

# RIFLESSIONI SULLA (IM)POSSIBILITÀ DI SVOLGERE INTERCETTAZIONI "INDIRETTE" NEI CONFRONTI DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA. IL CASO DEL CONFLITTO DI ATTRIBUZIONE CONTRO LA PROCURA DI PALERMO.\*

di

#### Francesco Paterniti

(Ricercatore di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Catania)

#### 31 ottobre 2012

<u>Sommario:</u> 1. Il fatto: le cd. intercettazioni telefoniche "indirette" che hanno captato le conversazioni del Capo dello Stato. – 2. Sulla opportunità (o meno) che il Presidente della Repubblica si faccia promotore di un conflitto di attribuzione. – 3. Le tesi contrapposte dei due contendenti nel conflitto. – 4. L'oggetto del conflitto. – 5. Le conversazioni preparatorie rispetto all'attività presidenziale nell'ottica degli atti funzionali del Presidente della Repubblica. – 6. Sulla asserita (in)sussistenza di un riferimento normativo applicabile alla vicenda. – 7. Le possibili soluzioni per il caso in questione.

## 1. Il fatto: le cd. intercettazioni telefoniche "indirette" che hanno captato le conversazioni del Capo dello Stato.

La vicenda che ha dato luogo al conflitto di attribuzione promosso dal Presidente della Repubblica contro la Procura di Palermo ha, solo di recente, trovato la collocazione

-

<sup>\*</sup> Articolo sottoposto a referaggio.

probabilmente più corretta in ragione della rimessione della questione alla Corte costituzionale, organo deputato a dirimere le controversie tra i poteri dello Stato, con conseguente determinazione dell'esatta ampiezza delle attribuzioni di ciascuno di essi.

Prima di tale passaggio per così dire giuridico, tuttavia, già da tempo era stata aperta sui maggiori quotidiani nazionali una querelle di indiscrezioni e ricostruzioni aventi ad oggetto i presunti contatti telefonici ed epistolari intercorsi tra il sen. Nicola Mancino, indagato dalla Procura di Palermo in relazione alla presunta trattativa Stato-Mafia del 1993, e la Presidenza della Repubblica. A fronte di ciò, al fine di sgombrare il campo mediatico da qualsivoglia strumentalizzazione relativa al seguito dato dal Capo dello Stato rispetto ad alcune telefonate e ad una lettera del senatore Mancino in merito alle indagini che lo coinvolgono, in un primo momento, il Quirinale aveva ritenuto opportuno rendere noto il contenuto di una missiva, inviata il 4 aprile dal Segretario Generale della Presidenza della Repubblica al Procuratore Generale della Corte di Cassazione. Con l'intervento in questione, avendo riguardo all'esercizio dei poteri previsti dalla legge sulla Procura nazionale antimafia e sulle Procure generali delle Corti di Appello, la Presidenza della Repubblica intendeva sottolineare le esigenze di coordinamento derivanti dalle diverse iniziative in corso presso varie Procure. Rispetto a tale iniziativa, in particolare, rispondendo ai giornalisti in occasione di una cerimonia ufficiale, il Presidente delle Repubblica ribadiva il proprio dovere costituzionale di continuare ad operare affinché l'azione della magistratura vada avanti nel modo più corretto ed efficace, anche attraverso i necessari coordinamenti<sup>1</sup>.

Successivamente, in un'intervista pubblicata sul quotidiano "La Repubblica" del 22 giugno del 2012, il pm di Palermo Nino Di Matteo affermava che, essendo irrilevanti per il procedimento in corso, eventuali intercettazioni che avessero riguardato le conversazioni telefoniche del Capo dello Stato sarebbero state distrutte con l'instaurazione dell'ordinario procedimento davanti al G.i.p.<sup>2</sup>.

A fronte della dichiarazione prima richiamata, il 27 giugno 2012 l'Avvocato Generale dello Stato avanzava una formale richiesta di chiarimenti alla Procura di Palermo in merito all'effettiva sussistenza di intercettazioni telefoniche che avessero captato le conversazioni del Presidente della Repubblica. In risposta a tale quesito, il successivo 6 luglio, la detta Procura riferiva che «avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento qualsivoglia

www.federalismi.it

2

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> In questo senso le risposte che, il 21 giugno 2012, il Presidente Napolitano ha reso ai giornalisti al termine della cerimonia dell'anniversario della fondazione della Guardia di Finanza a L'Aquila, reperibili sul sito ufficiale della Presidenza della Repubblica su *www.quirinale.it*.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Cfr. l'intervista rilasciata dal pm Di Matteo alla giornalista Alessandra Ziniti e pubblicata sul quotidiano *La Repubblica* del 22.06.2012, p. 7.

eventuale comunicazione telefonica in atti diretta al Capo dello Stato non ne prevede alcuna utilizzazione investigativa o processuale, ma esclusivamente la distruzione da effettuare con l'osservanza delle formalità di legge». Successivamente, con una nota diffusa alla stampa il 9 luglio, in riferimento all'eventualità che in sede di intercettazione fossero state incidentalmente captate le conversazioni del Capo dello Stato, lo stesso Procuratore di Palermo affermava che «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»<sup>3</sup>. In questi termini, dunque, dopo aver ribadito la legittimità delle intercettazioni, il Procuratore precisava che la distruzione delle stesse sarebbe dovuta prima passare per un'udienza camerale nella quale, sentite le parti (che, quindi, devono essere messe in grado di conoscere il contenuto delle conversazioni intercettate), sarebbe stato il G.i.p. a doverne valutare l'irrilevanza processuale.

In conseguenza di quanto rappresentato ed affermato dalla Procura di Palermo, con proprio decreto del 16 luglio 2012, il Capo dello Stato dava mandato all'Avvocatura Generale dello Stato di promuovere un conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale al fine di sanare la lesione delle prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica, quantomeno sotto il profilo della loro menomazione. A giudizio del Presidente, infatti, tale lesione si era materializzata con l'avvenuta valutazione circa la rilevanza delle intercettazioni ai fini della loro eventuale utilizzazione (investigativa o processuale), con la permanenza delle stesse intercettazioni agli atti del procedimento e con l'intento di attivare una procedura camerale che, anche in ragione della instaurazione di un contraddittorio sul punto, aggrava gli effetti lesivi delle precedenti condotte. La decisione di rimettere la questione alla Corte costituzionale, ulteriormente, veniva giustificata dal Presidente Napolitano come un'iniziativa volta non già a tutelare la sua persona bensì la carica presidenziale, in linea con l'insegnamento dell'ex Presidente Luigi Einaudi secondo il quale «è dovere del Presidente della Repubblica di evitare si pongano, nel suo silenzio o nella inammissibile sua ignoranza dell'occorso, precedenti, grazie ai quali accada o sembri accadere che egli non trasmetta al suo successore immuni da qualsiasi incrinatura le facoltà che la Costituzione gli attribuisce».

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Così testualmente le dichiarazioni del Procuratore di Palermo, Dott. Messineo, riportate da una nota dell'agenzia di stampa ANSA del 09.07.2012.

Dando seguito al mandato ricevuto, il 30 luglio 2012 l'Avvocatura Generale dello Stato depositava presso la Corte costituzionale il ricorso per conflitto di attribuzione<sup>4</sup>.

In conseguenza del ricorso presentatole, la Corte costituzionale, con ordinanza n. 218 del 20 settembre 2012, si pronunciava in via preliminare dichiarando ammissibile il conflitto di attribuzione, rilevando a tale riguardo sia la legittimazione soggettiva dei contendenti<sup>5</sup> che la sussistenza dei profili oggettivi del conflitto<sup>6</sup>.

Successivamente, con una ordinanza istruttoria del 25 settembre, notificata alla Procura di Palermo, la Corte costituzionale chiedeva di essere messa a conoscenza tanto del numero e delle date delle telefonate intercettate (riguardanti conversazioni fra il Presidente della Repubblica ed il sen. Nicola Mancino), quanto dei c.d. "brogliacci", vale a dire delle sintesi delle conversazioni captate per caso. Con la stessa ordinanza istruttoria, ulteriormente, la Corte chiedeva altresì di essere informata circa l'eventuale separazione della inchiesta in corso in più parti<sup>7</sup>.

### 2. Sulla opportunità (o meno) che il Presidente della Repubblica si faccia promotore di un conflitto di attribuzione.

All'indomani della decisione presidenziale di sottoporre il caso alla Corte costituzionale tramite lo strumento del conflitto di attribuzione, le prime analisi relative alla vicenda, oltre a soffermarsi sui profili più squisitamente tecnici della questione giuridico-costituzionale, non

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Il testo integrale del ricorso depositato dall'Avvocatura Generale dello Stato è reperibile su questa Rivista, al seguente link: <a href="http://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=21106&dpath=document&dfile=30102012171244.pdf&content=Ricorso+per+conflitto+tra+poteri+sollevato+dal+Presidente+della+Repubblica+avverso+le+intercettazi oni+effettuate+dalla+procura+di+Palermo+-+stato+-+documentazione+-+ .

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> A tale riguardo, con l'ord. n. 218/2012, relativamente alla legittimazione del Capo dello Stato, la Corte affermava che «la natura di potere dello Stato e la conseguente legittimazione del Presidente della Repubblica ad avvalersi dello strumento del conflitto a tutela delle proprie attribuzioni costituzionali sono state più volte riconosciute, in modo univoco, nella giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 200 del 2006 e n. 129 del 1981; ordinanze n. 354 del 2005 e n. 150 del 1980)». Analogamente, con riferimento alla legittimazione soggettiva del PM, veniva rilevato come la «Corte ha del pari riconosciuto, con giurisprudenza costante, la natura di potere dello Stato al pubblico ministero, in quanto investito dell'attribuzione, costituzionalmente garantita, inerente all'esercizio obbligatorio dell'azione penale (art. 112 della Costituzione), cui si connette la titolarità delle indagini ad esso finalizzate (*ex plurimis*, sentenze n. 88 e n. 87 del 2012, ordinanze n. 241 e n. 104 del 2011), ritenendo, altresì, legittimato ad agire e a resistere nei giudizi per conflitto di attribuzione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale, in quanto competente a dichiarare definitivamente, nell'assolvimento della ricordata funzione, la volontà del potere cui appartiene (ordinanza n. 60 del 1999)».

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> In riferimento a tale aspetto la Corte rilevava che «sotto il profilo oggettivo, il ricorso è proposto a salvaguardia di prerogative del Presidente della Repubblica che sono prospettate come insite nella garanzia dell'immunità prevista dall'art. 90 Cost. e nelle disposizioni di legge ordinaria ad essa collegate, a fronte di lesioni in assunto realizzate o prefigurate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo nello svolgimento dei propri compiti».

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> La notizia relativa alla adozione di tale ordinanza istruttoria della Corte costituzionale e del relativo contenuto è stata diffusa dall'agenzia di stampa AGI/ANSA, con una nota del 26.09.2012.

hanno mancato di evidenziare i possibili risvolti politico-istituzionali che ne sarebbero potuti derivare. In questo senso, infatti, dando per scontata la legittimazione soggettiva dei contendenti e la sussistenza dei requisiti oggettivi del conflitto, ampie considerazioni sono state dedicate alle ricadute istituzionali che potrebbero scaturire dall'esito della decisione dei Giudici costituzionali. Pare, infatti, di potersi interpretare in questi termini la posizione espressa da quella autorevole dottrina che ha sottolineato come nel giudizio per conflitto di attribuzione in questione la Corte sarà chiamata a giudicare non tanto sui caratteri di un singolo potere e sulla spettanza del suo esercizio, bensì sulla posizione complessiva del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale, «in una controversia che lo coinvolge tanto come istituzione, quanto come persona»<sup>8</sup>.

Il ragionamento pocanzi riportato, in buona sostanza, facendo riferimento alla scelta di attivare l'intervento della Corte costituzionale, muove dei rilievi critici che abbracciano tanto il metodo quanto il merito della determinazione presidenziale. Ciò in considerazione del fatto che «non è questione, solo, di competenze, ma anche di comportamenti»<sup>9</sup>.

Nel caso specifico, infatti, viene in primo luogo avanzata una valutazione negativa circa l'opportunità di sollevare un formale conflitto di attribuzione per risolvere la controversia tra il Presidente della Repubblica e l'Autorità giudiziaria. Rilevando, a tale riguardo, le difficoltà nelle quali viene messa la Corte che, non essendo investita di una «normale disputa costituzionale che attende una normale pronuncia in un normale giudizio», non potrà fare altro che dare ragione alla prima carica dello Stato<sup>10</sup>.

