

**Intercettazioni telefoniche senza pace:
il conflitto di attribuzioni tra Capo dello Stato e
Procura della Repubblica di Palermo
Marco Petrini**

1. Con il ricorso per conflitto di attribuzione del 30 luglio 2012 il Presidente della Repubblica ha inteso rivendicare la integrità delle proprie prerogative, come previste dall'art. 90 della Costituzione, a fronte della attività istruttoria di intercettazione posta in essere dalla Procura della Repubblica di Palermo nell'ambito delle indagini sulla cosiddetta «trattativa Stato-mafia».

Ha ritenuto, nello specifico, di non condividere la tesi sostenuta da quell'Ufficio inquirente, che, avendo casualmente captato conversazioni telefoniche del Presidente, durante il controllo di utenza di altra persona, ha affermato l'inesistenza di norme impositive della immediata cessazione dell'ascolto o della registrazione, e inoltre la necessità che alla successiva distruzione delle medesime conversazioni si proceda, previa valutazione della loro irrilevanza, solo dietro autorizzazione del GIP e dopo aver sentito le parti.

Rileva l'Avvocatura Generale dello Stato che ha redatto il ricorso, che, in coerenza con il citato art. 90, l'art. 7, co. 3, legge n. 219 del 1989 stabilisce il divieto assoluto di intercettazione e di altri mezzi invasivi di acquisizione della prova nei confronti del Presidente della Repubblica, salvo il caso in cui la Corte Costituzionale ne abbia già disposto la sospensione dalla carica.

Il conflitto pertanto si incentra sull'ambito di estensione dell'immunità che le predette disposizioni attribuiscono al Capo dello Stato.

Si osserva nel ricorso che a tale carica, in ragione degli altissimi compiti ad essa riservati, va garantito il massimo di libertà di azione e di riservatezza in quanto la sua attività, sia formalizzata che non formalizzata, è volta al perseguimento delle tipiche finalità costituzionali.

Di conseguenza, la protezione assicurata dalla immunità contemplata dall'art. 90 Cost. si estende a tutti gli atti presidenziali, nei quali siano rinvenibili quelle finalità.

D'altronde, tale norma segna, contemporaneamente, un limite alle attribuzioni degli altri poteri dello Stato, i quali, se non correttamente esercitati, violerebbero le prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica.

Sottolinea poi l'Avvocatura che il divieto assoluto di intercettazione diretta delle sue conversazioni è espressamente previsto per i due soli reati per i quali può essere messo in stato di accusa, ma egli, fin quando è in carica, non può comunque subire alcuna limitazione nelle sue comunicazioni.

Ne discende, alla luce di una interpretazione sistematica, che lo stesso divieto non può non ricomprendere, pur nel silenzio della legge, le conversazioni intercettate occasionalmente, mentre il Presidente è in carica, all'interno di procedimenti riguardanti altre persone.

Configurandosi pertanto il 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 palermitana, 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.

Deve infatti escludersi, perché del tutto inconferenti, la applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 268, co. 4, 269 e 270 c.p.p.

Né, ancora, si può ritenere estensibile in via analogica alle intercettazioni indirette o casuali del Presidente della Repubblica la disciplina dettata dall'art. 6 legge n. 140 del 2003, in considerazione della assoluta impossibilità di assimilazione della sua posizione, e della relativa *ratio* di tutela, a quella del parlamentare.

In tale contesto, come connotato dalla portata assorbente della immunità derivante dalla irresponsabilità prevista dall'art. 90 Cost., non può ammettersi una diversa interpretazione – come quella invece perorata dalla Procura di Palermo – secondo cui il citato art. 7, co. 3, varrebbe solo per le intercettazioni dirette di conversazioni del Capo dello Stato, e sarebbe inoltre insuscettibile di applicazione al caso di specie l'art. 271 c.p.p.

Di più: secondo l'Avvocatura, costituiscono oggettivi elementi di prova di un non corretto uso del potere giurisdizionale da parte del Pubblico Ministero procedente l'aver quantomeno registrato le intercettazioni nelle quali casualmente e indirettamente era coinvolto il Presidente della Repubblica, e le circostanze che i contenuti captati ancora permangono agli atti del processo e ne è stata addirittura valutata l'(ir)rilevanza, e che si prospetta lo svolgimento dell'udienza camerale regolata dall'art. 268 c.p.p. per stabilirne l'acquisizione o la distruzione, previa instaurazione del contraddittorio sul punto.

Si tratta di attività che, tutte, comportano menomazione delle prerogative e dell'immunità riconosciute al Capo dello Stato, alterandosi gravemente, al tempo stesso, l'assetto dei poteri previsti dalla Costituzione.

In conclusione, il Presidente della Repubblica chiede che la Corte Costituzionale dichiari che non spetta alla Procura della Repubblica di Palermo omettere la immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del

Presidente medesimo, né spetta valutarne la (ir)rilevanza offrendole alla udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p.

