

ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE

Memoria di costituzione

della **Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo** nella persona del **Procuratore della Repubblica**, dott. Francesco Messineo ([REDACTED]), sedente per la carica presso il Palazzo di Giustizia di Palermo, Piazza Vittorio Emanuele Orlando n. 1, rappresentato e difeso dal prof. avv. Alessandro Pace ([REDACTED]), dal prof. avv. Giovanni Serges ([REDACTED]) e dal prof. avv. Mario Serio ([REDACTED]) ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in [REDACTED], giusta procura speciale rilasciata dal notaio dott. Alberto Calì di Palermo in data 26 settembre 2012, rep. n. 17359 (doc. 1). Il prof. Pace dichiara di voler ricevere avvisi e comunicazioni inerenti al presente giudizio al n. di fax [REDACTED] ovvero al seguente indirizzo di Posta Elettronica certificata: [REDACTED]

nel giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri

(ric. confl. n. 4 del 2012)

promosso dal **Presidente della Repubblica**, nella persona dell'on. dott. Giorgio Napolitano, con ricorso notificato il 24 settembre 2012 unitamente all'ordinanza di ammissibilità n. 218 del 2012, con il quale il Presidente della Repubblica, dopo aver contestato alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo di aver preso cognizione delle conversazioni ancorché casuali, chiede a codesta ecc.ma Corte di dichiarare *«che non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo omettere l'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica né spetta valutarne la irrilevanza offrendole all'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p.)»*.

* * *

PREMESSO IN FATTO

I. Le vicende procedurali.

Le intercettazioni "indirette" di un colloquio telefonico del Presidente della Repubblica - che lo stesso ricorrente significativamente ammette essere "casuali" - sono state effettuate nell'ambito del **proc. pen. n. 11609/08** su utenze in uso all'senatore (non più in carica) Nicola Mancino. Tale

procedimento scaturisce in effetti dalla riapertura delle indagini del **proc. pen. n. 18101/00** (riguardante i reati di cui agli artt. 338 e 339 c.p. aggravati dall'art. 7 della L. 203/91) già pendente nei confronti di Salvatore Riina ed Antonino Cinà avente ad oggetto la c.d. "trattativa" tra mafia e Stato negli anni a cavallo tra il 1992 ed il 1994.

La riapertura delle indagini ha avuto origine da nuove acquisizioni scaturenti tra l'altro da dichiarazioni rese da collaboratori di giustizia e successivamente da altri testimoni. Nel tempo, nel suddetto procedimento sono stati iscritti, per diversi titoli di reato, numerosi soggetti, sia appartenenti a "*Cosa nostra*" che estranei ad essa. Tra questi alcuni esponenti politici ed altri appartenenti alle forze dell'ordine e ai servizi di sicurezza.

Nell'ambito delle complesse investigazioni sono state disposte (dal Giudice e su richiesta della Procura) numerose intercettazioni, alcune delle quali (poiché eseguite a carico di soggetti appartenenti ai servizi di sicurezza) sottoposte, per il loro eventuale utilizzo, alla disciplina speciale prevista dall'art. 270 *bis* c.p.p.

Nell'ottobre del 2011 la Procura di Palermo si determinava a chiedere al g.i.p. l'autorizzazione per le intercettazioni telefoniche nei confronti di numerosi soggetti tra i quali il senatore Mancino, il generale Mori, il generale Subranni, il capitano De Donno, l'ex direttore del D.A.P. Capriotti, Ezio Cartotto (già collaboratore dell'on. Silvio Berlusconi), il prof. Giovanni Conso ed altri. La richiesta prendeva spunto dalla necessità di procedere ad ulteriori atti istruttori nei riguardi dei medesimi soggetti (e tra queste investigazioni anche alcuni confronti) in esito ad evidenti discrasie e contraddizioni emerse dalle loro precedenti dichiarazioni, rese sia nell'ambito del procedimento in fase d'indagine che, in maniera ancora più evidente, in un separato giudizio (fortemente connesso per evidenti ragioni probatorie al proc. n. 11609/08) allora e tuttora pendente innanzi alla IV Sezione Penale del Tribunale di Palermo nei confronti del generale Mori e del colonnello Obinu per il reato di favoreggiamento aggravato dall'art. 7 l. n. 203/91, in ipotesi commesso per favorire la latitanza di Bernardo Provenzano.

In esito alle autorizzazione del g.i.p. le attività di ascolto avevano inizio nei primi giorni del novembre 2011. Ciascuno dei soggetti interessati

(e, per quel che più strettamente riguarda il presente conflitto, il sen. Mancino) disponeva di più utenze telefoniche fisse e mobili che, man mano che venivano individuate dalla polizia giudiziaria procedente, venivano sottoposte ad intercettazione.

In particolare, per quanto riguarda la posizione del sen. Mancino, sono state nel tempo sottoposte ad intercettazione le seguenti sei utenze telefoniche: le utenze [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] autorizzate con il decreto n. 1950/11; le utenze [REDACTED] e [REDACTED] autorizzate con il decreto n. 2423/11.

Tra le **9.295** - dicesi **novemiladuecentonovantacinque** - conversazioni telefoniche complessivamente registrate sulle utenze del sen. Nicola Mancino lungo un arco di tempo che va dal 7 novembre 2011 al 26 gennaio 2012 per l'utenza [REDACTED]; dal 21 dicembre 2011 al 9 maggio 2012 per l'utenza [REDACTED] - come risulta dalla documentazione inviata a codesta ecc.ma Corte in esecuzione dell'ordinanza istruttoria del 24 settembre 2012 - soltanto **4 (quattro)** hanno riguardato sue interloquazioni col Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano.

In particolare la prima telefonata veniva registrata sull'utenza n. [REDACTED], **autorizzata con decreto n. 1950/11** - progressivo di telefonata, "in uscita"¹ n. 364 del 24 dicembre 2011, alle ore 09.40 (durata 3 minuti).

La seconda telefonata veniva registrata sull'utenza n. [REDACTED], **autorizzata in data 4 novembre 2011 con decreto n. 1950/11** - progressivo di telefonata, "in uscita", n. 661 del 31 dicembre 2011, alle ore 08.48 (durata 6 minuti)

Il citato **decreto n. 1950/11** (relativo quindi alle utenze sulle quali erano state registrate le due telefonate con il Presidente della Repubblica) scadeva in data 26 gennaio 2012, e, nonostante la richiesta della D.I.A. intesa a prorogarlo in relazione a tutte le utenze intercettate in esecuzione dello stesso, non veniva prorogato - quanto alla sua efficacia relativa alle utenze in uso al sen. Mancino - dal momento che non erano emersi elementi utili a fini investigativi.

La terza telefonata veniva intercettata sull'utenza in uso al sen.

¹ La dizione "in uscita" indica che si tratta di telefonata del Senatore Mancino al Presidente Napolitano.

Mancino n. [REDACTED], autorizzata in data 21.12.2011 con decreto n. 2423/11 - progressivo di telefonata, in entrata n. 399 del 13 gennaio 2012, alle ore 12.52 (durata 4 minuti). Va specificato, al riguardo, che la telefonata appena indicata era stata preceduta da un contatto telefonico tra l'utenza in uso al sen. Mancino e il centralino del Quirinale (ore 9.23; progr. n. 573); nel corso di tale conversazione, il sen. Mancino chiedeva di parlare con il Presidente della Repubblica.

La quarta telefonata veniva intercettata sulla stessa utenza in forza del medesimo decreto di autorizzazione n. 2423/11 - progressivo di telefonata, in entrata, n. 728 del 6 febbraio 2012, ore 11.12 (durata 5 minuti).

L'efficacia del predetto decreto n. 2423/11 perdurava fino al maggio 2012 in virtù delle proroghe intermedie autorizzate dal GIP in esito alle rilevanti acquisizioni investigative connesse all'ascolto di alcune telefonate del sen. Mancino in particolare con il dott. Loris D'Ambrosio.

Deve infine essere ricordato che in data 20 aprile 2012, progressivo n. 1544, sull'utenza n. [REDACTED], in uso a Mancino Nicola, autorizzata in data 21 dicembre 2011 con decreto n. 2423/11, veniva intercettata una telefonata, in entrata, tra un addetto al centralino del Quirinale e la signora Mancino, la quale riferiva che il marito avrebbe potuto essere rintracciato telefonicamente al numero dello studio [REDACTED].

Va ulteriormente precisato che, in relazione a tutte le sopra citate conversazioni, il verbale di cui all'art. 268 c.p.p. (c.d. brogliaccio) veniva redatto dalla polizia giudiziaria operante (Centro Operativo D.I.A. di Palermo) senza l'indicazione del contenuto della conversazione. *La polizia giudiziaria (che tempestivamente ed oralmente riferiva al p.m.) non ha effettuato, anche su disposizione della Procura della Repubblica di Palermo, alcuna trascrizione delle conversazioni tra il sen. Mancino e il Presidente della Repubblica le cui registrazioni sono tuttora custodite dalla Procura della Repubblica nell'ambito del procedimento 11609/08 nel quale sono state disposte ed eseguite.*

Occorre altresì evidenziare che, in esito ad un esame complessivo del materiale probatorio relativo - come già detto - a numerosi indagati e ad altrettanto numerose ipotesi di reato, la Procura della Repubblica si determinava sulla necessità di esercitare l'azione penale solo nei confronti di alcuni indagati e per alcune imputazioni, e sull'opportunità di proseguire le

indagini, riservandosi comunque ulteriori valutazioni al riguardo di altri indagati ed altre imputazioni. Per questo motivo in data 1 giugno 2012 venivano stralciate le posizioni dei soggetti per i quali si è ritenuto di esercitare l'azione penale e, tra questi, il sen. Mancino.

Veniva pertanto formato un nuovo fascicolo che prendeva il n. 11719/12 nell'ambito del quale veniva notificato alle parti l'avviso di conclusione indagini *ex art 415 bis c.p.p* e, successivamente, la richiesta di rinvio a giudizio con il successivo decreto di fissazione dell'udienza preliminare innanzi al g.u.p. per il prossimo 29 ottobre. In questo nuovo fascicolo processuale, ovviamente destinato all'ostensione nei confronti degli imputati e delle parti offese, la Procura acquisiva esclusivamente le intercettazioni (e tra queste quelle riguardanti il sen. Mancino) ritenute utili in funzione del processo.