Alle perplessità sul metodo, ulteriormente, la medesima dottrina aggiunge alcune considerazioni critiche rispetto al merito della vicenda. In tal senso, infatti, vengono sostanzialmente contestate anche le argomentazioni addotte dal Presidente a sostegno della sua decisione. In modo particolare, dopo aver costatato l'assenza di una esplicita normativa che al di fuori del procedimento di accusa impedisca di effettuare od utilizzare delle intercettazioni che indirettamente captino le conversazioni del Capo dello Stato, viene

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione*, pubblicato sul quotidiano *La Repubblica*, 17.08.2012.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> G. ZAGREBELSKY, op. ult. cit.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Nel caso in questione, invero, è presumibile pensare che tale considerazione, legata alle possibili conseguenze che la pronuncia della Corte potrebbe avere sugli equilibri complessivi del sistema istituzionale, sia dovuta anche al precedente con il quale la Consulta ha risolto la disputa avente ad oggetto il potere di grazia, riconoscendone l'esclusiva titolarità al Capo dello Stato (sent. n. 200/2006). In argomento, per una panoramica complessiva delle differenti opzioni interpretative riferibili alla vicenda si rinvia ai vari contributi contenuti nel volume di R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI, *La Grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, Torino, 2006. All'interno del detto volume, per una ricostruzione in distonia rispetto alla pronuncia della Corte, sia consentito un rinvio a F. PATERNITI, *Potere sovrano di clemenza o potere di clemenza del Sovrano?*, nel quale si propende per una configurazione del provvedimento di clemenza come atto complesso a formazione progressiva.

criticato il tentativo di rinvenire un divieto di tal genere nella previsione che l'art. 90 della Costituzione dedica alla irresponsabilità presidenziale. Poiché, in questi termini, la prerogativa in questione verrebbe interpretata come una garanzia di "intoccabilità-inconoscibilità" che, riferendosi più alla persona del Presidente della Repubblica che alla carica dallo stesso ricoperta, imporrebbe agli uffici giudiziari di muoversi "fuori" dalle ordinarie regole e garanzie del processo penale.

Non meno critici sono i rilievi mossi per l'ipotesi in cui, diversamente, si ritenga che la mancanza di una specifica prerogativa in materia sia imputabile non ad una dimenticanza del Costituente bensì alla deliberata scelta di un "consapevole silenzio", finalizzato a non voler estendere oltremodo le prerogative del Capo dello Stato. In quest'ultimo caso, infatti, la *ratio* di fondo rinvenibile nella Carta sarebbe quella di voler applicare al Presidente, al di fuori delle garanzie espressamente previste, le regole comuni valide per tutti i cittadini. Cosicché, chiedere alla Corte di ampliare la copertura offerta dalle prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica vorrebbe dire coinvolgere la Consulta in una inopportuna attività di legislazione costituzionale o, peggio, laddove si riconoscesse che il silenzio della Costituzione sul punto sia voluto, in una impropria operazione di revisione e mutamento del Testo<sup>11</sup>.

Nella direzione opposta rispetto alle critiche appena riportate, invece, si muovono le considerazioni di altra autorevole dottrina che, pronunciandosi favorevolmente rispetto all'utilizzo dello strumento rappresentato dal conflitto tra poteri, aveva già avuto modo di sottolineare che «i conflitti al di là delle soluzioni che ad essi si siano di volta in volta date (...) valgono pur sempre a ribadire che v'è una *tipicità indisponibile dei ruoli*, che richiede di essere salvaguardata anche per l'avvenire»<sup>12</sup>.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Tale ricostruzione viene fortemente avversata da E. SCALFARI, Perché attaccano il Capo dello Stato, pubblicato sul quotidiano La Repubblica, 19.07.2012, il quale ricorda che «esistono sentenze "additive" della Corte e sentenze "interpretative" queste ultime di particolare importanza e più volte emesse su questioni di grande rilevanza». Analogamente critica l'opinione di A. RUGGERI, Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: notazioni introduttive, in A. RUGGERI (a cura di), Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica. Atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010), Torino, 2010, p. 32. L'Autore, in particolare, si pronuncia con favore sia rispetto ai conflitti che vedano come parte il Presidente della Repubblica, sia rispetto alle "integrazioni" offerte dalla Corte in tali occasioni rispetto ad un Testo costituzionale spesso carente o appannato. In questa direzione, infatti, l'Autore afferma che «col fatto stesso di essere portati davanti al loro "giudice naturale", la Corte costituzionale, i conflitti che hanno avuto per parte il Presidente (...), pur non essendo di certo cosa buona. hanno tuttavia ugualmente giovato alle istituzioni, all'ordinato sviluppo delle loro relazioni, se non altro che per il fatto di aver svolto opera di chiarificazione in seno ad un dettato costituzionale oggettivamente appannato e carente, ristabilendone, grazie anche alle "integrazioni" in esso operate dalla Consulta, il vigore, la capacità di dare (se non proprio ordine, quanto meno) un orientamento alle pratiche politiche, comunque destinate a mantenersi entro la cornice costituzionale».

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> A. RUGGERI, Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: notazioni introduttive, cit., p. 32. In linea con tali considerazioni si pone anche il recente intervento di B. CARAVITA,

In linea con la posizione da ultimo citata e, tra l'altro, con particolare riferimento al ruolo del Capo dello Stato, vale la pena di richiamare anche l'indirizzo espresso dalla stessa Corte costituzionale allorché ebbe a configurare il conflitto di attribuzione «come strumento apprestato dalla Costituzione a tutela delle attribuzioni proprie della carica di Presidente della Repubblica». Motivo per cui il detto conflitto «opera anche o principalmente come strumento di difesa nei confronti di possibili applicazioni giudiziali delle norme che si traducano in violazioni della prerogativa», ancor di più nelle ipotesi in cui la tutela offerta da tale strumento «coincida con la protezione della persona fisica dalla responsabilità in forza della prerogativa»<sup>13</sup>.

In ragione di quanto fin qui considerato, invero, l'iniziativa assunta dal Presidente Napolitano appare la più appropriata al fine di chiarire definitivamente l'esatta portata delle prerogative costituzionali del Capo nello Stato nel rispetto delle procedure poste a tutela della legalità dell'operato delle istituzioni<sup>14</sup>. Nel caso oggetto di attenzione, infatti, il ricorso per conflitto di attribuzione proposto dal Presidente della Repubblica, a ben vedere, mira non solo a garantire il sereno svolgimento della funzione presidenziale ma, nel medesimo tempo ed in modo particolare, anche a tutelare gli interessi cui la funzione stessa è preposta. Ciò perché la conoscibilità delle conversazioni del Presidente, con ogni probabilità, rischierebbe di minare la necessaria riservatezza che deve essere garantita a tutte le attività preparatorie rispetto agli atti presidenziali, non potendo di fatto essere impedita mediante la distruzione delle intercettazioni per il tramite della procedura disciplinata dell'art. 268 C.p.p. e ss., «in conseguenza di un fenomeno patologico che incide, di per sé, sulla generalità dei cittadini: quello, cioè, della disinvolta diffusione, anche a mezzo della stampa, dei contenuti dei colloqui intercettati, spesso anche per le parti irrilevanti ai fini del processo»<sup>15</sup>.

A fronte delle posizioni perentorie reiteratamente espresse dalla Procura di Palermo, dunque, il ricorso del Capo dello Stato è apparso inevitabile<sup>16</sup>. Trovandosi quest'ultimo di fronte all'alternativa di avallare la tesi della Procura ovvero di appellarsi alla Consulta per chiarire i

<u>Intercettazioni, decida la Consulta</u>, pubblicato sul quotidiano *Il Tempo*, 19.08.2012, nel quale l'Autore, dopo aver sottolineato che il conflitto di attribuzione appare lo strumento più appropriato per «giuridicizzare conflitti istituzionali altrimenti destinati a rimanere terreno di scontro politico», rileva come «non pochi sono stati i conflitti in cui il Presidente della Repubblica è stato parte attiva o passiva». Con ciò volendo affermare la correttezza giuridica e politico-costituzionale dello strumento in questione.

www.federalismi.it

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Corte Cost., sent. n. 154/2004, punto n. 4 del *considerato in diritto*.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> In questa direzione si indirizzano anche le riflessioni di S. CECCANTI, <u>Il conflitto di attribuzione più rilevante di quanto appare</u>, pubblicato sul quotidiano *l'Unità*, 15.09.2012, p. 16, il quale afferma che «il conflitto di attribuzioni è lo strumento più lineare e fisiologico».

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Corte cost., sent. n. 390/2007.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Al riguardo, appare ampiamente condivisibile la riflessione di B. CARAVITA, <u>Intercettazioni, decida la Consulta</u>, *cit.*, laddove l'Autore definisce un "armistizio unilaterale" la proposta formulata da chi si è augurato che il Capo dello Stato decida di ritirare il ricorso alla Corte costituzionale.

termini della questione<sup>17</sup>. A tale riguardo, tra l'altro, non va tralasciato il fatto che il Presidente della Repubblica non avrebbe potuto diversamente tutelare le sue prerogative, magari invocando unilateralmente le garanzie derivanti dalla sua irresponsabilità funzionale. Ciò perché, diversamente dall'istituto della insindacabilità parlamentare, la cui efficacia inibitoria nei confronti dell'azione dell'autorità giudiziaria può essere attivata dallo stesso Parlamento con una specifica delibera assembleare, per il Capo dello Stato non è configurabile una analoga iniziativa idonea a tutelare le sue prerogative sulla base di una propria dichiarazione unilaterale, che affermi la sussistenza di una delle ipotesi coperte dall'art. 90 Cost. Poiché non «potrebbe ipotizzarsi un qualsiasi effetto inibitorio dell'esplicarsi dell'esercizio della funzione giurisdizionale, collegabile alla semplice affermazione, da parte di colui la cui responsabilità viene evocata in giudizio, della applicabilità della prerogativa, stante la non configurabilità di un potere di definizione unilaterale, in causa propria, dei limiti della propria responsabilità»<sup>18</sup>.

Non sembra, quindi, di potersi manifestare adesione alla proposta avanzata da chi ha suggerito, in ossequio al principio di leale collaborazione, di sottrarre la questione alla Corte, ritirando il ricorso e procedendo alla distruzione delle intercettazioni «attraverso il procedimento ordinario e con le garanzie di riservatezza previste per tutti»<sup>19</sup>, paventando delle

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> G. NORI, *Conflitto a proposito delle intercettazioni telefoniche: alcune osservazioni preliminari*, in <a href="https://www.federalismi.it">www.federalismi.it</a>, n. 16 del 29.08.2012, p. 2. In questa ipotesi, dunque, il ricorso all'utilizzo del conflitto di attribuzione appare in linea con quella idea di "residualità" tratteggiata da R. BIN, *L'ultima fondatezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, p. 125, secondo il quale il conflitto tra poteri è uno «strumento utilizzabile in ogni caso in cui, essendo controverse attribuzioni in qualche modo riferibili alla Costituzione, non fossero disponibili altri strumenti di difesa in sede giurisdizionale». Conformemente a tale impostazione anche A. MORRONE, *Presidente della Repubblica e conflitto tra poteri nel «caso Cossiga»*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Il "caso Cossiga"*. *Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, Torino, 2003, pp. 278-279.

<sup>18</sup> In questo senso la Corte cost., sent. n. 154/2004. Nella medesima direzione, già prima del citato intervento

In questo senso la Corte cost., sent. n. 154/2004. Nella medesima direzione, già prima del citato intervento della Consulta, si vedano le riflessioni di P. VERONESI, *Un capo dello Stato più responsabile e un po' meno monarca-presidente*, in *Dir. e giust.*, 26/2000, p. 9; A. RUGGIERI, *L'ex Presidente della Repubblica come «potere dello Stato» e le sue (pseudo)esternazioni davanti alla Corte*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Il "caso Cossiga". Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, Torino, 2003, p. 24; I. NICOTRA, *Le prerogative «dimezzate» del Presidente della Repubblica*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Il "caso Cossiga". Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, Torino, 2003, p. 292. L'Autrice da ultimo richiamata, invero, non manca di rilevare come «l'assoluta assenza di strumenti normativi capaci di salvaguardare il ruolo del Presidente della Repubblica da interventi pretestuosi della magistratura sembra rappresentare una stonatura all'interno del panorama normativo che nel suo complesso contiene i tratti distintivi di un sistema saldamente ancorato al principio della separazione dei poteri» (p. 295). Alla luce di ciò, dunque, viene auspicato un intervento del legislatore finalizzato ad individuare un organo cui affidare il compito di accertare e deliberare circa la natura funzionale o meno degli atti presidenziali.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Così, testualmente, G. ZAGREBELSKY, <u>Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione, cit</u>. In linea con tali considerazioni può essere letto anche l'intervento di G. ROMA, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente della Repubblica? (Il caso della cd. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro)*, in *Giur. Cost.*, 1999, pp. 2913-2914. L'Autore, infatti, riferendosi all'analogo caso del 1997 che ebbe ad oggetto le intercettazioni indirette dell'allora Presidente Scalfaro, affermò che «nella fattispecie *de qua* si verifica un caso di *dovere di collaborazione* da parte del Presidente, il quale sarebbe violato dall'esclusione della possibilità

possibili conseguenze devastanti – al limite della crisi costituzionale – nel caso in cui la Corte desse torto al Presidente. La posizione da ultimo riportata, infatti, pur trovando riscontro in alcuni autorevoli indirizzi dottrinari<sup>20</sup>, appare oggigiorno sostanzialmente superata dalla giurisprudenza costituzionale in materia<sup>21</sup>.

