per confermare la sua funzione di garante dei diritti della persona, quale essa sia. Del resto, ha usato qui lo stesso metodo per proteggere, prima, la riservatezza del Presidente e del suo ruolo, e, poi, il diritto di difesa di qualsiasi imputato futuro. Quegli "interessi sovrachianti" che fondano i divieti probatori o che talvolta ne ammettono la deroga¹⁹, sono in fondo gli stessi, in entrambi i casi.

13. F. VIGANO', *La sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra Presidente della Repubblica e Procura di Palermo*, cit.

14. M. AINIS, *La sentenza della Consulta è un lascito al Presidente che verrà*, in *Corriere della Sera*, 16 gennaio 2013, p. 36.

15. C. cost. 30 dicembre 1994 n. 463.

16. In questo senso si era espressa, in vigenza del codice abrogato, C. cost. 6 aprile 1973 n. 74, cit.

17. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 630.

18. Cass. Sez. II, 26 maggio 2009 n. 25590, in *CED Cass.* n. 244153, ritiene peraltro "abnorme la distruzione di una prova decisiva a favore dell'accusa o della difesa".

19. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, p. 599.