Deve quindi essere sottolineato che le conversazioni con il Presidente della Repubblica non hanno mai formato oggetto di deposito che determinasse la possibilità della conoscenza ad opera di qualsivoglia parte processuale.

*

II. Il contesto dell'iniziativa giudiziaria del Presidente della Repubblica.

Come correttamente riportato nelle premesse in fatto del ricorso del Presidente della Repubblica, l'iniziativa giudiziaria del Capo dello Stato nasce da un'intervista effettuata dalla giornalista Alessandra Ziniti al sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palermo dott. Antonino Di Matteo, pubblicata sul quotidiano "La Repubblica" del 22 giugno 2012, nel corso della quale alla domanda della giornalista «*E le conversazioni che riguardano direttamente Napolitano?*» il dott. Di Matteo così rispondeva: «*Negli atti depositati non c'è traccia di conversazioni del capo dello Stato e questo significa che non sono minimamente rilevanti*».

A seguito della lettera del 27 giugno 2012 indirizzata, su richiesta del segretario generale della Presidenza della Repubblica, dall'Avvocato generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza al Procuratore della Repubblica di Palermo dott. Francesco Messineo - nella quale gli si chiedeva la conferma o la smentita circa l'avvenuta intercettazione di talune conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica -, il Procuratore della Repubblica di Palermo dott. Messineo così rispondeva in data 6 luglio

2012: «*Le comunico che questa Procura, avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento qualsivoglia 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*».

In seguito a tale nota di risposta, il Presidente della Repubblica sollevava il presente conflitto, comportandosi diversamente da quanto avvenuto in occasione di altre due intercettazioni indirette registrate, una nel 2009 e l'altra nel 2010, nel corso di due diverse indagini della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze².

*

III. Le modalità tecniche per l'effettuazione delle intercettazioni telefoniche. La carente lesività della registrazione dell'intercettazione

E' opportuno, a questo punto, illustrare le modalità tecniche con le quali vengono effettuate le intercettazioni telefoniche.

Il sistema delle intercettazioni telefoniche si fonda sull'integrazione tra il momento normativo (costituito dall'interlocuzione tra uffici giudiziari indirizzata all'ottenimento da parte di quello requirente, ordinariamente privo di ogni potere di autonoma iniziativa, dell'autorizzazione del Giudice all'intercettazione) e quello tecnico-esecutivo.

La registrazione della conversazione intercettata non è idonea a determinare in sé alcuna lesione perché consiste in una mera operazione tecnica che si verifica in forma automatica mediante apparecchiature informatiche, non controllabili e non influenzabili, almeno nell'immediato, da intervento di un operatore.

Va chiarito che le intercettazioni di conversazione telefoniche o fra persone presenti, mentre si svolgono, vengono registrate in un elaboratore elettronico (c.d. "server") installato presso la sala intercettazioni della Procura della Repubblica, come prescritto per legge.

Tale *server* registra in automatico e senza alcun intervento umano tutti i segnali che pervengono dalle apparecchiature di ascolto senza distinzione o limitazione alcuna.

Ne deriva che la registrazione è un mero evento meccanico, come tale

² *Spunta un'altra registrazione con Bertolaso*, in *Repubblica.it* – Archivio, 2012. 07.17; *Napolitano intercettato a Firenze. La Procura: Stop dopo tre giorni*, in *Repubblica.it* – Archivio, 2012. 07.18

in sé idoneo a ledere qualsivoglia prerogativa presidenziale, in assenza di prevedibilità o intenzionalità.

Qualora poi sia stato disposto l'ascolto c.d. "remotizzato" - che consente così ad un ufficiale di Polizia giudiziaria di ascoltare dalla sede del suo Ufficio la conversazione nel momento stesso in cui viene registrata - anche in tale caso il carattere di automatismo della registrazione non subirebbe alcuna modificazione.

L'ascoltatore "da remoto" non ha infatti, a garanzia della genuinità della registrazione, alcuna possibilità di intervenire per procedere alla interruzione della registrazione, ciò che ne conferma la caratteristica di automatismo e con essa la assenza di lesività.

* * *

Tutto ciò premesso, si costituisce con il presente atto il Procuratore della Repubblica di Palermo che, a mezzo dei sottoscritti difensori, eccepisce l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del ricorso del Presidente della Repubblica, sulla base delle seguenti osservazioni in

DIRITTO

IN RITO

1. Inammissibilità del ricorso per impossibilità giuridica del petitum. Violazione del principio di tipicità dei provvedimenti del p.m. (art. 101 comma 2 Cost.)

In linea pregiudiziale si eccepisce l'inammissibilità del ricorso. A prescindere, per il momento, dalla fondatezza o meno della tesi prospettata dall'Avvocatura generale dello Stato circa il generale divieto di intercettare, anche casualmente, le conversazioni del Presidente della Repubblica, è la stessa pretesa del ricorrente - e cioè che la Procura della Repubblica di Palermo non possa omettere «l'immediata distruzione delle intercettazioni casuali del Presidente della Repubblica» - a presentare un contenuto ed un oggetto giuridicamente impossibili. O, se si vuole, inesigibili in sede di conflitto di attribuzioni tra poteri.

E ciò per l'evidente rilievo che non è il pubblico ministero che può disporre la distruzione della c.d. documentazione delle intercettazioni assertivamente vietate, ma il giudice, tanto nell'ipotesi di cui all'art. 271 comma 3 c.p.p. (l'unica disposizione applicabile al caso di specie, secondo

l'esplicita affermazione dell'Avvocatura generale dello Stato: ric., p. 15), quanto nell'ipotesi, ben più corretta, dell'applicabilità alla specie degli artt. 268, comma 6, e 269, comma 2, c.p.p.

Potendo l'ordine di distruzione essere disposto soltanto dal **giudice** - il che si spiega agevolmente per la tutela che l'ordinamento processuale giustamente assicura agli interessi in ipotesi contrastanti all'immediata distruzione (v. *infra*, § 4) - ne segue che il **petitum** addirittura **difetta della base normativa** in forza della quale il Procuratore della Repubblica di Palermo possa adottare un provvedimento dal contenuto identico a quello che la legge riserva al giudice.

Detto in altri termini, non si riesce a comprendere come si possa richiedere al p.m. di distruggere la documentazione delle registrazioni delle intercettazioni, quando il p.m. non ha un siffatto potere.

E' allora evidente che il ricorso del Presidente della Repubblica se da un lato è inammissibile in quanto pretende che la Corte emetta una decisione che il p.m. non potrebbe eseguire, dall'altro lato contraddice il principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale in forza del quale i **magistrati - siano essi giudicanti o requirenti - devono esercitare le proprie competenze «nelle forme indicate dalla legge e secondo le disposizioni di questa»** (art. 101 comma 2 Cost.)³.

La violazione dell'art. 101 comma 2 Cost. è evidente anche da un altro angolo visuale. Sostiene infatti l'Avvocatura generale dello Stato che l'immunità presidenziale *«rappresenta, (...) al tempo stesso, anche un limite alle attribuzioni degli altri poteri dello Stato che, ove non*

³ S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, p. 226: «Per tutte queste ragioni, la dichiarazione che “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” non può avere altro significato se non quello di prescrivere che l'esercizio della funzione giurisdizionale deve avvenire nelle forme indicate dalla legge e secondo le disposizioni di questa. Così, in particolare, il giudice non potrà arrogarsi altri poteri oltre a quelli espressamente riconosciutigli dalla legge; non potrà emettere provvedimenti che non rientrino nei tipi previsti dalla legge e non potrà dare a questi provvedimenti un contenuto difforme dalle prescrizioni di legge; in sostanza tutta la sua attività dovrà, comunque, svolgersi nei limiti segnati dalla legge e nelle forme da questa prescritte» (sottolineatura nostra).

Nello stesso senso, v. tra i molti S. Foix, voce *Legalità (Principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 683; N. Zanon e L. Panzeri, *Art. 101*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, p. 1962 s.; F. Biondi, *Art. 101*, in S. Bartole e R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 917.

Il punto è talmente pacifico che non vi sono specifici precedenti giurisprudenziali sul punto, ma soltanto *obiter dicta* in tal senso. Così Corte cost., sent. n. 2 del 1968, *cons. in dir.*, n. 1; sent. n. 18 del 1989, *cons. in dir.*, n. 9.

correttamente esercitati, menomerebbero le prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica»⁴ (ric., p. 9). Di qui, secondo l'Avvocatura, l'obbligo del p.m. di disporre autonomamente la distruzione della documentazione delle intercettazioni indirette del Capo dello Stato.

In primo luogo deve però essere eccepito che la citazione dottrinale è inesatta, in quanto l'autore citato (il prof. Claudio Rossano) si limitava, in quel passaggio, ad implicare dalla **responsabilità presidenziale** l'esistenza di **limiti negativi** ai poteri degli altri organi e soggetti, laddove l'Avvocatura deduce dalla **immunità presidenziale** (che è cosa ben diversa!) l'esistenza di **limiti** addirittura **positivi**. Sono quindi le conseguenze pratiche della previsione di un limite positivo a preoccupare. L'applicazione di limiti positivi a carico dell'a.g.o. si risolve infatti, in ultima analisi, in un obbligo di *facere* a carico del p.m. privo di esplicita base legale, confermando così il palmare contrasto della pretesa avanzata nel ricorso con l'art. 101 comma 2 Cost.

* * *

2. Inammissibilità del ricorso sotto altro profilo. Contraddittorietà del petitum con le ragioni che lo sostengono

Un secondo profilo di inammissibilità deriva dal raffronto del *petitum* e le **ragioni** con taluni passaggi del ricorso, che parrebbero costituirne il fondamento.