Diversamente, maggiormente persuasive sembrano le riflessioni avanzate da chi, pur non mancando di cogliere la particolarità del caso in questione, ha sottolineato come «un conflitto di attribuzioni non è una guerra nucleare. Serve a delimitare il perimetro dei poteri dello Stato, a restituire chiarezza sulle loro competenze. E la democrazia non deve avere paura dei conflitti: meglio portarli allo scoperto, che nascondere la polvere sotto i tappeti. Sono semmai le dittature a governare distribuendo sedativi»<sup>22</sup>.

#### 3. Le tesi contrapposte dei due contendenti nel conflitto.

Come è dato vedere, tanto dal decreto presidenziale del 16 luglio 2012, quanto dal successivo ricorso dell'Avvocatura Generale dello Stato, il conflitto di attribuzione proposto alla Corte costituzionale si incentra sull'ambito di estensione dell'immunità che l'art. 90 Cost. unitamente alla legge n. 219/1989, con specifico riferimento al regime delle intercettazioni, attribuiscono al Capo dello Stato. La Corte, in particolare, a fronte della non contestata *irrilevanza* delle intercettazioni che – seppur accidentalmente ed indirettamente – hanno

dell'utilizzazione della registrazione, con l'effetto di configurare un privilegio presidenziale in contrasto con il principio di uguaglianza davanti alla legge».

www.federalismi.it

Di segno diverso, invece, le riflessioni di S. CECCANTI, *Perché è motivato il conflitto di attribuzione*, in rete su <u>www.stefanoceccanti.wordpress.com</u>, secondo il quale, dopo l'analogo precedente del 1997 ed al «passaggio parlamentare così solenne» con il quale l'allora Ministro della Giustizia «ha cercato di porre ordine con un'interpretazione costituzionale complessiva argomentata e fondata», dalla scelta della Procura di agire in modo difforme deriva «che il principio di leale cooperazione tra gli organi costituzionali subisce un duro colpo». Analogamente critica l'opinione di A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: notazioni introduttive, cit.*, p. 32.

Presidente della Repubblica: notazioni introduttive, cit., p. 32.

A tale riguardo, cfr. V. CRISAFULLI, Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia, in Studi in onore di E. Crosa, I, Milano, 1960, p. 651. L'Autore, in particolare, ritiene che si giungerebbe alle dimissioni del Capo dello Stato come conseguenza scontata nel caso in cui l'esito del conflitto sia sfavorevole al Presidente.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Cfr. al riguardo A. SPERTI, *Il Presidente della Repubblica nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*. *Atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010)*, Torino, 2010, p. 290 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> M. AINIS, *Le istituzioni e le persone*, pubblicato sul quotidiano *Corriere della Sera*, 17.07.2012. Nella sua analisi, invero, l'Autore non manca di evidenziare che «c'è un che di eccezionale nel contenzioso aperto da Napolitano contro la Procura di Palermo. Perché esiste un solo precedente, quello innescato da Ciampi nel 2005 circa il potere di grazia. Perché stavolta il Capo dello Stato – a differenza del suo predecessore – rischia d'incassare il verdetto della Consulta mentre è ancora in carica, sicché sta mettendo in gioco tutto il suo prestigio. Perché infine il conflitto investe il ruolo stesso del Presidente della Repubblica, la sua posizione costituzionale». Ciò nonostante lo stesso Autore si esprime favorevolmente rispetto alla sottoposizione della questione alla Corte costituzionale.

coinvolto il Presidente della Repubblica, dovrà pronunciarsi sulla legittimità delle stesse e, conseguentemente, sulla procedura più corretta per addivenire alla loro distruzione<sup>23</sup>.

Ad avviso della Procura di Palermo, in presenza di intercettazioni telefoniche che, avendo ad oggetto terze persone, captino accidentalmente le conversazioni del Presidente della Repubblica non esistono norme impositive della immediata cessazione dell'ascolto o della registrazione. Cosicché, la successiva distruzione delle medesime conversazioni dovrà avvenire, previa valutazione della loro irrilevanza, solo dietro autorizzazione del G.i.p. e dopo aver sentito le parti. Secondo tale ricostruzione, infatti, nel caso di specie non sarebbe applicabile l'art. 7, co. 3, della legge n. 219/1989, invocabile solamente per le intercettazioni c.d. "dirette" di conversazioni del Capo dello Stato. Ugualmente, non sarebbe utilizzabile l'art. 271 C.p.p., essendo quest'ultima una norma eccezionale, in quanto tale insuscettibile di applicazione analogica al di fuori delle ipotesi da essa specificamente contemplate, tra le quali non rientrano le conversazioni del Presidente della Repubblica.

In ragione di ciò, quindi, la Procura ritiene di essere obbligata a seguire l'iter indicato dall'art. 268 C.p.p. che, allo stato, appare l'unica disposizione idonea a disciplinare il caso di specie, poiché solo il legislatore o la Corte costituzionale possono porre rimedio all'assenza di una specifica disposizione di legge che regoli l'ipotesi in oggetto.

Di segno diametralmente opposto, invece, la tesi sostenuta dalla difesa del Capo dello Stato, secondo la quale l'art. 7, co. 3, della legge n. 219/1989, in coerenza con l'art. 90 Cost., stabilisce il divieto assoluto di intercettazione e di altri mezzi invasivi di acquisizione della prova nei confronti del Presidente della Repubblica<sup>24</sup>, salvo il caso in cui la Corte costituzionale ne abbia già disposto la sospensione dalla carica. In quest'ottica, la legge ordinaria in questione assume particolare rilievo soprattutto per aver comunque disposto l'impossibilità di intercettare il Presidente della Repubblica, pur se posto in stato di accusa, fino a quando è in carica. In questi termini, disporre e svolgere atti di indagine invasivi e lesivi della libertà di comunicazione dell'organo si rifletterebbe inevitabilmente in una lesione delle funzioni e delle attività proprie dell'Ufficio presidenziale. Cosicché, pur nell'apparente

www.federalismi.it

<sup>-</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> In proposito, pare cogliere nel segno l'intervento di E. SCALFARI, *Perché attaccano il Capo dello Stato*, *cit.*, in quale osserva come ambedue le parti (Procura e Presidente) concordano sulla necessità tanto di distruggere le intercettazioni quanto di farlo in un'udienza secretata, «sennonché la parola "secretato" ha due diverse interpretazioni. Per gli uni significa un'udienza con la partecipazione degli avvocati che difendono le parti; per altri la pura e semplice decisione del gip di procedere alla distruzione dei materiali in questione. E questo è appunto il merito del ricorso di cui si discute».

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Ciò perché la protezione assicurata dalla immunità contemplata dall'art. 90 Cost. si estende a tutti gli atti presidenziali, sia formalizzati che non formalizzati, nei quali siano rinvenibili quegli altissimi compiti riservati al Presidente, in ragione della sua carica, e che si sostanziano nel perseguimento di particolarissime finalità costituzionali.

silenzio della norma circa le intercettazioni c.d. *indirette*, resta però evidente ed esplicita l'impossibilità assoluta di svolgere atti di indagine in costanza di carica<sup>25</sup>.

Il regime di garanzie di cui sopra deriva dal fatto che la nostra Costituzione assegna al Presidente della Repubblica «una immunità sostanziale e permanente imputata all'organo costituzionale e posta a protezione della persona fisica che ne è titolare». Con la conseguenza che «ciò comporta l'assoluta riservatezza di tutte le attività del Presidente della Repubblica che sono propedeutiche e preparatorie rispetto al compimento degli atti tipici e pubblici attraverso i quali esercita formalmente i propri poteri»<sup>26</sup>.

Conseguentemente, in ragione del divieto di disporre e di utilizzare le intercettazioni come diretta conseguenza della immunità presidenziale, occorre provvedere alla distruzione immediata dei contenuti delle captazioni, effettuate dalla Procura, ai sensi dell'art. 271 C.p.p., posto che vanno riconosciute al Capo dello Stato, pur se non espressamente richiamate, le stesse tutele previste per il difensore allorché vengano ascoltate le sue comunicazioni con il proprio assistito<sup>27</sup>.

A fronte delle due posizioni appena richiamate va ricordato che l'unico precedente sostanzialmente analogo al caso in oggetto è quello che nel 1997 riguardò l'intercettazione telefonica *indiretta* dell'allora Presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro (ascoltato in una conversazione con l'amministratore delegato della Banca Popolare di Novara)<sup>28</sup>. In quella

In senso critico, cfr. G. ROMA, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente della Repubblica? (Il caso della cd. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro)*, cit., p. 2915, secondo il quale, a fronte dell'impossibilità di estendere analogicamente la norma "speciale" sulla irresponsabilità presidenziale (art. 90 Cost.) alle ipotesi di responsabilità comune del Presidente, «allo stesso modo non è possibile dedurre analogicamente la disciplina relativa alla irresponsabilità funzionale da quella prevista per la fattispecie della responsabilità funzionale». Lo stesso Autore, ulteriormente, aggiunge che «l'argomentazione trascura la sostanziale differenza che vi è tra la possibilità di disporre l'intercettazione quale mezzo di ricerca della prova e

quella di utilizzare la registrazione di una intercettazione indiretta che coinvolga il Presidente».

<sup>26</sup> In questo senso, testualmente, il ricorso per conflitto di attribuzione presentato dall'Avvocatura Generale dello Stato il 30.07.2012. Di segno differente le riflessioni di G. ROMA, *op. cit.*, pp. 2916-2917, secondo il quale «dalle particolari garanzie previste quando si tratta di *verificare la responsabilità* del Presidente, non si può dedurre una assoluta *esenzione* del Capo dello Stato *da qualsiasi attività connessa con l'esercizio della funzione giurisdizionale*, quando (ed è il caso della intercettazione indiretta) la sua responsabilità non sia in discussione». Ciò perché «come non tutti gli atti compiuti dal Presidente sono "funzionali", per cui non ha fondamento una siffatta "irresponsabilità assoluta", così, da altro punto di vista, la prerogativa della irresponsabilità funzionale non implica un divieto per il potere giudiziario di porre in essere attività coinvolgenti il Presidente della Repubblica, divieto che configurerebbe una sorta di inviolabilità assoluta di quest'ultimo».

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> In questa direzione si veda anche M. PETRINI, *Intercettazioni telefoniche senza pace: il conflitto di attribuzioni tra Capo dello Stato e Procura della Repubblica di Palermo*, in *Archivio Penale*, n. 3/2012, p. 3, il quale riporta la tesi del Procuratore della Repubblica di Catania, Giovanni Salvi, secondo il quale, «dato per ammesso che l'immunità penale del Capo dello Stato si estenda alle intercettazioni, potrebbe trovare applicazione la procedura, già utilmente esperibile per le captazioni dei colloqui fra imputato e difensore, per cui in sede di udienza stralcio davanti al GIP, il contraddittorio si formerebbe non sul contenuto delle telefonate, destinato a rimanere segreto per le stesse parti, ma solo sulla sussistenza o meno della causa di inutilizzabilità dell'intervenuto ascolto casuale». Favorevole a tale opzione anche M. AINIS, *Le istituzioni e le persone*, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Per un'approfondita disamina di tale caso e delle implicazioni giuridico-costituzionali ad esso riportabili, si rinvia al contributo di G. ROMA, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente della Repubblica? (Il caso* 

occasione, rispondendo a numerose interpellanze parlamentari in merito<sup>29</sup>, venne offerta una ricostruzione di tale problematica dal Ministro di Grazia e Giustizia del tempo<sup>30</sup>, il quale, sottolineando la necessità di tutelare le conversazioni private del Presidente, affermò il «divieto (...) di trascrizione e di deposito della registrazione relativa». Ciò anche perché la «tutela della riservatezza» del terzo nelle intercettazioni trova per il Capo dello Stato «un'esigenza di rafforzamento (...) essendo la libertà di comunicazione e di corrispondenza un connotato essenziale dell'esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica».