2. Il deposito del ricorso ha registrato soprattutto sui *media* diverse prese di posizione, alcune di segno favorevole alla decisione assunta dal Presidente Napolitano (fra esse, quella di Eugenio Scalfari), altre di segno contrario (come da parte di Franco Cordero).

Una testata giornalistica ha ospitato l'opinione di Giovanni Salvi, Procuratore della Repubblica di Catania, 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.

Il medesimo quotidiano ha poi riportato la replica di Francesco Messineo, Procuratore della Repubblica di Palermo, che ha ribadito essere l'art. 268 c.p.p. l'unica disposizione che può disciplinare il caso di specie. L'art. 271, infatti, è norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica al di fuori delle ipotesi da essa specificamente contemplate, e fra queste non rientrano le conversazioni del Presidente della Repubblica.

Si tratta certo di una lacuna inammissibile, puntualizza il Capo della Procura palermitana, cui peraltro possono porre rimedio esclusivamente il Legislatore o la Corte Costituzionale.

Allo stato, al magistrato ordinario è certamente precluso ampliare la portata formale dell'art. 271 c.p.p., ricavandola dall'art. 90 della Costituzione.

Vi è piuttosto l'obbligo di attivare la procedura camerale regolata dal predetto art. 268 c.p.p., fermo rimanendo il divieto per il p.m. procedente di disporre di sua iniziativa la distruzione delle intercettazioni.

3. Pochi invece i commenti degli studiosi, causa forse le prevalenti ferie d'agosto.

Certo è vicenda delicata e complessa, che tocca materia e rapporti particolarmente sensibili, e che non conosce precedenti specifici nella storia del nostro ordinamento.

Solo nel 1997 si diede il caso di una intercettazione riguardante l'allora Presidente Scalfaro, che peraltro, per effetto dell'interpellanza presentata da Francesco Cossiga, conobbe solo lo sbocco parlamentare della audizione in Sena-

to del Ministro della Giustizia Giovanni Maria Flick – sulla quale si tornerà in seguito.

Il Presidente Napolitano ha invece deciso di intervenire in prima persona, sollevando puntuale conflitto di attribuzione nei riguardi della Procura di Palermo, sul presupposto che si versi non in una ipotesi di irrilevanza della conversazione captata rispetto alle indagini in atto, bensì di una grave ipotesi di illegittimità della stessa intercettazione.

Nella prospettiva delineata dall'Avvocatura Generale, il Capo dello Stato non può andare soggetto a intercettazione né diretta (ossia su utenza a lui riconducibile), né indiretta (vale a dire quando è controllata utenza riferibile a soggetti diversi), e ciò perché l'art. 7 legge n. 219 del 1989 ammette tale mezzo di ricerca della prova nelle sole evenienze di incriminazione per alto tradimento o attentato alla Costituzione, e solo a seguito della sospensione dalla carica del Presidente ad opera della Corte Costituzionale, previa specifica richiesta dell'apposito comitato parlamentare.

Anzitutto per ragioni di logica, quindi, il Presidente non sarebbe legalmente sottoponibile a intercettazione nel presente caso: la captazione controversa afferisce infatti a indagini, in realtà avviate a carico unicamente di altre persone; inoltre, il suo coinvolgimento nell'ascolto è stato del tutto casuale.

La conversazione che ne forma oggetto, dunque, va distrutta immediatamente, non essendo suscettibile di alcuna valutazione in termini di rilevanza e non potendo tantomeno essere offerta alla *discovery* delle parti nella sede dell'udienza di cui all'art. 268 c.p.p.

4. La Costituzione del 1948 ha sancito la non responsabilità del Capo dello Stato, salvi i casi espressamente previsti, per quanto concerne gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni; nulla invece è stabilito relativamente agli atti posti in essere al di fuori di tali funzioni.

L'immunità così prevista dall'art. 90 Cost. riguarda solo gli atti che costituiscono esercizio delle funzioni presidenziali e le dichiarazioni strumentali o accessorie rispetto a tale esercizio.

Tale immunità non può considerarsi estesa automaticamente a dichiarazioni extrafunzionali, se pur dirette a difendere la persona fisica del titolare della carica.

Per i reati commessi in assenza di qualunque connessione con le dette funzioni, si ritiene invece che il Capo dello Stato sia penalmente responsabile e perseguibile come ogni altro cittadino.

In realtà, la discussione sulla ampiezza della immunità riconosciuta al Presidente della Repubblica non si è mai veramente sopita.

Nella materia *de qua* la questione si ripropone sotto il profilo della ammissibilità o meno della captazione delle sue conversazioni.

Come si è già visto, la lettura congiunta del predetto art. 90 e dell'art. 7 legge n. 219 del 1989 induce a reputare preclusa, fin quando permane la carica, ogni forma di intercettazione diretta.

Naturalmente, discendendo questa garanzia esclusivamente dall'esercizio delle funzioni presidenziali, a identica conclusione si deve pervenire, onde evitare palesi contraddittorietà e soprattutto paradossali illogicità, anche per le ipotesi di intercettazioni casuali.