Tali ragioni sembrerebbero infatti dirette a prospettare il dovere del Procuratore della Repubblica di *chiedere immediatamente al giudice la distruzione* delle registrazioni «*delle conversazioni cui partecipa il Presidente della Repubblica*» (ric., p. 3) utilizzando la procedura dell'art. 271 c.p.p. (ric., p. 12). Corrispondentemente la menomazione delle attribuzioni costituzionali è individuata nel ricorso in ciò che la Procura della Repubblica avrebbe applicato la procedura di cui all'art. 268 c.p.p. in luogo di quella prevista dall'art. 271 c.p.p., ritenuta dall'Avvocatura generale dello Stato la sola idonea a garantire le prerogative presidenziali: procedura che

⁴ Diversa è la frase ivi citata di C. Rossano, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 2002, p. 2. Afferma infatti il chiaro autore: «La specifica previsione (art. 90 Cost.) di una sua responsabilità per attentato alla Costituzione (oltre che per altro tradimento) d'altro canto non va vista solo in negativo. Essa, se da un lato ne condiziona il limite e i poteri, rappresenta al tempo stesso un limite ai poteri degli stessi organi e soggetti sui quali viene ad incidere la sua attività di Presidente. Egli non solo non dovrà "attentare" alla Costituzione, ma dovrà impedire che altri vi "attentino"».

però, al pari della prima, comporta anch'essa, contrariamente a quanto argomentato dall'Avvocatura generale dello Stato, l'intervento del giudice a cui spetta comunque il potere di ordinare la distruzione delle intercettazioni.

Senonché, a fronte di ragioni, così argomentate, a sostegno della pretesa fatta valere con il ricorso, **il *petitum* viene poi individuato in una diversa richiesta che, con quelle ragioni, appare in insanabile contrasto.**

Quando, infatti, si richiede che «...l'Ecc.ma Corte adita dichiara che non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo omettere l'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica né spetta valutarne la (ir)rilevanza offrendole all'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p.)», si invoca un provvedimento che con quelle ragioni collide perché **esclude radicalmente ogni potere del giudice.**

In altre parole, mentre nel prospettare la *causa petendi* sembrerebbe che il ricorrente ritenga che la menomazione delle attribuzioni sarebbe esclusa dal ricorso al procedimento di cui all'art. 271 c.p.p. (che però impone comunque che sia il giudice a disporre la immediata distruzione della intercettazione), nelle conclusioni del ricorso si invoca, da parte della Corte, una declaratoria di non spettanza alla Procura del «*potere di omettere la distruzione*» e di «*valutarne la (ir)rilevanza*» che esclude del tutto ogni intervento del giudice nel disporre la distruzione.

Il *petitum*, insomma, oltre che inesigibile, per le ragioni che si sono sopra espresse, appare in radicale contrasto con la *causa petendi* e siffatto contrasto determina, anche autonomamente considerato, la inammissibilità del ricorso.

* * *

3. L'inapplicabilità alla specie dell'art. 271 c.p.p. come prospettato dal ricorrente.

Premesso che attualmente il divieto di intercettare le comunicazioni del Presidente della Repubblica è previsto espressamente dall'art. 7 della legge n. 219 del 1989 **per le sole intercettazioni dirette**, e che tale divieto - in accordo con la nota sent. n. 390 del 2007 - può estendersi al più alle **intercettazioni indirette non casuali**, ne segue che le **intercettazioni indirette ma casuali** non sono affatto riconducibili all'art. 271 c.p.p. né nell'ipotesi del comma 1 («*intercettazioni eseguite fuori dei casi consentiti*

dalla legge») né nell'ipotesi del comma 2 («*intercettazioni coperte dal segreto professionale*»).

Del resto, la Corte di cassazione ha ripetutamente circoscritto, sulla base del **principio di tassatività delle invalidità processuali**⁵, l'applicabilità dell'art. 271 comma 1 c.p.p. ai soli casi di violazione di divieti normativi espressi (cfr. Cass., sez. IV, 27 maggio 2005, n. 20130, CED 231368, secondo cui «*i casi di divieto di utilizzazione di cui all'art. 271 cod. proc. pen. sono tassativi (...), dovendosi peraltro escludere ogni possibilità di applicazione analogica di tali divieti*»). Per quanto invece riguarda il comma 2 dell'art. 271 c.p.p., può poi anche rilevarsi - a fronte del tentativo dell'Avvocatura generale dello Stato di accostare l'ipotesi delle intercettazioni indirette casuali alle intercettazioni delle comunicazioni del difensore (p. 12) - che è inesatto parlare di analogia, difettando, a monte, l'*eadem ratio* delle due ipotesi normative.

* * *

4. Impossibilità giuridica per il p.m. di disporre la distruzione delle intercettazioni effettuate.

L'inaffidabile *petitum* del ricorso avversario è, come si è già detto, nel senso che alla Procura di Palermo venga imposta «*l'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica*».

E' quindi opportuno sottolineare che, pur nella differenza intercorrente tra l'art. 269 comma 2 e l'art. 271 comma 3 c.p.p., in nessuno dei due casi è possibile procedere all'immediata distruzione della documentazione delle intercettazioni prescindendo dal ricorso al giudice e dalle garanzie del contraddittorio.

Infatti, è comune convincimento, in dottrina, che, anche nell'ipotesi della distruzione di cui all'art. 271 comma 3 c.p.p., debba essere applicato il principio enunciato da codesta ecc.ma Corte nella sent. n. 463 del 1994 con riferimento al diverso caso di distruzione previsto dall'art. 269 comma 2 c.p.p. Secondo codesta ecc.ma Corte, ***il giudice, prima di decidere sulla***

⁵ V. Cass., sez. I pen., 17 dicembre 1999, n. 790, in *Cass. pen.* 2001, 569; Cass., sez. IV pen., 17 settembre 2004, n. 49306, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 5, 1878; Cass., sez. IV pen., 28 febbraio 2005, n. 20130, in *Giur. it.*, 2006, 583; Cass., sez. IV pen., 27 maggio 2005, n. 20130, CED 2005, 231368; Cass., sez. VI pen., 24 novembre 2009, n. 48968, CED 2009, 245542 e in *Cass. pen.*, 2010, fasc. n. 12, 4311; Cass., sez. V pen., 13 marzo 2009, n. 14783, CED 2009, 243609.

distruzione del materiale irrilevante, deve infatti sentire in camera di consiglio le parti interessate in ordine all'eventuale rilevanza in futuro delle registrazioni quale prova di non colpevolezza.

Ma non basta. Si sottolinea in tale sentenza che «Contrariamente a quel che suppone il giudice a quo, siffatta interpretazione, non solo non è contraria alla Costituzione, ma, in dipendenza del fatto che nell'ipotesi in esame vengono in considerazione valori e interessi non diversi da quelli coinvolti nell'ipotesi espressamente contemplata nell'art. 269, comma 2, seconda proposizione, c.p.p., è anzi l'unica compatibile con la salvaguardia dei principi costituzionali».

Tale regola - si è poi avvertito in dottrina - «*deve osservarsi in caso di distruzione di verbali e registrazioni inutilizzabili, identica essendo la ratio nelle due situazioni, cioè non inibire all'innocente la possibilità di portare in giudizio la prova, anche irritalmente acquisita, della non colpevolezza*»⁶. Il presupposto dogmatico di tale impostazione risiede infatti nella considerazione che i casi normativi di inutilizzabilità (art. 271 comma 1 c.p.p.) dovrebbero colpire esclusivamente gli effetti «*contra reum*» dell'atto di cui si invoca l'invalidità.

In ogni caso va aggiunto che se anche si ritenesse applicabile al caso di specie la distruzione ex art. 271 c.p.p. e si valutasse il **momento** nel quale la distruzione delle intercettazioni inutilizzabili debba essere disposta ed eseguita ai sensi della disposizione citata, **dovrebbe comunque escludersi il carattere «immediato» di tale operazione**, richiamandosi al riguardo il saldo orientamento di legittimità secondo cui «*la distruzione della documentazione delle intercettazioni, i cui risultati non possono essere utilizzati a norma dell'art. 271 commi 1 e 2 c.p.p., non può essere disposta in esecuzione di una dichiarazione di inutilizzabilità intervenuta nel giudizio abbreviato richiesto solo da alcuni degli imputati del medesimo procedimento. La distruzione anzidetta, a differenza di quella disposta ex art. 269 c.p.p. commi 2 e 3 per la documentazione non necessaria per il procedimento, postula infatti una statuizione di inutilizzabilità processualmente insuscettibile di modifiche, che faccia escludere la possibilità di utilizzazione futura nell'ambito del*

⁶ L. Filippi, Art. 271, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di), *Commentario al codice di procedura penale*, Ipsoa, 2007, p. 1998 ss.; così anche O. Dominioni, P.M. Corso, R. Gaito e G. Spangher, *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 319.

processo anche a carico di altri coimputati a seguito di autonome e diverse valutazioni del giudice competente»⁷.

Tali essendo gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, è di tutta evidenza che l'applicazione alla specie dell'art. 271 comma 3 c.p.p. - come vorrebbe l'Avvocatura dello Stato - , in tanto sarebbe ammissibile:

a) in quanto si verta in un'**ipotesi di invalidità processuale**, che però non ricorre nella specie in quanto l'art. 7 comma 3 della legge n. 219 del 1989 si limita a vietare solo le intercettazioni dirette e quelle indirette non casuali;

b) in quanto l'**ordine di distruzione provenisse dal giudice** e non dal p.m.;

c) in quanto a tale ordine si pervenisse a seguito del **doveroso contraddittorio** tra le parti;

d) in quanto vi sia stata **una statuizione di inutilizzabilità processualmente definitiva**.

* * *

NEL MERITO

5. Il preteso fondamento normativo del ricorso e della sua causa petendi.

Passando alla trattazione delle ragioni in base alle quali la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo ritiene non condivisibili né l'interpretazione del combinato disposto degli artt. 90 Cost. e 7 comma 3 della legge n. 289 del 1989 effettuata nel ricorso avversario, né le implicazioni ermeneutiche che l'Avvocatura generale dello Stato ne ha voluto trarre, si osserva quanto segue.

*

Il fondamento normativo del ricorso e la *causa petendi* dello stesso sono individuati nello stesso decreto presidenziale del 16 luglio 2012.