A sostegno di tale tesi il Ministro aggiungeva due ulteriori considerazioni. In primo luogo, che «non può essere rimessa al sindacato successivo dell'autorità giudiziaria (...), la distinzione tra atti riconducibili all'esercizio delle funzioni e atti estranei a tale esercizio», poiché tale procedura «comporterebbe anzitutto una valutazione (...) sugli atti riferibili al profilo funzionale dell'attività del Capo dello Stato». In secondo luogo, che l'inviolabilità delle comunicazioni del Presidente era da ricavarsi dall'art. 7 della legge n. 219/1989 poiché «se è previsto che per i reati di attentato alla Costituzione ed alto tradimento l'intercettazione possa essere disposta solo dopo la sospensione dalla carica, a maggior ragione deve prefigurarsi una tutela piena in rapporto ad ipotesi di reati comuni e, *a fortiori*, rispetto a qualsiasi fatto penalmente irrilevante».

#### 4. L'oggetto del conflitto.

Come accennato in precedenza, nella vicenda oggetto della nostra attenzione non è stato avanzato alcun dubbio (neanche da parte della Procura di Palermo) in merito alla *irrilevanza* delle intercettazioni che, incidentalmente e occasionalmente, hanno captato le conversazioni del Capo dello Stato. Ugualmente fuor di dubbio è che i comportamenti del Presidente della Repubblica e, nello specifico, i contatti (anche) telefonici che lo stesso ha avuto, siano inquadrabili nella sfera del lecito, vale a dire del penalmente irrilevante. La precisazione in questione non è di poco momento laddove consente di precisare che, a differenza di altri episodi sottoposti in passato alla valutazione della Corte, nel caso odierno non si tratta propriamente di rinvenire la linea di demarcazione tra la irresponsabilità funzionale e la

www.federalismi.it 12

della cd. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro), cit., passim, nel quale, tuttavia, l'Autore giunge a delle conclusioni differenti rispetto a quelle proposte dal presente lavoro.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Un'ampia panoramica delle varie interpellanze *illo tempore* presentate è rinvenibile nel corpo delle note del contributo di G. ROMA, *op. cit.*, p. 2887 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Il testo integrale dell'intervento del Ministro Flick è consultabile nel *Resoconto stenografico della 146ª seduta pubblica del 7 marzo 1997*, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, p. 3 ss., nonché adesso reperibile in allegato al contributo di S. CECCANTI, *Perché è motivato il conflitto di attribuzione*, *cit*. In argomento, cfr. T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica*, Torino, 2005, p. 374.

responsabilità extrafunzionale del Presidente della Repubblica. Non è necessario, dunque, soffermarsi sull'annosa ed ampiamente dibattuta questione relativa alla possibilità di delineare in termini estensivi ovvero restrittivi i confini della irresponsabilità di cui all'art. 90 Cost. Anzi, sembra fuor di dubbio l'assunto in base al quale il Capo dello Stato è responsabile e quindi sottoponibile all'azione della magistratura ordinaria, alla stregua di qualsiasi altro cittadino, per le condotte che, esorbitando dall'esercizio delle sue funzioni, integrino una comune fattispecie criminosa. Oggetto del contendere, diversamente, è la sussistenza e la conseguente ampiezza di quell'aspetto della prerogativa che, salvaguardando la riservatezza delle conversazioni del Capo dello Stato, permetta di garantire la libera determinazione dell'organo nello svolgimento delle sue funzioni e, più in particolare, di tutte quelle attività preordinate e propedeutiche al perseguimento delle finalità che l'ordinamento gli assegna.

Nei termini anzidetti, dunque, il ricorso per conflitto di attribuzione proposto dal Presidente della Repubblica mira, a ben vedere, non solo a tutelare il sereno svolgimento della funzione presidenziale, ma anche – e forse soprattutto – a salvaguardare gli interessi cui la funzione stessa è preposta. Ciò perché la conoscibilità delle conversazioni del Presidente minerebbe la necessaria riservatezza che deve essere garantita a tutte le attività preparatorie rispetto agli atti presidenziali.

Al fine di offrire elementi di chiarezza, è presumibile pensare che la Corte assumerà a fondamento della sua decisione non solo l'art. 90 Cost., vale a dire la disposizione costituzionale che sancisce la prerogativa della irresponsabilità presidenziale, ma anche la legge n. 219/1989, quale provvedimento normativo finalizzato ad applicare il precetto costituzionale con specifico riferimento agli strumenti di indagine che possono essere utilizzati nei confronti del Presidente della Repubblica. È pur vero, però, come rilevato dalla Procura di Palermo, che la normativa in questione non offre una apposita disciplina in relazione all'ipotesi nella quale la conversazione del Capo dello Stato venga ascoltata casualmente (c.d. *intercettazioni indirette*), vale a dire allorché il Presidente si trovi a conversare con un soggetto la cui utenza sia posta sotto controllo. Cosicché, nel silenzio della legge o, per meglio dire, nella non esplicita disciplina del caso<sup>31</sup>, la Corte dovrà chiarire se la riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato debba comunque ricevere una specifica tutela, in ragione della prerogativa connessa alla carica, ovvero se le intercettazioni che lo

\_

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup>Secondo l'opinione di G. NORI, *Conflitto a proposito delle intercettazioni telefoniche: alcune osservazioni preliminari, cit.*, p. 4, in questo caso il silenzio della legge non è una dimenticanza bensì una chiara scelta: «La legge non si è occupata delle intercettazioni per gli altri reati commessi nell'esercizio delle funzioni perché non perseguibili». Osserva al riguardo C. MIRABELLI che «quel materiale non deve essere conservato. Altrimenti, con un mezzo indiretto si rischia di fare ciò che direttamente è vietato», in S. ORANGES, *Telefonate Mancino-Napolitano, il parere dei costituzionalisti*, pubblicato sul quotidiano *Il Fatto Quotidiano*, 16.07.2012.

coinvolgono, seppur incidentalmente, debbano essere sottoposte al normale iter giudiziario ed alla giurisdizione ordinaria<sup>32</sup>.

Il fulcro della questione, quindi, è individuabile nella relazione intercorrente tra le funzioni presidenziali e le prerogative che le tutelano, nell'ottica della riservatezza necessaria alle stesse attività e posta a loro garanzia.

A tale riguardo è stato rilevato che il Presidente delle Repubblica, a differenza dei soggetti politicamente responsabili per i quali è da riconoscersi un "diritto alla privacy piuttosto affievolito", non è politicamente responsabile, cosicché è opportuno garantire pienamente il suo diritto alla riservatezza<sup>33</sup>. Allo stesso modo, non può essere trascurato il fatto che «ci si trova di fronte ad una carica tradizionalmente monocratica, la cui attività ufficiale può quindi essere più facilmente incisa attraverso iniziative giudiziarie che riguardino la persona fisica del titolare e delle sue attività»<sup>34</sup>. In ragione di quanto rilevato, l'acquisizione delle intercettazioni in un'udienza finalizzata alla valutazione della loro rilevanza processuale (art. 268 C.p.p. e ss.), comportando di fatto la conoscibilità e la divulgabilità del contenuto delle stesse, produrrebbe di per sé un vulnus nelle prerogative legate alla funzione del Presidente della Repubblica e, conseguentemente, anche per gli interessi (rilevantissimi) che tale funzione è chiamata a garantire. Il Capo dello Stato, infatti, è titolare di funzioni che necessitano inconfutabilmente di una particolare riservatezza nell'iter della loro preparazione. A tale riguardo, a titolo puramente esemplificativo, basti pensare alle attività inerenti i rapporti diplomatici (art. 87, co. 8, Cost.) ovvero al comando delle forze armate (art. 87, co. 9, Cost.) o, come nel caso in questione, a tutte quelle funzioni che, seppur non tassativamente individuabili, gli derivano indubbiamente, in termini più o meno espliciti, dalla presidenza del CSM (art. 104, co. 2) o, ancora, dalla rappresentanza dell'unità nazionale (art. 87, co. 1). Da ciò dovendosi ricavare, dunque, che la mancanza di segretezza non costituirebbe un impedimento di fatto allo svolgimento delle funzioni presidenziali ma, diversamente, permettendo di divulgare il contenuto delle attività preparatorie, metterebbe a rischio gli interessi alla cui salvaguardia tali funzioni sono preordinate.

3

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Al riguardo, rileva V. ONIDA che, in materia di intercettazioni del Presidente della Repubblica, «il divieto previsto dalla legge è assoluto», pur precisando che «in ogni caso sarà la Corte a stabilire se tale divieto comporta anche la totale inutilizzabilità e l'obbligo di distruzione immediata delle conversazioni intercettate occasionalmente su altre utenze» (intervista rilasciata a M.A. CALABRÒ, "Un'iniziativa corretta. Si può ascoltare il Quirinale solo per alto tradimento", pubblicato sul quotidiano Corriere della Sera, 17.07.2012).

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> In tal senso l'opinione espressa da L. CARLASSARE nell'intervista resa a A. FABOZZI, *Intercettazioni legittime*, *niente immunità*, pubblicato sul quotidiano *Il Manifesto*, 21.08.2012.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica*, cit., p. 374.

### 5. Le conversazioni preparatorie rispetto all'attività presidenziale nell'ottica degli atti funzionali del Presidente della Repubblica.

La possibilità di rinvenire una specifica garanzia in capo al Presidente nei confronti delle intercettazioni c.d. *indirette* deve comunque trovare le sue radici, in termini più ampi, nel quadro costituzionale riferibile agli atti funzionalmente riferibili alla carica presidenziale e, quindi, alle prerogative a questi connesse. È infatti difficile negare che i contatti telefonici possano essere identificati quali passaggi che, seppur informalmente, appaiono prodromici e preparatori rispetto a successive attività presidenziali. Resta da capire, però, in quali casi le dette conversazioni siano riconducibili alle funzioni dell'organo o, quanto meno, al di fuori da una improbabile elencazione delle stesse, se possa essere rinvenuto un criterio per tratteggiare i contorni degli atti funzionali.

Nel caso in oggetto, in particolare, a fronte di un comportamento del Presidente della Repubblica pacificamente lecito, si tratta di capire se le sue condotte, concretizzatesi in un primo momento in contatti (anche) telefonici e, successivamente, in un atto di sollecitazione rivolto al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione al fine di sollecitare il necessario coordinamento nelle indagini dell'autorità giudiziaria, siano inquadrabili o meno nel novero "funzionale" delle sue attività.

Come è ben noto, è ampia la letteratura che si è soffermata sulle difficoltà di delineare in termini univoci il ruolo del Capo dello Stato, classificandone in modo sistematico le effettive attribuzioni<sup>35</sup>. Ciò, con tutta evidenza, poiché la stessa Costituzione non ha voluto delineare la

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Senza avere la pretesa di riportare l'immensa letteratura in argomento, a titolo meramente riassuntivo, possono essere ricordati, per la tesi tradizionale del potere neutro, B. CONSTANT, Principi di politica, Tr. it., Roma, 1970, passim; T. MARTINES, Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica, in AA.VV., La figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano, Milano, 1985, pp. 138-139; G. SILVESTRI, Il Presidente della Repubblica: dalla neutralità-garanzia al governo della crisi, in AA.VV., La figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano, Milano, 1985, p. 458, ove l'Autore rinviene tra i motivi dell'attecchimento di tale teoria quello dell'ambiguità insita alla stessa. Tra chi, invece, sottolinea le funzioni di garanzia dell'organo si veda S. GALEOTTI, Il Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante?, in AA.VV., La figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano, Milano, 1985, p. 28; ID., Presidente della Repubblica e transizione costituzionale, in St. parl. e di pol. cost., 1996, p. 34; S. GALEOTTI-B. PEZZINI, Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana, in Dig. Disc. Pubbl., XI, Torino, 422 ss.; A. SPADARO, I diversi tipi di responsabilità del Capo dello Stato nell'attuale forma di governo, in A. RUGGERI (a cura di), Evoluzione del sistema politicoistituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica. Atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010), Torino, 2010, p. 222, ove l'Autore attribuisce al Capo dello Stato compiti di garanzia unitamente a funzioni di indirizzo politico. Rispetto alla tesi che propende per la qualificazione di organo di moderazione e di intermediazione tra gli altri poteri dello Stato, cfr. A. BALDASSARRE-C. MEZZANOTTE, Presidente della Repubblica e maggioranza di governo, in AA.VV., La figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano, Milano, 1985, p. 47 ss.; A. BALDASSARRE, Il Capo dello Stato, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), Manuale di diritto pubblico, Bologna, 1994, p. 293 ss. Tra i sostenitori del Capo dello Stato come reggitore del sistema in eventualità di crisi, pur con variabili declinazioni di tale teoria,

figura del Presidente in modo nitido e definitivo, avendo invece preferito che, tra le maglie del Testo, il divenire della prassi, calibrato in funzione delle contingenti necessità istituzionali, potesse permettere di adeguare l'operato presidenziale al fine di garantire la costante salvaguardia dei superiori interessi nazionali, affidandosi anche alla sensibilità delle personalità che ricoprono tale altissima carica. Cosicché, è quasi impossibile individuare con esaustiva precisione le concrete attività cui il Presidente sarà chiamato in ragione del suo ruolo<sup>36</sup>.