Sotto altro profilo, si deve considerare la portata dell'art. 6 della già citata legge n. 140 del 2003 (come modificato dalla sentenza n. 390 del 2007 della Corte Costituzionale), per osservare che di certo al Capo dello Stato non si può riservare in materia tanto critica e delicata una protezione più debole di quella riconosciuta ai parlamentari, consistente fra l'altro, si ricorda, nella facoltà accordata ai medesimi, qualora intercettati nel corso di procedimenti riguardanti terze persone, di chiedere al GIP, a tutela della loro riservatezza, la distruzione integrale delle conversazioni captate previa valutazione della loro irrilevanza.

E peraltro, la dottrina costituzionalistica più attenta non mancò all'epoca di avvertire che con la detta legge del 2003 poteva solo apparentemente reputarsi corretta una originaria svisa del legislatore costituente, che avrebbe lasciato giusto il Presidente della Repubblica sprovvisto di ogni forma «generalizzata» di immunità, con ciò ingiustificatamente differenziandolo sia rispetto ai Ministri (che potevano avvalersi della norma di cui all'art. 96 Cost.), sia rispetto a qualsiasi parlamentare (munito delle garanzie contemplate dall'art. 68 Cost.).

Quella della Assemblea Costituente fu invece una opzione ben precisa e consapevole per rimarcare ulteriormente il rilievo di un ruolo e di una carica assolutamente diversi da tutti gli altri organi dello Stato, in considerazione della natura primaria ed esclusiva delle funzioni assegnate.

5. Prima di tirare le fila del discorso, va ancora ribadita la peculiarità del caso in esame: è stata captata una conversazione telefonica del Presidente Napolitano nel corso delle intercettazioni disposte su utenza privata in uso ad altra persona; per detta della stessa magistratura inquirente, essa è stata già valutata come irrilevante ai fini del procedimento in corso, per cui non se ne prevede

alcuna forma di utilizzazione processuale, bensì la sola distruzione, da effettuare con l'osservanza delle formalità di legge.

Si tratta di precisi dati fattuali, che costituiranno la imprescindibile base valutativa per il giudizio che sarà tenuta a esprimere la adita Corte Costituzionale.

Questa, una volta verificata la ammissibilità del conflitto, dovrà risolvere la controversia portata al suo scrutinio, stabilendo come dovrà essere esercitato correttamente il potere giurisdizionale in questione, in modo da non violare le attribuzioni dell'altra istituzione dello Stato interessata (Presidenza della Repubblica).

Si potrebbe ipotizzare un duplice esito.

E' stata *supra* richiamata la audizione parlamentare dell'allora Ministro della Giustizia Flick a seguito della pubblicazione sulla stampa di una intercettazione riguardante il Presidente Scalfaro.

In quella occasione (seduta del Senato del 7 marzo 1997) egli ammonì come il citato art. 7 della legge n. 219 del 1989 dovesse essere interpretato nel senso di precludere ogni forma di intercettazione del Presidente della Repubblica, sia diretta che indiretta. Osservò che, essendo la libertà di comunicazione un connotato essenziale dell'esercizio delle funzioni presidenziali, la correlativa libertà e segretezza delle conversazioni non poteva essere soggetta ad alcuna menomazione.

L'ovvietà di tale affermazione, discendente in realtà già dalla interpretazione sistematica delle norme che regolano la posizione e le attribuzioni costituzionali della figura del Presidente, importa che la sua libertà di determinazione e comunicazione non possa subire alcuna limitazione, neppure da parte di altra autorità. Non si tratta di un privilegio della persona, concludeva il Ministro, ma della conseguenza della stessa collocazione istituzionale della carica.

Rimanendo all'interno di questo indirizzo interpretativo, si può ritenere configurabile un principio ordinamentale, come ricavabile da una ricostruzione sistematica e dalla valutazione congiunta delle norme di cui all'art. 90 Cost. e alle leggi n. 219 del 1989 e n. 140 del 2003, nonché della sentenza n. 390 del 2007 della stessa Corte Costituzionale, in virtù del quale sono vietate tutte le intercettazioni nei confronti del Capo dello Stato in carica.

Quanto peraltro alle captazioni indirette o casuali di conversazioni presidenziali, premessa la considerazione che la selezione di ciò che non è legittimo ascoltare non può avvenire al momento stesso in cui le captazioni si effettuano, si potrà prevedere la applicazione estensiva del sopra citato art. 6, co. 1, legge n. 140 del 2003, e così la operatività della relativa procedura di distruzione.

Diversamente, la Corte potrà prendere atto della effettiva sussistenza di una carenza normativa (mancando nella specie una disposizione di legge dedicata espressamente al Presidente della Repubblica), valutarla insuperabile per via di interpretazione, e sollevare pur in sede di conflitto, davanti a se stessa, in veste di giudice *a quo*, una questione di costituzionalità in via incidentale. Essa, a sua volta, potrebbe risolversi con una declaratoria di illegittimità del predetto art. 6, co. 1, 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.