Dopo aver "considerato" *«che la procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, dopo aver preso cognizione delle conversazioni, le ha preliminarmente valutate sotto il profilo della rilevanza e intende ora mantenerle agli atti del procedimento perché esse siano dapprima sottoposte ai difensori delle parti ai fini del loro ascolto e successivamente, nel*

⁷ Cass., sez. VI pen., 2 aprile 2009, n. 14461, CED 243515.

contraddittorio tra le parti stesse, sottoposte all'esame del giudice ai fini della loro acquisizione ove non manifestamente irrilevanti»,

il Presidente della Repubblica asserisce che *«a norma dell'articolo 90 della Costituzione e dell'articolo 7 della legge 5 giugno 1989, n. 219 - salvi i casi di alto tradimento o attentato alla Costituzione e secondo il regime previsto dalle norme che disciplinano il procedimento di accusa - le intercettazioni di conversazioni cui partecipa il Presidente della Repubblica, ancorché indirette od occasionali, sono invece da considerarsi assolutamente vietate e non possono quindi essere in alcun modo valutate, utilizzate e trascritte e di esse il pubblico ministero deve immediatamente chiedere al giudice la distruzione».*

La menomazione delle prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica - secondo lo stesso Presidente - andrebbe invece individuata nell'«**avvenuta valutazione sulla rilevanza delle intercettazioni ai fini della loro eventuale utilizzazione (investigativa e processuale), la permanenza delle intercettazioni agli atti del procedimento e l'intento di attivare una procedura camerale** che - anche a ragione della instaurazione di un contraddittorio sul punto - aggrava gli effetti lesivi delle precedenti condotte».

Tali affermazioni sono integralmente fatte proprie dall'Avvocatura generale dello Stato (ric., p. 3 e s.), la quale, nelle sopra trascritte conclusioni del ricorso, **ammette la casualità delle intercettazioni delle comunicazioni presidenziali**, come in effetti è stato (solo **quattro** su **9.295**, nell'arco di circa sette mesi!).

Tale ammissione, mentre è rilevante, secondo la giurisprudenza di codesta ecc.ma Corte, per considerare legittime le intercettazioni indirette (v. le sentenze nn. 390 del 2007, 113 e 114 del 2010), sembrerebbe invece del tutto irrilevante per l'Avvocatura generale dello Stato, la tesi del ricorso essendo che anche le intercettazioni indirette ancorché casuali (o accidentali) siano vietate dall'art. 7 della legge n. 289 del 1989.

* * *

6. Insussistenza in fatto delle pretese lesioni delle prerogative del Presidente della Repubblica.

Per quanto è dato desumere dal contenuto del ricorso (ric., p. 16) la lesione delle prerogative presidenziali si sarebbe verificata per effetto dei

seguenti comportamenti posti in essere dalla Procura della Repubblica di Palermo: **a)** avere quantomeno registrato le conversazioni nelle quali casualmente e indirettamente era coinvolto il Presidente della Repubblica; **b)** aver allegato il testo delle telefonate agli atti del processo; **c)** aver valutato la rilevanza delle intercettazioni stesse sia pure per qualificarle irrilevanti; **d)** aver ipotizzato di procedere alla distruzione delle intercettazioni a seguito di una udienza svolta secondo le modalità di cui all'art. 268 c.p.p.

Prima di esaminare in diritto la questione della lesione delle prerogative presidenziali devono effettuarsi delle precisazioni sulle premesse in fatto la cui rappresentazione nel ricorso è manifestamente errata.

aa) Per quanto riguarda l'avvenuta registrazione, si deve sottolineare (v. *supra*, § III) che **la registrazione della conversazione intercettata non è idonea a determinare in sé alcuna lesione** perché consiste in una mera operazione tecnica che si verifica in forma automatica mediante apparecchiature informatiche, non controllabili e non influenzabili, almeno nell'immediato, da intervento di un operatore.

Si aggiunga, come è stato riportato nelle "Premesse in fatto", **che tutte le intercettazioni sono state legittimamente disposte** in forza dei decreti di autorizzazione del g.i.p. trasmessi a codesta Corte in adempimento dell'ordinanza istruttoria del 20 settembre 2012, **e che la casualità delle intercettazioni presidenziali** è dimostrata dal fatto che su 9.295 comunicazioni telefoniche del sen. Mancino sottoposte a intercettazione, **solo quattro** contengono rapporti di interlocuzione tra il soggetto intercettato e il Presidente Napolitano.

Al contrario, perché l'ipotesi delle **interlocuzioni indirette ma non accidentali** si verifichi, occorrerebbe trovarsi di fronte ad una pluralità di intercettazioni delle conversazioni del medesimo interlocutore effettuate su utenze intestate a soggetti diversi. Solo in tal caso sarebbe evidente che interessano alla Procura non le comunicazioni del soggetto titolare dell'utenza telefonica, ma le comunicazioni dell'interlocutore.

La dimostrazione di tale intenzione dovrebbe però passare attraverso la prova di una molteplicità di intercettazioni su utenze diverse dalle quali sistematicamente risulti intercettato un medesimo interlocutore.

Il fatto che le conversazioni del Presidente Napolitano siano state, nella specie, solo quattro su 9.295 dimostra, tutt'al contrario, l'accidentalità delle

intercettazioni e quindi la loro piena legittimità.

bb) Il secondo elemento di lesività, secondo la tesi del ricorrente, concernerebbe la avvenuta allegazione agli atti del processo.

Premesso che la Procura non ha mai affermato di avere (o che comunque avrebbe) allegato agli atti del processo le intercettazioni, va detto che comunque la prospettata allegazione non si è mai verificata.

Le intercettazioni, infatti, proprio perché irrilevanti processualmente non sono state mai allegate al fascicolo processuale n. 11719/12 RGNR-DDA (c.d. processo della “trattativa”), attualmente pendente innanzi al g.u.p. del Tribunale di Palermo per l’udienza preliminare del 29 ottobre 2012.

A parte tale elemento di fatto, si osserva comunque che l’allegazione agli atti è una circostanza in sé neutra perché ogni atto di indagine nel momento stesso in cui viene compiuto, nasce all’interno di un determinato procedimento ed è quindi di per sé allegato a quel procedimento.

Non sono cioè ipotizzabili atti di indagine che non siano incardinabili in un procedimento.

cc) Quanto alla valutazione sembra necessario chiarire che la tesi del ricorrente secondo cui la Procura, valutando le conversazioni del Presidente, sia pure per escluderne la rilevanza, ne avrebbe menomato le prerogative, è infondata in fatto, a parte le considerazioni in diritto.

Secondo quanto si legge nella lettera inviata dal Procuratore della Repubblica di Palermo all’Avvocatura Generale, in data 6 luglio 2012, prodotta in atti dal ricorrente, la valutazione di irrilevanza e di conseguente non utilizzazione investigativa o processuale, ha avuto ad oggetto «...qualsivoglia comunicazione telefonica in atti diretta al Capo dello Stato...». E quindi, come appare evidente, tale valutazione ha riguardato solo ed esclusivamente le “comunicazioni” (e cioè le espressioni verbali dell’ex senatore Mancino nel suo colloquio con il Presidente), e non anche le risposte dell’interlocutore che questa Procura non ha mai sottoposto a valutazione alcuna.

A parte tale elemento di mero fatto, deve comunque sottolinearsi che un divieto assoluto di valutazione di espressioni del Presidente occasionalmente colte nel contesto di una intercettazione legittima costituirebbe la logica conseguenza di una prerogativa presidenziale intesa solo come immunità totale dalla giurisdizione, prerogativa di cui verrà nel

prosieguo contestata la esistenza.

In presenza di un quadro variegato e molteplice che prevede bensì la irresponsabilità del Presidente per gli atti funzionali, ma non lo esenta dalla giurisdizione per gli atti extrafunzionali e certamente non copre le eventuali responsabilità del suo interlocutore, **l'attività di valutazione non solo appare legittima, ma doverosa ed ineliminabile.**

dd) Quanto infine all'avere ipotizzato di procedere alla distruzione delle intercettazioni a seguito di una udienza svolta secondo le modalità di cui all'art. 268 c.p.p., si è già dimostrato come questa sia l'unica via ammissibile per procedere alla distruzione, data l'inapplicabilità alla specie dell'art. 271 c.p.p. il quale presuppone la violazione di un tassativo divieto, nella specie inesistente in quanto l'art. 7, comma 3, legge n. 289 del 1989 concerne le sole intercettazioni dirette (ovvero quelle indirette ma non accidentali).

Peraltro, un ulteriore profilo di infondatezza della pretesa del ricorrente di ottenere, dal p.m., la distruzione (anche) delle intercettazioni casuali delle conversazioni tra il Presidente della Repubblica ed altro soggetto direttamente e legittimamente intercettato deriva dal palese contrasto di tale richiesta con la logica.

Infatti il presupposto giustificativo della richiesta distruzione risiederebbe nell'esistenza di un *divieto* di intercettazioni anche *casuali* nei confronti del Presidente della Repubblica. **E' agevole replicare che la previsione di ogni divieto presuppone necessariamente che la condotta umana che ne costituisce oggetto sia caratterizzata da prevedibilità e prevenibilità, connotati questi che all'evidenza sono logicamente incompatibili con un evento che si è espressamente definito «casuale».**

* * *

7. Sulla infondatezza del ricorso. Considerazioni generali. La pretesa assoluta immunità politica del Presidente e le sue pretese conseguenze in tema di irresponsabilità giuridica. I principi dello Stato democratico-costituzionale e l'esclusiva tutela delle funzioni costituzionali di per sé considerate. La irresponsabilità giuridica solo funzionale del Presidente della Repubblica. L'inviolabilità del monarca nei regimi monarchici (cenni). La posizione costituzionale del Presidente come sintesi delle sue attribuzioni costituzionali. La parità dei poteri dello Stato

7.1. La tesi di fondo dell'Avvocatura ricorrente è che la norma dell'art. 90 Cost., prevedendo in favore del Presidente la irresponsabilità per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni (con la sola eccezione dei reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione) configurerebbe per lo stesso un regime globale di immunità, anche penale, con la conseguenza di rendere illegittima in sé qualsiasi forma di ascolto delle conversazioni, di registrazione delle stesse, ed a maggior ragione di valutazione ed utilizzazione processuale.