Quanto appena considerato, tra l'altro, appare confermato anche dall'art. 90 Cost. che, avendo escluso la responsabilità presidenziale per gli atti funzionali (tranne che per alto tradimento o attentato alla Costituzione), sembra aver voluto permettere che il Presidente, nello svolgimento delle sue funzioni, possa sentirsi libero di interpretare il suo ruolo, e conseguentemente orientare il suo operato, in ragione delle mutevoli ed imprevedibili necessità politico-istituzionali.

Se si accetta tale prospettiva, risulterà ammissibile considerare che una definizione predeterminata, tassativa e circoscritta delle ipotesi di responsabilità (e quindi, per converso, di irresponsabilità), comprimendo di fatto il possibile operato presidenziale, non avrebbe consentito al Capo dello Stato di intervenire con efficacia nelle forme e nei modi reputati di volta in volta opportuni<sup>37</sup>. Ecco il perché di una clausola di responsabilità/irresponsabilità per forza di cose non sovrapponibile a quella comunemente imputabile ad un qualsiasi cittadino. Quest'ultimo, infatti, non essendo chiamato ad impersonare i supremi interessi nazionali, attribuiti invece alla cura del Presidente, deve poter contare su un regime giuridico basato sulla tassativa predeterminazione legale delle prescrizioni e delle conseguenti sanzioni. Diversamente, la responsabilità presidenziale – a causa della particolarità o, forse meglio, della unicità di tale carica nel nostro assetto costituzionale – non può rimanere imbrigliata nei

-

cfr. C. Esposito, *Capo dello Stato*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 224 ss.; C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1973, p. 695; G.U. Rescigno, *Art. 87*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1978, p. 181. Infine, tra chi rinviene una sorta di indirizzo politico attribuibile al Capo dello Stato, cfr. C. Fusaro, *Il Presidente della Repubblica. Il tutore di cui non riusciamo a fare a meno*, Bologna, 2003, p. 108; P. Barile, *Presidente della Repubblica*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1966, p. 715 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Nella medesima direzione sembrano le considerazioni di A. SPADARO, *I diversi tipi di responsabilità del Capo dello Stato nell'attuale forma di governo italiana*, *cit.*, pp. 277-278, ove l'Autore parla di "deliberata vaghezza", con riferimento alle attribuzioni del Presidente delle Repubblica, e di "notevole discrezionalità" come elemento caratterizzante l'esercizio delle funzioni di detto organo. Per una attenta analisi delle difficoltà di circoscrivere in maniera nitida ed univoca il *ruolo* e le *funzioni* del Presidente della Repubblica si rinvia a A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: notazioni introduttive*, *cit.*, p. 3 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> In tal senso, cfr. A. SPADARO, *op. ult. cit.*, p. 238, ad avviso del quale «l'oggettiva difficoltà di indagare ulteriormente i "tipi" dei reati presidenziali (...) deriva essenzialmente dalla ricordata intrinseca vaghezza (se non deliberata genericità) delle funzioni del Capo dello Stato nell'ordinamento italiano».

limiti di precetti eccessivamente circoscritti e predefiniti poiché, in tale eventualità, risulterebbe oltremodo depotenziato il ruolo di garanzia di tale Ufficio<sup>38</sup>.

In questo senso, pare cogliere nel segno chi rileva come il sistema delle garanzie applicabili al Capo dello Stato «in alcuni punti si lascia inevitabilmente determinare in maniera "empirica"»<sup>39</sup>, così permettendo di riconoscere in capo al Presidente una prerogativa prospetticamente evolutiva, capace cioè di modellarsi e di adattare la sua copertura in ragione delle mutevoli declinazioni di quegli unitari interessi nazionali che guidano l'azione presidenziale.

Sulla base di tali premesse, invero, sarebbe difficile ipotizzare che l'operato del Capo dello Stato, concretizzatosi in un atto di richiamo e di stimolo nei confronti dell'azione dell'Autorità giudiziaria, possa essere classificato come un atto extrafunzionale. In questo caso, infatti, oltre alla specifica attribuzione ricavabile dall'art. 104, co. 2, Cost., l'intervento del Presidente della Repubblica appare complessivamente indirizzato a garantire l'equilibrata tenuta del sistema istituzionale, vigilando affinché i poteri che ne fanno parte svolgano nel modo più efficiente e corretto le funzioni che l'ordinamento gli assegna<sup>40</sup>. A ciò si aggiunga che tali esigenze di coordinamento, pur generalmente invocabili in relazione all'ordinaria attività della magistratura, appaiono oltremodo necessarie in ragione del particolare oggetto dell'odierna azione giudiziaria, chiamata ad indagare su presunte affinità o collusioni tra i vertici delle istituzioni statali e le organizzazioni mafiose.

Alla luce di quanto detto, quindi, appare difficile poter ipotizzare che nel caso *de quo* l'operato del Presidente sia collocabile all'esterno dei confini propri alle funzioni dell'organo.

<sup>2</sup> 

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Di segno opposto, come è ben noto, le posizioni autorevolmente espresse da L. CARLASSARE, *Art. 90*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1983, p. 149 ss.; analogamente, anche le considerazioni di G. ROMA, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente della Repubblica? (Il caso della cd. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro), cit.*, p. 2898. L'Autore, in particolare, afferma che «il riferimento alla posizione del Presidente della Repubblica o quello alla funzione svolta dall'organo (...) non possono giustificare l'estensione della sfera delle prerogative presidenziali». Ciò perché sarebbe errato pensare che le prerogative di un organo debbano essere desunte dalla sua posizione, quando, invece, è la posizione di un organo nel sistema ad essere la risultante dei suoi poteri e doveri.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> In tal senso, F. GIUFFRÈ, Sull'improcedibilità penale nei confronti del Capo dello Stato per gli atti extrafunzionali: un nodo da sciogliere con legge costituzionale, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), Il "caso Cossiga". Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?, Torino, 2003, p. 173, il quale Autore, a sua volta, rimanda alle riflessioni di A. BARBERA, Immunità e Stato costituzionale. Invito alla discussione, in rete su www.forumcostituzionale.it.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Sembrano indirizzate nella medesima direzione anche le riflessioni di S. CECCANTI, <u>Il conflitto di attribuzione più rilevante di quanto appare</u>, cit. L'Autore, in particolare, desume dall'atteggiamento tenuto dalla Procura di Palermo un'impostazione di fondo rinvenibile in una lettura restrittiva dell'art. 90 Cost., in base alla quale, l'irresponsabilità funzionale trova fondamento nell'elenco dei poteri formulato dall'art. 87 Cost., così leggendo quest'ultima disposizione in termini di rigida chiusura. Differentemente, lo stesso Autore pare mostrare maggior condivisione per la tesi, sostenuta dalla difesa del Quirinale, che vede tra i compiti del Presidente della Repubblica, al di là dei singoli poteri, quello di «fornire prestazioni di unità con varie attività che precedono e seguono l'esercizio di quei poteri e di cui pertanto la riservatezza nelle comunicazioni è elemento irrinunciabile».

Allo stesso modo, condividendosi l'assunto in base al quale la funzione va identificata come «l'attività complessiva diretta alla produzione degli atti dell'autorità»<sup>41</sup>, anche le conversazioni del Capo dello Stato, che hanno preceduto la sua azione, sembrano potenzialmente annoverabili nell'ambito funzionale dell'operato presidenziale. Cosicché, ove si ritenesse che il Presidente abbia agito nell'esercizio delle sue funzioni, alle dette attività andrebbe applicata la prerogativa prevista dall'art. 90 Cost.

Se dunque l'atto formale (o, comunque, avente rilevanza esterna) del Presidente della Repubblica appare riconducibile al novero delle funzioni presidenziali, resta da vedere quale sia l'attinenza tra tale atto ed i contatti (anche telefonici) che lo hanno preceduto. Si tratta di capire, in altre parole, se le conversazioni involontariamente intercettate possano risultare in qualche modo collegabili alla successiva determinazione presidenziale. Con ciò, invero, non si richiede di verificare il *quantum* dell'eventuale influenza che tali colloqui hanno esercitato rispetto alla successiva attività del Capo dello Stato, bensì di valutarne quanto meno l'attinenza oggettiva, dovendosi presumere che ogni elemento od informazione acquisita dal Presidente abbia comunque concorso a determinare (in un senso o in un altro) la sua successiva attività funzionale.

Nel caso in questione, tuttavia, trattandosi di condotte senza alcun dubbio legali, per le quali cioè non può essere paventata alcuna ipotesi di responsabilità presidenziale, dell'irresponsabilità funzionale di cui parla la norma costituzionale andrebbe valorizzato il profilo della immunità. Potendo così rinvenire in tale prerogativa uno strumento di garanzia per la funzione presidenziale e, conseguentemente, anche per i rilevantissimi interessi ad essa sottesi. Detto altrimenti, l'immunità dovrebbe funzionare alla stregua di uno scudo a difesa delle interferenze che possano condizionare – anche indirettamente – il sereno svolgimento delle funzioni presidenziali<sup>42</sup>. Anche con riferimento a tutti quei contatti, gestiti in forma privata e confidenziale, che rispetto alle attività formalmente esternate e poste in essere si pongano come elementi prodromici e preparatori.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1994, p. 186.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> In questi termini, probabilmente, vanno lette le riflessioni di S. CECCANTI, *Il conflitto di attribuzione più rilevante di quanto appare, cit.*, in particolare, laddove l'Autore osserva come la <u>risoluzione</u> di tale conflitto non potrà non tenere in considerazione il principio della separazione dei poteri, poiché «la linea della Procura porta ad azzerare il principio di separazione dei poteri, facendo del giudiziario il perno, capace di comprimere la Presidenza a propria discrezione; viceversa quella del Quirinale mantiene separazione ed equilibrio, ponendo di fronte alla magistratura indipendente una Presidenza non menomabile».

Nei termini sopra delineati la previsione di cui all'art. 90 Cost. può leggersi come una prerogativa, volendo con ciò alludere a quel particolare regime giuridico, derogatorio rispetto alle ordinarie prescrizioni dell'ordinamento, giustificato dal *munus* pubblico ricoperto<sup>43</sup>.

In ragione di quanto sopra considerato, le intercettazioni delle conversazioni del Capo dello Stato, pur se indirette e fortuite, appaiono illegittime perché in contrasto con la prerogativa di cui all'art. 90 Cost. Ancora di più se, come nel caso in questione, le conversazioni del Presidente siano classificabili come un contatto assolutamente lecito e, con ogni probabilità, preparatorio rispetto al successivo intervento con il quale il Quirinale, avendo riguardo all'esercizio dei poteri previsti dalla legge sulla Procura nazionale antimafia e sulle Procure generali delle Corti di Appello, ha manifestato delle esigenze di coordinamento rispetto alle diverse iniziative in corso presso varie Procure. In tal modo, infatti, come ribadito dallo stesso Presidente della Repubblica, è stato esercitato quel doveroso compito che la Costituzione assegna al Capo dello Stato al fine di garantire la correttezza e l'efficacia dell'azione della magistratura. Tale attività presidenziale, infatti, risultando ampiamente riconducibile a quelle "prestazioni di unità" che, oltrepassando le singole attribuzioni separatamente considerate, l'art. 87 co. 1 Cost. impone al Presidente<sup>44</sup>, appare perfettamente in linea con quelle «funzioni attive di controllo, di iniziativa e di stimolo nei confronti di altri poteri dello Stato, al fine di assicurare che il sistema possa comunque riprendere a funzionare secondo la sua propria fisiologia, in seguito a possibili e momentanee situazioni di crisi»<sup>45</sup>.