Tale tesi deriva dall'assunto che la norma dell'art. 90 Cost. non sarebbe limitativa e circoscrittiva della irresponsabilità presidenziale, ma a sua volta costituirebbe espressione particolare di un principio generale di **assoluta immunità** del Presidente nei confronti della legge penale, con la sola eccezione dei due reati di cui si è detto, estranei comunque alla ordinaria giurisdizione penale.

Per effetto di tale principio, assertivamente immanente nella Costituzione (ma non espresso in regole scritte) il Presidente della Repubblica sarebbe esente dalle regole ordinarie della legge penale sostanziale e processuale, con la conseguenza che, nei suoi confronti - in applicazione della generale immunità -, varrebbe l'esigenza di generale salvaguardia della riservatezza delle comunicazioni.

Da tale primaria esigenza deriverebbero poi talune conseguenze giuridiche del tutto *extra ordinem* quali la illiceità anche dell'ascolto occasionale, il divieto di allegazione agli atti, di valutazione e soprattutto l'obbligo di immediata distruzione delle intercettazioni in forme del tutto atipiche e contrastanti con il principio di tipicità di cui all'art. 101 comma 2 Cost. (v. *supra*, § 1).

*

7.2. Contro una siffatta tesi, priva di riscontri positivi, deve innanzi tutto eccepirsi che «(n)ello Stato democratico-costituzionale, in conseguenza dell'affermarsi del principio dell'indipendenza della magistratura, le immunità assumono la valenza di garanzia della funzione esercitata nei confronti di qualsiasi condizionamento esterno o di intenti persecutori da parte di singoli magistrati. Esse si caratterizzano non più come privilegi, accordati intuitu personae e strettamente correlati all'attributo della

sovranità»⁸.

Principi, tutti questi, che sono stati fatti propri, e ripetutamente ribaditi, da codesta ecc.ma Corte in numerose importanti decisioni, tra cui le sentenze nn. 24 e 154 del 2004 e 262 del 2009: principi dai quali deriva che non è consentito sostenere - come implicita premessa logica e teorica dell'immunità assoluta delle conversazioni del Presidente - che il Presidente sarebbe giuridicamente irresponsabile anche per i reati extrafunzionali (ric., pp. 7 e 8).

Contro tale tesi implicitamente sostenuta nel ricorso è sufficiente ricordare che in Assemblea costituente, dopo un approfondito dibattito - che è opportuno ricordare dettagliatamente in nota -, fu respinto nella seduta del 24 ottobre 1947 un emendamento tendente ad introdurre l'improcedibilità nel corso del mandato presidenziale⁹.

⁸ M. Volpi, *Introduzione*, in G. Fumu e M. Volpi (cur.), *Le immunità penali della politica*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 7.

⁹ Nella riunione della Prima Commissione, Seconda Sottocommissione del 4 gennaio 1947, l'on. Tosato, poiché l'art. 17 del Progetto alludeva ai soli reati funzionali, spiegò immediatamente, in apertura, «che non si è inclusa nell'articolo alcuna disposizione riguardante la responsabilità penale per i reati comuni del Presidente della Repubblica, per ragioni di opportunità e di convenienza» (v. *La Costituzione italiana nei lavori preparatori*, Roma, 1970, vol. VIII, p. 1769) e l'on. Mortati aggiunse «che il Comitato ha ommesso intenzionalmente ogni regolamentazione della responsabilità ordinaria del Presidente. Si tratta quindi di una lacuna volontaria della Carta costituzionale» (ivi, p. 1770).

Nella successiva discussione si scontrarono varie impostazioni che furono riassunte, ma con scarsa precisione, dal Presidente Terracini, il quale ne ricordò quattro: 1) previsione della sola responsabilità penale funzionale del Presidente della Repubblica (tesi della Commissione); 2) responsabilità penale comune del Presidente della Repubblica ma previa autorizzazione dell'Assemblea nazionale (tesi dell'on. Nobile); 3) responsabilità penale comune del Presidente della Repubblica ma improcedibilità fino alla scadenza della carica (tesi dell'on. Fabbri); 4) irresponsabilità penale del Presidente della Repubblica tranne che per violazione della Costituzione (tesi dell'on. Mortati).

La sintesi non fu precisa per due ragioni: 1) perché, così come riportata nel resoconto sommario, la tesi dell'on. Mortati non si distingueva da quella della Commissione; 2) perché Terracini aveva passato sotto silenzio proprio la tesi (radicale) che lui stesso aveva sostenuta. Intervenendo subito dopo l'on. Mortati, che aveva parlato di «lacuna volontaria», egli vi si era infatti fortemente opposto affermando che «si rende conto delle ragioni che possono aver consigliato a seguire questo criterio, ma personalmente è contrario a lasciare questa lacuna nella Costituzione, in quanto ritiene che il Presidente della Repubblica, come ogni altro cittadino, debba essere sottoposto, sebbene con certe cautele, alla legge. Né crede che il fatto che venga evitato il procedimento giudiziario possa essere sufficiente a salvaguardare il prestigio della carica, quando sulla persona del Presidente grava un'accusa o un sospetto di colpevolezza» (ivi, p. 1770).

Terracini ribadì ancora due volte la sua avversione per l'irresponsabilità extrafunzionale del Presidente della Repubblica, in entrambi i casi per contrastare la proposta Fabbri intesa a prevedere l'improcedibilità delle azioni penali per reati comuni per tutta la durata della carica. Durante la discussione egli dichiarò «di preferire una lacuna ad una disposizione che conferisca un privilegio troppo grande al Presidente della Repubblica, il quale è sempre un cittadino fra i cittadini anche se ricopre un ufficio politico. Non ammetterebbe, infatti, che per sette anni il Presidente della Repubblica non rispondesse alla giustizia del suo paese». Quando poi la proposta fu messa ai voti, il Presidente Terracini «personalmente dichiara che voterà contro, perché ritiene che il Presidente della Repubblica

A ciò si aggiunga: che l'art. 10 della legge n. 289 del 1989 prevede che il Parlamento in seduta comune, in caso di reato diverso da quelli previsti dall'art. 90 Cost., debba dichiarare la propria incompetenza e trasmettere gli atti all'autorità giudiziaria ordinaria per il prosieguo dell'azione penale¹⁰; che il Presidente Cossiga fu ritenuto responsabile per diffamazione e condannato civilmente in procedimenti iniziati durante il suo mandato¹¹ (è noto che nei processi per diffamazione il giudice civile deve incidentalmente accertare la commissione del reato); che la tesi della irresponsabilità per reati extrafunzionali del Presidente Cossiga venne respinta da codesta ecc.ma Corte con la sent. n. 154 del 2004, che in tale

in un regime democratico vada considerato come cittadino fra i cittadini, e come ogni altro debba osservare le leggi e rispondere alla giustizia del proprio Paese» (ivi, p. 1772).

Il testo dell'art. 85 approvato in Commissione e poi sottoposto all'Assemblea costituente era praticamente identico, nei commi 2 e 3, all'attuale art. 90.

Nella seduta antimeridiana del 24 ottobre 1947 furono respinti, dopo una lunga discussione, due analoghi emendamenti al testo della Commissione: uno dell'on. Bettiol («*Il Presidente della Repubblica, mentre dura in carica, non può essere perseguito per violazioni alla legge penale commesse fuori dell'esercizio delle proprie funzioni*») e l'altro dell'on. Monticelli («*Il Presidente della Repubblica non può essere sottoposto a procedimento penale durante l'esercizio delle sue funzioni*»). Conseguentemente fu respinto anche l'emendamento dell'on. Corbi aggiuntivo all'emendamento Bettiol, col quale si introduceva la seguente riserva: «...salvo che le Camere riunite non ravvisino un caso di impedimento», con la quale si intendeva conferire alle Camere la possibilità di escludere, dai reati extrafunzionali, almeno quelli più gravi (*Atti Ass. cost.*, sed. ant. 24 ottobre 1947, in *La Costituzione italiana nei lavori preparatori*, cit., vol. IV, cit., p. 3511 ss.).

Importante la precisazione dell'on. Ruini, Presidente della Commissione della Costituzione, a proposito della pretesa lacuna concernente la responsabilità extrafunzionale del Presidente della Repubblica. Rivolgendosi all'on. Monticelli, il Presidente Ruini disse: «Certo è che, dopo aver parlato della irresponsabilità negli atti di ufficio, non si dice nulla di questi fuori ufficio: si deve ritenere per essi la responsabilità; ma la Sottocommissione ha ritenuto che o si tratterà di violazioni lievi, e non si darà corso ai procedimenti; o di violazioni gravi, che rendano impossibile la sua permanenza in ufficio: nei quali casi si avrà una delle figure di impedimento, di cui parla altrove la Costituzione. L'argomento è così delicato che la Commissione ritenne a suo tempo che fosse meglio lasciarne la risoluzione alla prassi».

Dopo l'intervento fortemente contrario dell'on. Calosso, che sottolineò, tra l'altro, come non fosse democratico «togliere alla magistratura una zona del suo ufficio» (ivi, p. 3513) e quello dell'on. Fabbri che esaltò «la soluzione brillante del silenzio perché in una Costituzione non si possono prevedere tutte le infinite fattispecie» (ivi, p. 3516), l'Assemblea costituente respinse il seguente articolo aggiuntivo proposto dall'on. Monticelli: «*Il Presidente della Repubblica non può, mentre è in carica, essere sottoposto a procedimento penale per fatti estranei all'esercizio delle sue funzioni*» (ivi, p. 3516).

Di fronte ad una decisione così netta il «consapevole» silenzio - per come aveva giustamente pronosticato Ruini nella prima parte del suo intervento - assume tutt'altro significato. Se giustapposto alla proclamata irresponsabilità funzionale significa infatti che, per i comportamenti extrafunzionali, il Presidente della Repubblica è responsabile penalmente come qualsiasi altro cittadino.

¹⁰ La tesi è stata sostenuta da L. Carlassare, *Art. 90. Il Presidente della Repubblica*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Zanichelli- Foro italiano, Bologna-Roma, 1983, p. 152 già con riferimento agli artt. 12, 13 e 14 della legge n. 20 del 1962.

¹¹ V. Trib. Roma, 22 giugno 1993; Cass., sez. III civ., 27 giugno 2000, n. 8734; App. Roma, sez. II civ. 23 settembre 2004, n. 4024; Cass., sez. III civ., 23 febbraio 2010, n. 4325.

occasione rilevò, tra l'altro, che l'art. 90 Cost. *«sancisce la irresponsabilità del Presidente – salve le ipotesi estreme dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione – solo per “gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni”»* precisando poi, opportunamente, come sia da tenere rigorosamente *«ferma la distinzione fra atti e dichiarazioni che, per non essere esplicazione di tali funzioni, restano addebitabili, ove forieri di responsabilità, alla persona fisica titolare della carica, che conserva la sua soggettività e la sua sfera di rapporti giuridici, senza confondersi con l'organo che pro tempore impersona»*¹².

E deve essere ulteriormente sottolineato che le vicende relative alle leggi n. 140 del 2003 (c.d. lodo Schifani) e n. 124 del 2008 (c.d. lodo Alfano) - entrambe dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 24 del 2004 e n. 262 del 2009 -, nel prevedere espressamente la sospensione dei processi per reati extrafunzionali commessi dal Presidente della Repubblica, hanno attestato *urbi et orbi* che sia in sede politico-parlamentare sia da parte del Presidente della Repubblica si dava per scontato che l'improcedibilità per reati extrafunzionali non fosse desumibile dall'art. 90 Cost.¹³.

*

7.3. Quanto osservato ai nn. 7.2 e 7.3 è estremamente rilevante per il caso di specie. Infatti un'immunità assoluta potrebbe essere ipotizzata per il Presidente della Repubblica solo se, contraddicendo i principi dello Stato democratico-costituzionale, gli si riconoscesse una totale irresponsabilità

¹² Nella sent. n. 154 del 2004 si legge anche la seguente importante affermazione: *«É pertanto alla stessa autorità giudiziaria che spetta, in prima istanza, decidere circa l'applicabilità in concreto, in rapporto alle circostanze del fatto, della clausola eccezionale di esclusione della responsabilità. 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. Ma non può essere negata la competenza dell'autorità giudiziaria a pronunciarsi, nell'esercizio della sua generale funzione di applicazione delle norme, ivi comprese quelle della Costituzione»* (cons. in dir., n. 5). Sul punto, per acute considerazioni sulla posizione accolta dalla Corte in ordine alla limitata immunità del Presidente della Repubblica v. M.E. Mele, *Irresponsabilità penale del Capo dello Stato*, in R. Orlandi e A. Pugiotto (cur.), *Immunità politiche e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 324.

¹³ M. Volpi, *Introduzione*, in G. Fumu e M. Volpi (cur.), *Le immunità penali della politica*, cit., p. 12.

giuridica anche per i reati extrafunzionali¹⁴.

Una simile irresponsabilità finirebbe invece per coincidere con la qualifica di “**inviolabile**”, che caratterizza il Sovrano nelle monarchie ancorché limitate: una inviolabilità che - tenuta distinta dalla inviolabilità garantita dallo Statuto e dalle leggi a tutti i cittadini¹⁵ - implicava la **totale immunità** dalla legge penale¹⁶ nonché dal diritto privato quanto a particolari rapporti¹⁷.

E' ben vero che ancora oggi si ritiene che l'inviolabilità del Re, nell'ordinamento spagnolo, ne escluda del tutto la responsabilità civile e penale anche extrafunzionale¹⁸, e pertanto egli non può essere sottoposto né direttamente né indirettamente a “investigazione” penale (ma non quando venga in gioco la sicurezza nazionale)¹⁹. Inoltre si ritiene in dottrina che una legittima intercettazione di una conversazione telefonica nella quale accidentalmente figuri il Re come mero interlocutore non equivale a «investigare la persona del Re», e quindi la registrazione della conversazione ben potrebbe essere valutata dal giudice istruttore che ne ordinerà la distruzione solo se irrilevante ai fini delle indagini, mentre in caso contrario resterebbe agli atti qualora la sua distruzione possa danneggiare l'accusa oppure la difesa con conseguente violazione dell'art. 24 Cost. sp.

*

7.4. Deve infine essere sottolineato che il regime delle immunità costituzionali è strettamente connesso alla disciplina positiva delle varie prerogative costituzionali. Ne segue che la posizione di un dato organo

¹⁴ Sul punto v. gli ottimi rilievi critici di G. Roma, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente della Repubblica? Il caso della c.d. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2911.

¹⁵ G. Morelli, *Il Re*, Zanichelli, Bologna, 1899, p. 474; E. Crosa, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Bocca, Torino, 1922, p. 20; V. Miceli, *Diritto costituzionale*, Sel, Milano, 1913, p. 527.

¹⁶ Così F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. I, Utet, Torino, 1909, pp. 217 che identificavano l'inviolabilità con l'irresponsabilità assoluta per gli atti posti in essere sia come Capo dello Stato sia come uomo. Nello stesso senso G. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Bocca, Torino, 1913, p. 422; V. Miceli, *Diritto costituzionale*, cit., p. 527. E. Crosa, *La monarchia*, cit., p. 20 distingueva invece l'immunità dalla irresponsabilità pur riconoscendole entrambe al Sovrano.

¹⁷ G. Morelli, *Il Re*, cit., p. 504.

¹⁸ P. Biglino Campos, *La inviolabilidad de la persona del Rey y el refrendo*, in AA.VV., *La Monarquía parlamentaria*, VII Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, p. 207 ss.

¹⁹ Legge n. 11/2002 del 6 maggio, art. 5.

costituzionale nel nostro sistema politico costituisce la risultante dei suoi poteri e dei suoi doveri come costituzionalmente previsti. Dalla riassuntiva posizione di tale organo nel sistema non si possono perciò implicare ulteriori poteri o estendere aree di irresponsabilità, in entrambi i casi con un criticabile olismo²⁰.

In altri termini, e con specifico riferimento alla posizione del Presidente, non può ritenersi che l'essere egli il rappresentante dell'unità nazionale possa costituire la fonte di ulteriori poteri, quale, nella specie, il potere di esigere la distruzione della documentazione delle intercettazioni di tutte le telefonate a lui rivolte ancorché inviate da soggetti sottoposti ad indagine penale. Quindi la posizione del Presidente della Repubblica si affianca, a livello paritario, agli altri poteri dello Stato²¹.

E pertanto, come sarebbe inammissibile la pretesa del Parlamento a porsi come *Grand Inquest of the Nation* (come in un non lontano passato si è tentato di riproporre in Italia ritenendo che le Camere potessero disporre inchieste su tutti e su tutto)²², così la qualifica di Capo dello Stato attribuita al Presidente della Repubblica non significa che le funzioni del Presidente della Repubblica ne vengano ulteriormente esaltate e poste in una situazione di primazia²³, essendo indiscussa la carenza di poteri "attivi" in capo al Presidente della Repubblica.

* * *

²⁰ V. ancora **G. Roma**, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente della Repubblica?*, cit., p. 2897 s. ed ivi ulteriori indicazioni.

²¹ In questo senso, a partire da **Santi Romano**, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato* (1898), ora in **Id.**, *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 12, v., tra i molti, **P. Virga**, *Diritto costituzionale*, IX ed., Giuffrè, Milano 1979, p. 81; **A. Pizzorusso**, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Jovene, Napoli, 1988, p. 153 s.; **E. Spagna-Musso**, *Diritto costituzionale*, III ed., Cedam, Padova, 1990, p. 73; **T. Martines**, *Diritto costituzionale*, X ed., Giuffrè, Milano, 2005, p. 174; **G. U. Rescigno**, *Corso di diritto pubblico*, XIII ed., Zanichelli, Bologna, 2010, p. 300; **G. de Vergottini**, *Diritto costituzionale*, VII ed., Cedam, Padova, 2010, 457; **R. Bin e G. Pitruzzella**, *Diritto pubblico*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 23.

²² Ci si consenta di rinviare, per critiche a tale tesi, a **A. Pace**, *Il potere d'inchiesta delle assemblee legislative. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 15, 65, 137, 141, 171.

²³ E' nota la tesi secondo la quale l'attribuzione al Presidente della Repubblica di una posizione di superiorità rispetto agli altri organi costituzionali sarebbe condizionata dalla ricostruzione "mistica" del Capo dello Stato. Sul punto v. le fondamentali pagine (e anche le critiche) di **C. Esposito**, voce *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 226 e 233 ss. Critico della c.d. superiorità del Capo di Stato sugli altri organi costituzionali è anche **A. Baldassarre**, *Il Capo dello Stato*, in **G. Amato e A. Barbera** (cur.), *Manuale di diritto pubblico*, V ed., il Mulino, Bologna, 1984, p. 228.

8. Due necessarie puntualizzazioni

Prima di analizzare i singoli passaggi del ricorso con i quali l'Avvocatura generale dello Stato articola la dimostrazione del suo assunto, sono necessarie due puntualizzazioni.

8.1 In primo luogo deve sottolinearsi che, contrariamente a quanto autorevolmente rilevato in un articolo dello scorso agosto nel quale si sono criticamente prospettate talune perplessità sulla presente iniziativa del Presidente della Repubblica²⁴, la vicenda che ci occupa non è disciplinata da meri principi ma *da ben precise regole e, soprattutto, l'ordinamento non presenta in proposito alcuna lacuna normativa.*

E' infatti indiscutibile che tanto l'art. 90 Cost., quanto l'art. 7 comma 3 della legge n. 289 del 1989 non esprimono meri principi, come tali suscettibili di una pluralità di interpretazioni, ma regole.