In definitiva, quindi, dalla mancanza di segretezza deriverebbe una menomazione non solo delle attribuzioni del Presidente ma, cosa di maggior rilievo, dei supremi interessi nazionali

\_

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> A tale riguardo appare illuminante il recente intervento della Corte costituzionale che, con la sent. n. 262/2009, ha chiarito che «le prerogative costituzionali (o immunità in senso lato, come sono spesso denominate) si inquadrano nel *genus* degli istituti diretti a tutelare lo svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali attraverso la protezione dei titolari delle cariche ad essi connesse. Esse si sostanziano – secondo una nozione su cui v'è costante e generale consenso nella tradizione dottrinale costituzionalistica e giurisprudenziale – in una specifica protezione delle persone munite di status costituzionali, tale da sottrarle all'applicazione delle regole ordinarie. Le indicate prerogative possono assumere, in concreto, varie forme e denominazioni (insindacabilità; scriminanti in genere o immunità sostanziali; inviolabilità; immunità meramente processuali, quali fori speciali, condizioni di procedibilità o altro meccanismo processuale di favore; deroghe alle formalità ordinarie) e possono riguardare sia gli atti propri della funzione (cosiddetti atti funzionali) sia gli atti ad essa estranei (cosiddetti atti extrafunzionali), ma in ogni caso presentano la duplice caratteristica di essere dirette a garantire l'esercizio della funzione di organi costituzionali e di derogare al regime giurisdizionale comune. Si tratta, dunque, di istituti che configurano particolari status protettivi dei componenti degli organi; istituti che sono, al tempo stesso, fisiologici al funzionamento dello Stato e derogatori rispetto al principio di uguaglianza tra cittadini». In argomento, ulteriormente, si veda V. ZANGARA, *Le prerogative costituzionali*, Padova, 1972, *passim*.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> In tal senso, si veda S. CECCANTI, <u>Il conflitto di attribuzione più rilevante di quanto appare</u>, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> F. GIUFFRÈ, Sull'improcedibilità penale nei confronti del Capo dello Stato per gli atti extrafunzionali: un nodo da sciogliere con legge costituzionale, cit., p. 181. In senso conforme rispetto a tale interpretazione del ruolo presidenziale, cfr. G. GUARINO, Il Presidente della Repubblica italiana, in Riv. trim. dir. pubbl., 1951, p. 942 ss.; V. CRISAFULLI, Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia, cit., p. 631 ss.

affidati alla sua cura. Ecco perché, con specifico riferimento alle intercettazioni c.d. "indirette" del Capo dello Stato, in dottrina è stato autorevolmente rilevato che «una tutela particolare che porti alla loro distruzione sarebbe ipotizzabile», pur precisandosi che, per raggiungere tale scopo, «ci vorrebbe una legge, che adesso non c'è. È questo l'unico vuoto legislativo che è possibile invocare»<sup>46</sup>.

#### 6. Sulla asserita (in)sussistenza di un riferimento normativo applicabile alla vicenda.

L'affermazione da ultimo riportata sembra utile per mettere a fuoco i termini della questione, anche se, a nostro avviso, arriva a conclusioni non del tutto condivisibili. Se è vero, infatti, che è opportuno e necessario riconoscere una particolare tutela per le conversazioni del Capo dello Stato, che porti alla distruzione delle intercettazioni *indirette* che lo hanno interessato, diversamente, appaiono superabili le perplessità legate all'asserita mancanza di una previsione legislativa a ciò specificamente indirizzata.

Allo stato attuale, le uniche previsioni normative riferibili al regime delle intercettazioni utilizzabili nei confronti del Presidente delle Repubblica sono quelle ricavabili dalla legge n. 219/1989. Nello specifico, tale normativa stabilisce che le indagini che riguardino la responsabilità funzionale del Capo dello Stato, ai sensi dell'art. 90 Cost., debbano essere condotte da un apposito Comitato parlamentare (art. 5). Tale Comitato deve "in ogni caso" autorizzare espressamente tutti gli atti di indagine, tra cui le intercettazioni telefoniche, che comportino una limitazione nella libertà personale del Presidente (art. 7, co. 2). La detta legge, infine, prescrive che tutti gli strumenti investigativi pocanzi citati non possono essere adottati nei confronti del Presidente della Repubblica se non dopo che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica (art. 7, co. 3).

In relazione alla suddetta normativa, va preliminarmente rilevato che le garanzie ivi previste, proprio perché contemplate per l'ipotesi di indagini riconducibili ad una eventuale responsabilità funzionale, non possono risultare attenuate o, peggio, poste nel nulla, nel caso in cui il Presidente non risulti nemmeno essere indagato. Apparirebbe irrazionale, infatti, che ad un soggetto possibilmente colpevole possano essere riconosciuti degli strumenti di tutela

www.federalismi.it 20

-

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> In questo senso l'opinione di L. CARLASSARE nell'intervista resa a A. FABOZZI, *Intercettazioni legittime, niente immunità, cit.* Sebbene, a tale riguardo è stato sostenuto da G. NORI, *Conflitto a proposito delle intercettazioni telefoniche: alcune osservazioni preliminari, cit.*, p. 5 che «non dovrebbe avere rilievo il fatto che il codice di procedura penale non consenta l'interruzione immediata dell'intercettazione o l'immediata distruzione senza contraddittorio. I meccanismi, previsti dal codice, possono essere utilizzati solo nell'esercizio della giurisdizione penale», quindi, non anche nel caso in questione che oltrepassa i limiti della ordinaria giurisdizione, essendo più correttamente inquadrabile come una questione di livello costituzionale.

che, invece, vengono esclusi in caso di non contestata innocenza ed estraneità a qualsivoglia addebito.

Nel merito delle previsioni normative, come è dato vedere, il legislatore, allorché si è soffermato sulla possibilità di intercettare il Capo dello Stato (art. 7, 1. n. 219/1989), ha esplicitamente stabilito che, prima di dare luogo a tale strumento investigativo, lo stesso Presidente debba essere sospeso dalla carica. Ciò, con tutta evidenza, al fine di evitare che l'invasività degli strumenti di indagine all'uopo autorizzati, seppur astrattamente legittima, possa collidere con la riservatezza necessaria per svolgere le funzioni proprie dell'Ufficio presidenziale. In questi termini, invero, la differenza tra intercettazioni "dirette" ed "indirette" è assolutamente irrilevante. Non può negarsi, infatti, che anche le intercettazioni c.d. *indirette*, vale a dire occasionali ed involontarie, siano idonee a compromettere quella riservatezza che, se già è necessaria per ogni individuo, è oltremodo indispensabile per la salvaguardia degli altissimi interessi alla cui cura la figura presidenziale è preposta.

Se si accolgono le precedenti considerazioni, non si potrà non riconoscere una logica di fondo posta alla base della prescrizione dell'art. 7 della legge n. 219/1989 che, pur soffermandosi *espressamente* nel disciplinare il regime delle sole intercettazioni "dirette", stabilisce comunque *in termini generali* l'impossibilità di svolgere attività investigative allorché il Presidente sia in costanza di carica. La garanzia ricavabile da tale previsione normativa non pare altrimenti giustificabile se non in virtù delle particolarissime funzioni presidenziali, in ragione delle quali appare auspicabile un'interpretazione logica della previsione contenuta nella l. n. 219/1989 che, letta in combinato disposto con l'art. 90 Cost., porti ad applicarne la finalità prescrittiva a tutti gli strumenti di indagine restrittivi in qualsivoglia modo della libertà personale del Presidente, quindi, anche in ipotesi di intercettazioni "indirette" ed accidentali<sup>47</sup>.

In linea con quanto affermato, tra l'altro, si pone anche la ricostruzione offerta dal Ministro della Giustizia, nell'analogo caso del 1997. In tale circostanza, infatti, venne evidenziato che essendo la libertà di comunicazione un connotato essenziale dell'esercizio delle funzioni presidenziali, la correlativa libertà e segretezza delle conversazioni non può essere soggetta ad alcuna menomazione.

A sostegno di quanto detto, tra l'altro, parte della dottrina ha ritenuto possibile rinvenire un «principio ordinamentale», ricavabile da una ricostruzione sistematica e dalla

www.federalismi.it 21

\_

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> In senso conforme, M. PETRINI, *Intercettazioni telefoniche senza pace: il conflitto di attribuzioni tra Capo dello Stato e Procura della Repubblica di Palermo, cit.*, p. 5.

valutazione congiunta delle norme di cui all'art. 90 Cost. e alla legge n. 219/1989, «in virtù del quale sono vietate tutte le intercettazioni nei confronti del Capo dello Stato in carica»<sup>48</sup>. Ad ulteriore conferma della tesi avanzata, a ben vedere, milita anche una interpretazione letterale del combinato disposto dell'art. 7 della l. n. 219/1989 unitamente all'art. 271, co 1, C.p.p. In questo senso, infatti, è vero che il citato art. 7 non pone esplicitamente dei limiti riferibili alle intercettazioni indirette, ma altrettanto vero è che la stessa disposizione non le consente espressamente. La considerazione appena esposta appare non trascurabile per cogliere il corretto significato del primo comma dell'art. 271 C.p.p., laddove tale disposizione prevede che «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge». In questi termini, infatti, il codice di rito legittima gli atti di indagine, ed il loro utilizzo, non già laddove il dettato normativo ometta un divieto di agire, bensì, diversamente, in presenza di una esplicita previsione di legge che consenta una attività di tal genere. A fronte di ciò, invero, non può di certo essere affermato che l'art. 7 della 1. n. 219/1989 ammetta espressamente tale tipologia di intercettazioni nei confronti del Presidente. Anzi, dopo aver contemplato l'intercettazione c.d. diretta quale possibile strumento investigativo, la detta disposizione stabilisce chiaramente che "in ogni caso" il Comitato parlamentare può autorizzare le intercettazioni solo dopo che il Presidente sia stato sospeso dalla carica. Da ciò potendosi ricavare che mentre la parte assertiva della prescrizione è espressamente dedicata alle sole intercettazioni dirette (consentendone, in determinati casi, lo svolgimento e l'utilizzazione), diversamente, i limiti introdotti dalla stessa norma sono applicabili "in ogni caso", quindi, anche nella diversa ipotesi di intercettazioni indirette.

### 7. Le possibili soluzioni per il caso in questione.

-

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> M. PETRINI, *op. loc. cit*. In conseguenza della tesi sostenuta l'Autore ipotizza come possibili soluzioni, o che si proceda alla applicazione estensiva dell'art. 6, co. 1, della l. n. 140/2003, dando luogo alla relativa procedura di distruzione, ovvero che la Corte, accertato l'effettivo vuoto normativo e consideratolo irrisolvibile in chiave interpretativa, in sede di conflitto di attribuzione, sollevi innanzi a se stessa una questione di costituzionalità in via incidentale. In tale eventualità, con una sentenza additiva, potrebbe dichiarare l'illegittimità dell'art. 6, co. 1, della l. n. 140/2003 nella parte in cui non prevede che anche le intercettazioni casuali di conversazioni o comunicazioni del Capo dello Stato possano o debbano, essere immediatamente distrutte nelle parti che lo riguardano. Nella direzione opposta, invece, si muovono le riflessioni avanzate da G. ROMA, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente della Repubblica? (Il caso della cd. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro)*, *cit.*, p. 2911, secondo il quale, rappresentando una deroga ai principi di diritto comune, la prerogativa della irresponsabilità non sarebbe passibile né di estensioni analogiche, né di interpretazioni estensive.

Alla luce delle valutazioni fin qui espresse non appare azzardato affermare che le intercettazioni che, anche se indirettamente, captino le conversazioni del Capo dello Stato in costanza di carica sono da considerarsi affette da "illegittimità". Nel caso di specie, invero, si tratta di una illegittimità *sui generis* derivante da una intercettazione che, seppur in origine legittimamente disposta, finisce per coinvolgere un soggetto non intercettabile (il Presidente della Repubblica) fintanto che è "in carica". In ragione di ciò non può che riconoscersi la conseguente *inutilizzabilità assoluta* delle stesse intercettazioni che, quindi, devono essere oggetto di distruzione, immediata e fuori da qualsivoglia valutazione circa la loro eventuale rilevanza processuale.

Nell'ipotesi in questione non sembrerebbe convincente neanche la possibile obiezione riferibile alla iniziale inevitabilità delle intercettazioni che, seppur originariamente indirizzate ad un soggetto terzo, solo incidentalmente coinvolgano le conversazioni del Presidente della Repubblica. Ciò perché, in assenza di una norma che espressamente ne consenta la captazione, non appena accertato il requisito soggettivo dell'interlocutore (Presidente "in carica") si sarebbe dovuta interrompere l'attività di intercettazione. In questi termini, dunque, deve essere riconosciuta la illegittimità delle intercettazioni, anche "indirette", e conseguentemente l'impossibilità dell'eventuale uso (in qualsiasi forma) delle stesse.

Come precisato in precedenza si tratta di una illegittimità ricavabile dal combinato disposto della prescrizione dell'art. 271, co. 1, C.p.p. unitamente al dettato dell'art. 7, co. 3, della legge n. 219/1989. Il Codice, infatti, legittima le intercettazioni, ammettendone il conseguente utilizzo, unicamente in presenza di una esplicita previsione di legge che consenta attività di tal genere. La previsione dell'art. 7, co. 3, della legge n. 219/1989, tuttavia, lungi dall'offrire un qualsivoglia assenso a tali atti di indagine, introduce invece dei limiti applicabili "in ogni caso", quindi, anche in ipotesi di intercettazioni indirette<sup>49</sup>. In ragione di quanto considerato, le intercettazioni indirette del Presidente "in carica" non possono essere acquisite agli atti del processo, dovendo invece riconoscersi l'obbligo di distruggerle.

In tal modo, tra l'altro, si eviterebbe che la loro divulgazione, interferendo con lo svolgimento del mandato presidenziale, possa compromettere gli interessi affidati alla cura del Capo dello

-

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> In argomento, potrebbe essere richiamata anche la c.d. *teoria della prova incostituzionale* riferibile alle prove che non rinvengono una specifica disciplina nel codice di rito e che, al contempo, appaiono direttamente lesive di diritti inviolabili di rilevanza costituzionale (quale, nel caso di specie, il diritto alla riservatezza). In modo particolare, sembra condivisibile la lettura in argomento offerta da C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 7/2010, p. 785, secondo la quale «in materia di diritti fondamentali è tutto vietato salvo ciò che è espressamente consentito», cosicché «quando un'acquisizione probatoria incide su diritti fondamentali, essa deve essere disciplinata dal legislatore nei casi e modi; in assenza di una simile regolamentazione, la prova deve intendersi vietata. L'inutilizzabilità delle prove incostituzionali, allora, si ricava (...) dal *silenzio* della legge».

Stato, potendo tra l'altro dare luogo ad una inammissibile strumentalizzazione delle fasi preparatorie rispetto alle attività funzionali formalmente poste in essere.

Il presupposto della necessaria distruzione delle intercettazioni indirette, quindi, deve rinvenirsi nella loro *illegittimità* cui consegue la *inutilizzabilità assoluta* delle stesse. Potendo anzi ritenersi che, in questo caso, il concetto di *inutilizzabilità*, ricavabile dall'art. 271, co. 1, C.p.p., possa essere addirittura agganciato a quello di *illegalità* ex art. 240 C.p.p.<sup>50</sup>. Restando così privo di qualsivoglia spessore giuridico il fatto che le stesse intercettazioni siano (o meno) irrilevanti ai fini del procedimento giudiziario in corso.

In considerazione di quanto fin qui affermato, dunque, non sembra di potersi manifestare adesione alla posizione espressa da chi, richiamando l'art. 268 C.p.p. e ss., riterrebbe appropriato procedere alla distruzione delle intercettazioni «attraverso il procedimento ordinario e con le garanzie di riservatezza previste per tutti»<sup>51</sup>. Tale ipotesi, infatti, appare inapplicabile prima che inopportuna. L'inapplicabilità della procedura in questione, invero, deve considerarsi come logica conseguenza della illegittimità delle intercettazioni e della conseguente inutilizzabilità assoluta delle stesse che, quindi, non sono passibili di alcuna valutazione di merito relativa alla loro (ir)rilevanza processuale<sup>52</sup>. L'inutilizzabilità assoluta della intercettazioni che captino indirettamente il Capo dello Stato, infatti, deve intendersi come una inidoneità funzionale della causa dell'atto a contenuto astrattamente probatorio<sup>53</sup>. Tale garanzia, invocabile in presenza di un vizio di un atto assunto in violazione di un divieto probatorio (ovvero, come nel caso in questione, in assenza di una esplicita autorizzazione in

<sup>-</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> In argomento, cfr. le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, sent. n. 1153/2009, ed il commento di P. PICCIALLI, *Il giudizio di riparazione e le intercettazioni inutilizzabili*, in *Corr. Merit.*, 6/2009, p. 675.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> G. ZAGREBELSKY, *Napolitano*, *la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione*, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> A tale riguardo si rinvia alle considerazioni espresse da M. AINIS, <u>Le istituzioni e le persone</u>, cit., ad avviso del quale «è difficile accettare che sia un giudice a esprimersi sulla rilevanza stessa dell'intercettazione. Perché delle due l'una: o quest'ultima rivela che il Presidente ha commesso gli unici due reati dei quali è responsabile (...) e allora la Procura di Palermo avrebbe dovuto sporgere denuncia ai Presidenti delle Camere, cui spetta ogni valutazione. Oppure no, ma allora i nastri vanno subito distrutti, senza farli ascoltare alle parti. Come avviene, peraltro, per ogni cittadino, se intercettato mentre parla con il proprio difensore». Ancor più netta, anche se non del tutto condivisibile, appare la posizione espressa da G. NORI, Conflitto a proposito delle intercettazioni telefoniche: alcune osservazioni preliminari, cit., p. 5. L'Autore, infatti, ritiene che andrebbe riconosciuta una inapplicabilità della ordinaria giurisdizione penale a questioni che – come questa – hanno rilievo costituzionale. In ragione di ciò, «l'intercettazione andrebbe interrotta non appena individuato l'interlocutore perché l'atto che l'ha autorizzata sarebbe applicato in un settore in cui non può produrre effetti». Sulla scia di tale premessa, dunque, la Procura sarebbe incorsa in un equivoco dovuto alla erronea convinzione che la correttezza del suo operato fosse rinvenibile nelle norme del codice di procedura penale. Nel caso in oggetto, invece, «il codice di procedura penale, in quanto legge ordinaria, già in linea di principio non poteva costituire la chiave normativa per la soluzione di un conflitto che, vale la pena di ripeterlo, è di livello costituzionale». Motivo per cui, posto che il Presidente della Repubblica ha invece correttamente invocato le tutele che gli sono assegnate dall'art. 90 Cost., «si potrà discutere come questa norma vada interpretata», fermo restando che «quello che sembra da escludere è che i limiti di applicazione della norma costituzionale possano essere desunti da una norma ordinaria, quale è il codice di procedura penale».

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> In tal senso, cfr. P. GAETA, Dalle Sezioni Unite un forte richiamo alle garanzie del giusto processo, in Guida al dir., 19/2010, p. 60 ss.

tal senso offerta dalla legge)<sup>54</sup>, pur rappresentando un presidio di tutela generale posto a salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, quali ad esempio il diritto alla inviolabilità della corrispondenza, appare ulteriormente rafforzata nel caso di specie in ragione della prerogativa posta dall'art. 90 Cost.<sup>55</sup>. Sembra inevitabile, infatti, che il regime ricavabile da quest'ultima disposizione costituzionale debba estendersi anche alla conversazione (indirettamente) intercettata laddove questa sia inquadrabile come passaggio preparatorio e prodromico rispetto al successivo atto con il quale il Presidente della Repubblica ha esternato la sua funzione.

Non sfugge, a tale riguardo, che l'intercettazione che ha visto coinvolto incidentalmente il Presidente della Repubblica potrebbe astrattamente avere una utilità processuale nell'ipotesi in cui contenga elementi a carico ovvero a discarico della responsabilità dell'indagato (soggetto principale e diretto dell'intercettazione stessa). Ma tale considerazione, a ben vedere, non può essere invocata per avallare la tesi della sottoponibilità delle stesse intercettazioni alla procedura dei cui all'art. 268 C.p.p., stante che il procedimento in questione appare applicabile unicamente alle intercettazioni legittimamente utilizzabili.

A quanto detto, ulteriormente, deve aggiungersi l'inopportunità di dare avvio all'iter indicato dagli artt. 268 C.p.p. e ss. poiché, concretizzandosi in una udienza camerale nella quale le parti devono essere messe a conoscenza di quanto emerso dalle conversazioni intercettate, fungerebbe da premessa rispetto alla successiva ed inevitabile divulgazione del contenuto delle stesse.

Una volta scartata l'applicabilità degli artt. 268 C.p.p. e ss., la Corte costituzionale dovrebbe quindi rinvenire gli strumenti giuridici più appropriati per tutelare le prerogative del Capo dello Stato, indicando tra l'altro la via corretta per procedere alla distruzione delle intercettazioni che, involontariamente ma pur sempre impropriamente, ne hanno captato le conversazioni.

A tale riguardo, tuttavia, non appaiono appieno condivisibili neanche le conclusioni cui giunge la difesa del Presidente della Repubblica che, invocando l'indifferenziata applicazione dell'art. 271 C.p.p., ritiene che «anche se non espressamente richiamate dal citato art. 271,

www.federalismi.it

25

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Al riguardo, cfr. S. BELTRANI, *Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione: un rapporto controverso*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1/2009, p. 92. L'Autore, in particolare, ricostruendo le differenti tipologie di inutilizzabilità, afferma che, in questo caso, è possibile parlare di *inutilizzabilità patologica*.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> In questi termini, concordando con chi riconosce la "inutilizzabilità" come quella sanzione che «è riservata ai più gravi vizi della prova acquisita in violazione dei diritti fondamentali» (C. CONTI, *Le intercettazioni 'illegali': lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria?*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2/2007, p. 161), non potrebbe ignorarsi il fatto che l'intercettazione – seppure indiretta – del Presidente "in carica", oltre a porsi in contrasto con il *diritto fondamentale alla riservatezza* (C. cost., sent. n. 173/2009), si colloca in evidente conflitto anche con le prerogative costituzionali del Capo dello Stato, ricavabili dall'art. 90 Cost.

valgono *a fortiori* per il Capo dello Stato le stesse tutele e la stessa disciplina vigenti per l'intercettazione del difensore (art. 103 C.p.p.): un divieto assoluto di esecuzione e un divieto di utilizzazione poiché si tratta di atto eseguito "fuori dei casi consentiti dalla legge"»<sup>56</sup>. La ricostruzione in oggetto, invero, così come formulata, pare irrimediabilmente in contrasto con il principio giuridico, ricavabile dall'art. 14 delle Preleggi, che sancisce l'impossibilità di una applicazione analogica o di una interpretazione estensiva per quelle leggi che fanno eccezione rispetto alla regola generale. L'art. 271 C.p.p., infatti, laddove nel secondo comma pone la disciplina a tutela delle conversazioni del difensore, deve essere letto come una eccezione procedurale rispetto al normale iter delineato dagli artt. 268 C.p.p. e ss., giustificata però nei soli casi tassativamente indicati nella norma. In ragione di quanto detto, quindi, sembrerebbe azzardato – se non addirittura improprio – un intervento del Giudice costituzionale indirizzato a ricavare implicitamente dalla citata previsione un significato o una *ratio* neanche lontanamente desumibili dal testo della disposizione.

Altrettanto eccessiva sembrerebbe l'eventualità che la Corte, in veste di giudice *a quo* all'interno del conflitto di attribuzione, voglia sollevare davanti a se stessa una questione di legittimità costituzionale finalizzata a dichiarare l'illegittimità delle previsioni del codice di rito nella parte in cui non prevedono una specifica disciplina posta a tutela della riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato<sup>57</sup>. In tal modo, infatti, l'intervento della Consulta – seppur astrattamente configurabile in detti termini – potrebbe assumere le sembianze di una impropria sovrapposizione dei Giudici costituzionali rispetto alle funzioni del legislatore ordinario, la cui competenza, in un caso tanto delicato quale è la attuazione normativa delle prerogative costituzionali, non sembra possa essere scavalcata da una sentenza additiva della Corte.