Così è a dire per l'art. 90 Cost., in quanto, come s'è visto, l'interpretazione sia storica, sia letterale che sistematica di tale disposizione concorrono a **negare l'irresponsabilità del Presidente della Repubblica per atti e comportamenti posti in essere fuori dell'esercizio delle sue funzioni** (v. *supra*, § 7.2.); e altrettanto deve dirsi per il cit. art. 7 perché, interpretato alla luce della giurisprudenza di codesta Corte (sentenze nn. 390 del 2007, 113 e 114 del 2010), esso **vieta soltanto l'intercettazione diretta e quella la cui direzione dell'«atto d'indagine» miri «in concreto, ad accedere nella sfera delle comunicazioni» dell'interlocutore.**

A proposito delle «intercettazioni “casuali” o “fortuite”» va infine detto che non solo l'art. 7 della legge n. 289 del 1989 non le vieta, ma non potrebbe nemmeno vietarle, in quanto **un divieto può avere ad oggetto una condotta volontaria, non un fatto fortuito.**

*

8.2 Una seconda puntualizzazione deve essere effettuata con riferimento al contenuto delle conversazioni intercettate. A tal riguardo deve essere sottolineato che è assolutamente pacifico, in Italia e in altri ordinamenti costituzionali, che, ai fini della tutela sia della libertà sia della segretezza della corrispondenza nonché di qualsiasi altra forma di comunicazione, è

²⁴ **G. Zagrebelsky**, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio della Costituzione*, ne *La Repubblica*, 17 agosto 2012, p.1 s.i.

assolutamente irrilevante il contenuto della conversazione²⁵, quale che ne sia il mittente o il destinatario.

Ne segue che altrettanto **irrilevante, per le conversazioni telefoniche, è la distinzione tra atti funzionali e atti non funzionali**, come invece vorrebbe l'Avvocatura generale dello Stato per farne conseguire che tutte le conversazioni a cui prenda parte il Presidente della Repubblica, costituendo atti di funzione, godrebbero dell'immunità.

Ciò è senz'altro vero per le "manifestazioni" (e cioè per le espressioni pubbliche) del Presidente della Repubblica, con riferimento alle quali può ben sostenersi che esse costituiscono sempre esercizio di funzione pubblica e non di libertà privata²⁶. Non è invece esatto per le conversazioni telefoniche il cui contenuto - attinente all'esercizio di una pubblica funzione, o meno - non è identificabile dal terzo (e cioè dall'esterno).

Non a caso la segretezza, che caratterizza la libertà di comunicare con mezzi atti ad assicurarla²⁷, è stata autorevolmente qualificata come un concetto meramente "formale"²⁸.

*

9. Considerazioni critiche sui singoli passaggi

Ciò premesso, si ritiene doveroso, con riferimento ai singoli passaggi del ricorso qui di seguito trascritti, formulare le seguenti osservazioni:

a) (ric., p. 7): *«L'irresponsabilità del Presidente della Repubblica non è solo una irresponsabilità giuridica per le conseguenze penali, amministrative e civili eventualmente derivanti dagli atti tipici compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni, ma anche una irresponsabilità politica diretta a garantire la piena libertà e la sicurezza di tutte le modalità di*

²⁵ V., in questo senso **P. Barile e E. Cheli**, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 744; **C. Troisio**, *Corrispondenza (libertà e segretezza della)*, in *Enc. giur.*, vol. X, Ist. Enc. it., Roma, 1988, p. 2; **F. Donati**, *Art. 15*, in **R. Bifulco**, **A. Celotto**, **M. Olivetti**, *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino, 2006, p. 364.

²⁶ Si vedano sul punto le considerazioni di **A. Pace**, *Esternazioni presidenziali e forma di governo*, ora in **Id.**, *I limiti del potere*, Jovene, Napoli, 2008, p. 75 s.

²⁷ Come ormai è pacifico in dottrina, la tutela dell'art. 15 Cost. concerne le sole comunicazioni effettuate in forma riservata, e ciò per distinguerle dalle "manifestazioni" a persona determinata, come ad es. le cartoline postali, le quali non tutelano la riservatezza (né pretendono di tutelarla) e alle quali quindi si applica la disciplina dell'art. 21 Cost. e non dell'art. 15 Cost..

²⁸ Così il Tribunale costituzionale spagnolo, sent. 114 del 1984.

esercizio delle funzioni presidenziali».

L'Avvocatura generale dello Stato, anziché far conseguire la irresponsabilità giuridica del Presidente (art. 90 Cost.) dalla sua irresponsabilità politica (art. 89 Cost.) - come dovrebbe essere secondo i principi e secondo la storia²⁹ -, rovescia, in questo e in altri passaggi, il rapporto tra i due termini; dopo di che, sulla base di un vago concetto di irresponsabilità politica (vago proprio perché non si preoccupa dei necessari collegamenti con la responsabilità ministeriale, che è ciò che rende irresponsabile politicamente il Presidente della Repubblica e ne delimita la irresponsabilità giuridica) fa discendere dalla irresponsabilità politica, *omisso medio*, «la piena libertà e sicurezza di tutte le modalità di esercizio delle funzioni presidenziali».

Una cosa però è che la garanzia degli atti e comportamenti presidenziali ne implichi la riservatezza, altra cosa è che tale riservatezza, connessa alla irresponsabilità politica, finisca per eccedere la garanzia comunemente assicurata dai mezzi di volta in volta utilizzati³⁰.

*

b) (ric., p. 7): «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: si tratta, dunque, di una immunità sostanziale e permanente imputata all'organo costituzionale e posta a protezione della persona fisica che ne è titolare».

L'affermazione in esame non è condivisibile. Non solo essa parte dalla premessa dell'esistenza di una discutibilissima irresponsabilità politica (v. *supra*, *sub a*), ma sulla base di tale opinabile premessa giunge ad affermare «l'assoluta riservatezza di tutte le attività del Presidente della Repubblica

²⁹ V. sul punto, tra i molti, V. Crisafulli, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia* (1957), ora in *Id.*, *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 167 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., tomo I, Cedam, Padova, 1975, p. 540 ss.; S. Galeotti e B. Pezzini, voce *Presidente della Repubblica italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, Utet, Torino, 1996, p. 444; P. Veronesi, voce *Responsabilità penale costituzionale del Presidente della Repubblica*, *ivi*, vol. XIII, Utet, Torino, 1997, p. 275 s.; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, III ed., Cedam, Padova, 1998, p. 463 e, da ultimo, con specifico riferimento all'analoga vicenda dell'intercettazione indiretta e casuale del 1997 all'allora Presidente Scalfaro, v. G. Roma, *Un altro passo verso l'invulnerabilità del Presidente della Repubblica?*, cit., p. 2899 s.

³⁰ Dovrebbe essere intuitivo – e in dottrina è stato sottolineato – che, nel rapporto tra facoltà e mezzi, è il mezzo a determinare l'ambito operativo delle facoltà.

che sono propedeutiche e preparatorie rispetto al compimento degli atti tipici e pubblici attraverso i quali esercita formalmente i propri poteri», per poi concludere «si tratta, dunque, di una immunità sostanziale e permanente imputata all'organo costituzionale e posta a protezione della persona fisica che ne è titolare».

Coerentemente con quanto sopra esposto, una volta negato, alla luce della più volte richiamata sent. n. 390 del 2007, che il divieto di cui all'art. 7 comma 3 legge n. 289 del 1989 possa applicarsi alle intercettazioni telefoniche **casuali** (il che, come s'è detto, è addirittura contrario a logica) e che tali sono le quattro intercettazioni indirette nelle quali è rimasto accidentalmente coinvolto il Presidente della Repubblica (v. *supra*, § 6 *sub aa*), viene meno la conseguenza che da tale premessa si vorrebbe trarre da Controparte, e cioè l'esistenza «di una immunità sostanziale e permanente imputata all'organo costituzionale e posta a protezione della persona fisica che ne è titolare».

Pertanto, l'intercettazione della conversazione del Presidente della Repubblica che sia occasionale, del tutto involontaria, non evitabile e non prevenibile, non può, in ragione di tali sue caratteristiche, integrare, in sé, alcuna lesione di prerogative presidenziali quale che sia il contenuto della conversazione.

*

c) (ric., p. 8): *«Nell'espletamento di questi compiti» - e cioè dei compiti di «garanzia complessiva del corretto andamento del sistema» - «al Presidente della Repubblica deve essere assicurato il massimo di libertà di azione e di riservatezza, appunto perché alcune attività che egli pone in essere, e certamente non poco significative, non hanno un carattere formalizzato».*

Il rilievo secondo il quale al Presidente della Repubblica, nell'espletamento dei suoi compiti di «garanzia complessiva del corretto andamento del sistema», «debba essere assicurato il massimo di libertà di azione e di riservatezza» in tanto può essere condiviso in quanto, per altra via, non si pretenda - come già con il passaggio **sub b)** - di sostenere che, sulla base dell'art. 90 Cost., possa essere predicata un'immunità eccedente gli stessi limiti del dato normativo, con le gravi conseguenze di cui si dirà in prosieguo (v. *infra*, § 10).

*

d) (ric., p. 8): *«Il perseguimento delle finalità costituzionali caratterizza, dunque, l'attività, sia formalizzata sia non formalizzata, del Presidente della Repubblica connotandola in senso funzionale, così che la protezione derivante dall'immunità prevista dall'art. 90 della Costituzione ricomprende tutti gli atti presidenziali, nei quali siano appunto rinvenibili quelle finalità».* Tale affermazione, oltre che infondata giuridicamente, perviene a conseguenze paradossali, nella misura in cui da un lato erroneamente ritiene che la distinzione tra gli atti funzionali e non funzionali sia rilevante anche nella disciplina delle comunicazioni telefoniche (v. *supra*, § 8.2.); dall'altro pretende di sostenere che non solo nelle allocuzioni pubbliche ma anche nelle comunicazioni riservate, **il Presidente parlerebbe sempre e soltanto come Capo dello Stato.**

*

e) (ric., p. 8 s.): *«La Costituzione ha in effetti delineato un equilibrato rapporto tra poteri e responsabilità ed in quest'ottica garantistica l'immunità del Presidente della Repubblica non può essere affatto considerata come un'inammissibile rottura del principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, ma come strumento indispensabile per consentire il più efficace conseguimento degli obiettivi prefissati in Costituzione».*

Segue da quanto argomentato *sub c)* che in tanto si può affermare, con l'Avvocatura generale dello Stato, che *«l'immunità del Presidente della Repubblica non può essere affatto considerata come un'inammissibile rottura del principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge»*, in quanto i limiti alle prerogative presidenziali non siano travalicati, come invece avverrebbe estendendo il divieto *ex art. 7* anche alle comunicazioni di cui il Presidente sia il destinatario.