La particolarità della vicenda in oggetto, ad avviso di chi scrive, consiglierebbe invece alla Consulta di predisporre tutte le cautele possibili per far sì che la controversia istituzionale, sfociata nel conflitto di attribuzione, possa trovare una soluzione capace di chiarire i termini giuridici della disputa, evitando però di acuire gli elementi del contrasto alla stessa sottesi. In linea con questa considerazione, tra l'altro, pare di potersi ricavare qualche indicazione già dal primo pronunciamento tenuto al riguardo dalla Corte allorché, con l'ord. n. 218 del 2012, si è soffermata preliminarmente sulla ammissibilità del conflitto. La Consulta, infatti, ha designato per la controversia in questione ben due giudici relatori, scegliendoli, tra l'altro, tra

\_

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> In tale senso, testualmente, il ricorso presentato in favore del Presidente della Repubblica dall'Avvocatura Generale dello Stato al punto n. 2.3 delle considerazioni di *diritto*.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Una soluzione del genere è stata proposta da M. PETRINI, *Intercettazioni telefoniche senza pace: il conflitto di attribuzioni tra Capo dello Stato e Procura della Repubblica di Palermo, cit.*, p. 7.

coloro che hanno ricevuto la loro carica in ragione dell'elezione parlamentare. In tal modo, a ben vedere, oltre a garantire una ponderazione particolarmente ampia della decisione da adottare, la scelta del doppio relatore – ciascuno dei quali, oltretutto, espressione di differenti matrici culturali, così come evincibile dalla parte politica che li ha sottoposti alla elezione parlamentare – ha opportunamente evitato di affidare la trattazione del caso a quei componenti del Collegio che, in ragione della fonte della loro investitura, avrebbero potuto trovarsi in una sorta di imbarazzo istituzionale.

In ragione di quanto fin qui considerato, dunque, la soluzione probabilmente più appropriata sembrerebbe quella che, costatando l'*illegittimità* delle intercettazioni "indirette" che riguardino il Presidente della Repubblica in costanza di carica, rilevi l'*inutilizzabilità assoluta* delle stesse. Cosicché, mantenendo ferma la premessa ricavabile dal prima accennato combinato disposto dell'art. 7 della l. n. 219/1989 e del primo comma dell'art. 271 C.p.p. <sup>58</sup>, si potrebbe risolvere la questione applicando la previsione che l'art. 240 C.p.p. dedica alle intercettazioni *illegali* ed alla loro distruzione <sup>59</sup>. In questo caso, invero, l'improprietà lessicale della norma codicistica da ultimo richiamata, da tempo evidenziata dalla dottrina processulpenalista <sup>60</sup>, permetterebbe però di includere nel concetto metagiuridico di

www.federalismi.it 27

\_

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> A tale riguardo, si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, laddove è stata messa in luce la possibilità di svolgere una interpretazione in combinato disposto dell'art. 7 della 1. n. 219/1989 unitamente all'art. 271, co 1, C.p.p. All'esito di tale operazione ermeneutica, infatti, sembrerebbe ricavabile che se è vero che il citato art. 7 non indica espressamente dei limiti riferibili alle intercettazioni indirette, è però altrettanto vero che la stessa disposizione non le consente esplicitamente. In virtù di tale costatazione sarebbe possibile cogliere il corretto significato dell'art. 271, co. 1, C.p.p., nella parte in cui prevede «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge». Con tale affermazione, infatti, il codice di rito sembra legittimare gli atti di indagine, ed il loro utilizzo, non già laddove il dettato normativo ometta un divieto di agire ma, diversamente, in presenza di una esplicita previsione di legge che consenta una attività di tal genere. Sulla base di tali premesse, dunque, non può di certo affermarsi che l'art. 7 della 1. n. 219/1989 preveda espressamente tale tipologia di intercettazioni nei confronti del Presidente. Anzi, dopo aver contemplato l'intercettazione c.d. diretta quale possibile strumento investigativo, la disposizione stabilisce chiaramente che "in ogni caso" il Comitato parlamentare può autorizzare le intercettazioni solo dopo che il Presidente sia stato sospeso dalla carica. Potendosi da ciò ricavare che mentre la parte assertiva della prescrizione è espressamente dedicata alle sole intercettazioni dirette (consentendone, in determinati casi, lo svolgimento e l'utilizzazione), diversamente, i limiti introdotti dalla stessa norma sono applicabili "in ogni caso", quindi, anche nella diversa ipotesi di intercettazioni indirette.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> In linea con quanto sostenuto appaiono anche le riflessioni di F. CLEMENTI, *Ruolo e funzione salvaguardati dalla Carta*, pubblicato sul quotidiano *Il Sole 24 ore*, 17.07.2012, secondo il quale «non si può disporre nei confronti del Presidente della Repubblica nessun atto di indagine, neanche, appunto, un'intercettazione indiretta, registrata accidentalmente, in quanto essa sarebbe lesiva della funzione fondamentale che quest'organo svolge nel nostro ordinamento. Pertanto, qualsiasi intercettazione, anche se rilevante ai fini dell'indagine, può essere acquisita al processo penale soltanto se assunta in modo legale. Un'intercettazione che coinvolga, anche il via indiretta il Presidente della Repubblica, non oggetto di indagine penale, rappresenta una raccolta illegale di informazioni e dunque deve essere distrutta ai sensi dell'art. 240 C.p.p.».

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> In argomento, tra gli altri, cfr. L. FILIPPI, Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia", in Dir. Pen. e Proc., 2/2007, p. 153; C. CONTI, Le intercettazioni 'illegali': lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria?, cit., p. 158 ss.; F. SIRACUSANO, L'insufficienza dell'intervento additivo della Corte costituzionale in tema di intercettazioni "illegali" rende indispensabile il "ritorno" al legislatore, nota a commento della Corte cost., sent. n. 173/2009, in Cass. Pen.,

"illegalità" anche la detta "illegittimità" delle intercettazioni indirette che interessino il Capo dello Stato in carica<sup>61</sup>. Nello specifico, sembrerebbe invocabile la previsione del comma 2 dell'art. 240 C.p.p., laddove si parla di intercettazioni "illegalmente acquisite". Ciò perché la sottoposizione del contenuto delle intercettazioni ad una valutazione relativa alla loro eventuale (ir)rilevanza darebbe luogo, di fatto, ad una acquisizione processuale; che però, in ragione della prima evidenziata inutilizzabilità assoluta, andrebbe a configurare una ipotesi di uso illegittimo delle stesse.

Utilizzando la procedura indicata dall'art. 240 C.p.p., dunque, si avvierebbe una udienza camerale nella quale è vietato effettuare copia delle trascrizioni delle intercettazioni così come utilizzarne il contenuto. Il verbale d'udienza avrebbe perciò l'unico scopo di dare conto dei modi e dei tempi della intercettazione e del procedimento seguito per la sua distruzione, senza contenere invece alcun riferimento od informazione in merito al contenuto delle conversazioni illegittimamente intercettate. In questa maniera, impedendo che il verbale di causa possa riportare in alcun modo i contenuti delle conversazioni intercettate, la procedura disciplinata dalla menzionata disposizione procedurale sottolinea l'obiettivo di tutelare la riservatezza dei soggetti coinvolti in indebite operazioni investigative<sup>62</sup>. In ragione di ciò, seguendo l'iter indicato dall'art. 240 C.p.p., le posizioni espresse dalle parti e la successiva decisione del G.i.p. potranno vertere unicamente sulla (il)legitimmità delle intercettazioni (e del loro utilizzo) quale presupposto giustificativo della loro distruzione.

Se si accettano le superiori considerazioni, al fine di dirimere il conflitto sottopostole, sembrerebbe opportuno che la Corte costituzionale verifichi in primo luogo l'illegittimità e la conseguente inutilizzabilità assoluta delle stesse. Per procedere in questa direzione, presumibilmente, sarà necessario effettuare anche un vaglio sommario del loro contenuto. Ciò perché, ove ne riscontri la mera *attinenza oggettiva* rispetto ai successivi provvedimenti adottati dal Presidente, la Consulta non potrebbe fare altro che riconoscere il legame indissolubile che intercorre tra le attività prodromiche e preparatorie ed i conseguenti atti funzionali. Dichiarando, in definitiva, che il regime di garanzie offerto dall'art. 90 Cost. ai secondi non può non estendersi anche alle prime.

12/2009, p. 4664; C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità, cit., passim.* 

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Al riguardo, si rinvia a L. FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia"*, *cit.*, 153, il quale precisa che «L'illegalità è una categoria non giuridica e comunque nell'accezione comune ricomprende sia l'attività illecita sia quella semplicemente illegittima».

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> In tal senso, cfr. F. SIRACUSANO, L'insufficienza dell'intervento additivo della Corte costituzionale in tema di intercettazioni "illegali" rende indispensabile il "ritorno" al legislatore, cit., p. 4674.

A conferma di quanto detto sembra di potersi intendere anche l'ordinanza istruttoria del 25 settembre con la quale la Corte ha richiesto alla Procura di Palermo di essere messa a conoscenza tanto dei c.d. "brogliacci" delle intercettazioni, vale a dire delle sintesi delle conversazioni captate per caso, quanto dell'eventuale separazione in più parti della inchiesta in corso. In tal modo, infatti, il Collegio sarà in grado di conoscere se tra il contenuto delle conversazioni telefoniche intercettate ed il successivo provvedimento indirizzato dal Quirinale al PG della Cassazione ci sia una "continuità oggettiva", tale per cui le prime possano essere inquadrate quali atti preparatori rispetto alle funzioni presidenziali.

La verifica in questione, invero, non può apparire come una ingerenza impropria della Consulta<sup>63</sup>, sembrando invece indispensabile per accertare se il comportamento della Procura di Palermo abbia effettivamente integrato una indebita lesione delle prerogative del Presidente della Repubblica. A tale riguardo, infatti, la Corte ha già avuto modo di chiarire che l'autorità giudiziaria ordinaria può, in prima battuta, pronunciarsi sulla natura degli atti del Capo dello Stato al fine di ricondurli, o meno, alla prerogativa di cui all'art. 90 Cost. Pur precisando che «se nel decidere in proposito l'autorità giudiziaria venisse ad apprezzare erroneamente la portata della clausola o a negare ad essa erroneamente applicazione, con conseguente lesione della prerogativa e dunque dell'attribuzione presidenziale, oltre ai normali rimedi apprestati dagli istituti che consentono il controllo sulle decisioni giudiziarie ad opera di altre istanze pure giudiziarie, varrà il rimedio del conflitto di attribuzioni davanti a questa Corte»<sup>64</sup>. In questi termini, dunque, poiché dall'atteggiamento della Procura si ricava che la stessa ha escluso la riconducibilità delle conversazioni intercettate alle funzioni presidenziali, in sede di conflitto la Corte sarà chiamata a verificare la correttezza delle valutazioni espresse dall'Autorità giudiziaria<sup>65</sup>.

A corredo della decisione da adottare, infine, non è da escludere – e forse sarebbe pure auspicabile – che i Giudici costituzionali possano indirizzare anche un monito al legislatore affinché si faccia carico, per il futuro, di individuare in via normativa un organo terzo cui affidare il compito di deliberare circa la natura funzionale o meno degli atti del Presidente

.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> In conseguenza dell'ordinanza istruttoria della Corte, infatti, la Procura – per il tramite del Procuratore Aggiunto Ingroia – non ha mancato di manifestare le sue perplessità rilevando che «La Consulta deve decidere su una questione di principio: se avevamo o meno l'obbligo di distruggere le intercettazioni, non sul numero o sul contenuto» (dichiarazioni riportate dall'agenzia di stampa AGI/ANSA, nella nota del 26.09.2012).

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Corte cost., sent. n. 154/2004.
<sup>65</sup> A tale riguardo, non possono non condividersi le considerazioni di T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica*, *cit.*, p. 384, nota n. 65, il quale rileva correttamente che «il giudizio della Corte, quindi, non si sovrappone a quello della giurisdizione ordinaria in merito all'applicabilità al caso concreto della tutela immunitaria, ma mira solo all'eventuale ricostruzione dei confini legittimi tra potere giudiziario e Presidenza della Repubblica».

della Repubblica<sup>66</sup>. Ciò al fine di garantire la piena funzionalità delle prerogative che la Costituzione riconosce al Capo dello Stato, evitando al contempo il possibile reiterarsi di conflitti di tale impatto istituzionale.

.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> In tal senso, appaiono condivisibili le riflessioni proposte da I. NICOTRA, *Le prerogative «dimezzate» del Presidente della Repubblica*, *cit.*, p. 295. L'Autrice, in particolare, in un'ottica *de iure condendo*, rileva l'opportunità di affidare tali funzioni ad un organo delle Camere o al *plenum* delle stesse Assemblee elettive, in ragione del fatto che è il Parlamento a decidere dell'elezione del Capo dello Stato, che ne riceve il giuramento, che ascolta il messaggio di insediamento e che è chiamato a decidere in merito alle accuse inerenti i reati funzionali del Presidente della Repubblica.