E' evidente che, in tal caso, si sarebbe in presenza di una disparità di trattamento con gli altri cittadini (così la sent. n. 390 del 2007, che si collega sul punto alla sent. n. 24 del 2004) e vi sarebbe una evidente violazione del diritto di difesa del terzo che fosse contrario alla distruzione del documento per motivi processuali (sent. n. 463 del 1994). Infine, vi sarebbe una plateale violazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), su cui torneremo in conclusione.

*

f) (ric., p. 9): *«L'art. 90 della Costituzione rappresenta, (...) al tempo stesso, anche un limite alle attribuzioni degli altri poteri dello Stato che, ove non correttamente esercitati, menomerebbero le prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica».*

Con l'argomentazione testé trascritta, l'Avvocatura generale dello Stato, dopo aver ipostatizzato il concetto di **immunità presidenziale**, ne fa discendere l'esistenza di **limiti** addirittura **positivi** a carico degli altri poteri dello Stato (**v. supra, § 1**) - francamente contrastanti con la parità dei poteri dello Stato -, limiti positivi che, con riferimento all'a.g.o., finirebbero per risolversi anche nella violazione dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.).

Con il che viene palesemente contraddetta l'affermazione riportata **sub e**), secondo la quale la Costituzione avrebbe disegnato «*un equilibrato rapporto tra poteri e responsabilità*» del Presidente della Repubblica. Se, in conseguenza dell'immunità presidenziale, si volesse sostenere che non debba più essere il giudice, a seguito di contraddittorio con le parti processuali, a dover disporre la distruzione della documentazione della registrazione, bensì il p.m., senza nessuna garanzia per le parti in causa, sarebbe allora evidente come il concetto di "immunità presidenziale" sia stato utilizzato aldilà dei suoi giusti confini.

*

g) (ric., pp. 10 e 11): *«...questo divieto assoluto di intercettazione diretta delle conversazioni del Capo dello Stato è legislativamente ed espressamente stabilito per i due soli reati, per i quali, secondo la previsione dell'art. 90 della Costituzione, può essere messo in stato di accusa il Presidente della Repubblica. Se c'è dunque, in questi casi, un divieto di intercettazione diretta nel periodo in cui il Presidente è in carica è naturale che debba esistere anche un divieto altrettanto assoluto delle intercettazioni, qualora fossero captate in modo indiretto o casuale. Quello, infatti, che si desume con assoluta chiarezza dal combinato disposto dell'art. 90 della Costituzione e dell'art. 7, comma 3, della legge 5 giugno 1989 n. 219 citata, è, appunto, l'impossibilità di intercettare e anche, se del caso, di utilizzare il testo di quelle intercettazioni, proprio perché il Presidente della Repubblica, anche se messo in stato di accusa, non può, fino a quando è in carica, subire alcuna limitazione nelle sue comunicazioni, dato che, altrimenti,*

risulterebbe lesa la sua sfera di immunità (...). Tali considerazioni portano a concludere che il divieto di intercettazione riguarda anche le c.d. intercettazioni indirette o casuali comunque effettuate mentre il Presidente della Repubblica è in carica».

L'affermazione secondo la quale «Se c'è (...) un divieto di intercettazione diretta nel periodo in cui il Presidente è in carica è naturale che debba esistere anche un divieto altrettanto assoluto delle intercettazioni, qualora fossero captate in modo indiretto o casuale» si risolve in una petizione di principio.

Il fatto che sia vietata l'intercettazione diretta delle comunicazioni del Presidente della Repubblica non significa che siano vietate anche le intercettazioni indirette ancorché casuali (v. *supra*, *sub a*). Le due ipotesi sono diverse tra loro e quindi la seconda non può rientrare nella prima.

*

h) (ric., p. 11): *«Se questa è la ratio del sistema che impone divieto assoluto di usare e di utilizzare tali mezzi di prova riguardo ai reati presidenziali, lo stesso divieto di uso e di utilizzazione dei medesimi mezzi di prova, certamente limitativi della libertà di comunicazione del Presidente, non può logicamente, anche nel silenzio della legge, non estendersi ad altre fattispecie di reato che possano a diverso titolo coinvolgere il Presidente. Ed ancor più inammissibile è la possibilità di utilizzazione di conversazioni intercettate occasionalmente nell'ambito di fattispecie riguardanti reati che non possono essere addebitati al Presidente, come, appunto, si verifica nel caso del conflitto in esame».*

Tale affermazione dell'Avvocatura, di per sé considerata - e a prescindere dal criticabilissimo contesto nella quale essa si colloca (ric., pp. 10-11: v. *supra*, *sub g*) -, è di estrema gravità almeno sotto due aspetti. In primo luogo è grave l'affermazione secondo la quale il divieto di intercettazioni ex art. 7, esteso alle intercettazioni casuali, non potrebbe non «estendersi ad altre fattispecie di reato che possano a diverso titolo coinvolgere il Presidente» (anche i reati extrafunzionali ?!)³¹. In secondo

³¹ E' ben vero che in dottrina si è sostenuto che l'art. 7 comma 3 si estenderebbe anche a ipotesi diverse dall'art. 90 Cost., ma lo si è fatto nel presupposto che il divieto previsto in tale comma si intenda limitato alle intercettazioni dirette. In tal senso v. **A. Pace**, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia*, in **G. Fumu e M. Volpi** (cur.), *Le immunità penali della politica*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 38.

luogo è altrettanto grave che l'Avvocatura generale dello Stato sostenga che dovrebbero essere inutilizzabili *«le conversazioni intercettate occasionalmente nell'ambito di fattispecie riguardanti reati che non possono essere addebitati al Presidente»*.

Così argomentando, non ci si rende conto che per salvaguardare un'ipotetica immunità presidenziale si finirebbe per pregiudicare, nella sua pienezza lo stesso esercizio dell'azione penale (v. *infra*, § 10).

*

Le conseguenze del non auspicato accoglimento del ricorso

10. Infatti, qualora codesta ecc.ma Corte, in denegata ipotesi, ritenuto ammissibile il ricorso avversario, lo accogliesse, le conseguenze sarebbero, tra l'altro, le seguenti: si renderebbe *ex se* illecito anche l'ascolto occasionale nel contesto di un'intercettazione debitamente autorizzata; si impedirebbe al magistrato penale di prendere cognizione del contenuto della comunicazione sia pure al fine di apprezzare la sussistenza di un illecito a carico di altro soggetto; si determinerebbe un effetto preclusivo ed estintivo a favore dell'altro/i soggetto/i partecipanti al colloquio, non protetti da alcuna irresponsabilità e quindi soggetti alla giurisdizione penale per il contenuto delle comunicazioni effettuate; si imporrebbe al magistrato la immediata distruzione delle intercettazioni contenenti l'ascolto occasionale solo in apparente applicazione dell'art. 271 c.p.p. (ma senza l'osservanza delle formalità processuali previste da codesta ecc.ma Corte nella sent. n. 463 del 1994).

Ma non basta. Una volta accolto il ricorso del Presidente della Repubblica, i magistrati sarebbero indotti, nel dubbio, ad astenersi dal disporre intercettazioni a carico di tutti coloro che, ancorché sottoposti ad indagine penale, potrebbero avere titolo, in ragione di attuali o pregressi rapporti o funzioni precedenti svolte, a comunicare direttamente con il Presidente della Repubblica.

Ci si deve però onestamente chiedere se una garanzia dell'immunità presidenziale, così irrazionalmente dilatata al di là dei limiti segnati per le intercettazioni legittime dalle sentenze nn. 390 del 2007, 113 e 114 del 2010, non finisca per costituire una violazione dell'obbligatorietà dell'azione

penale (art. 112 Cost.)³², e ciò per motivi privi di fondamento in Costituzione ed anzi contrari alla giurisprudenza di codesta Corte³³, e tutt'affatto irrazionali.

*

Di fronte ad una così vistosa serie di gravi conseguenze derivanti da una eventuale decisione di accoglimento del ricorso, la Procura della Repubblica di Palermo insiste perciò per l'accoglimento delle seguenti

CONCLUSIONI

«Piaccia alla Corte costituzionale di respingere il ricorso

- *in rito* per inammissibilità dello stesso: a) in quanto con esso si chiede a codesta ecc.ma Corte di ordinare al p.m. un *facere* - e cioè «l'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche **casuali** del Presidente della Repubblica» - che non rientra nei poteri processuali del p.m. né ai sensi dell'art. 269 comma 2 né ai sensi dell'art. 271 comma 3 c.p.p.; b) per contraddittorietà di esso derivante dal contrasto del *petitum* con la motivazione;

- in subordine, se ne chiede il rigetto **nel merito** per infondatezza alla luce di tutte le ragioni sopra illustrate.

- dichiarando, a tal fine, che «*non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo provvedere all'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica, mancando una norma che attribuisce al pubblico ministero un siffatto potere*».

Roma, 12 ottobre 2012

Prof. Avv. Alessandro Pace

Prof. Avv. Giovanni Serges

Prof. Avv. Mario Serio

³² L'importanza dell'art. 112 Cost. anche in collegamento con l'art. 3 Cost. è stata affermata da codesta Corte nelle sentenze nn. 84 del 1979, 88 del 1991, 420 del 1995, 121 del 2009.

³³ E' evidente il contrasto dell'eventuale decisione di accoglimento con quanto a suo tempo statuito, tra l'altro, nelle sentenze nn. 463 del 1994, 24 e 154 del 2004, 390 del 2007, 262 del 2009, 113 e 114 del 2010.