

artt. 89 e 90 Cost. , limitatamente ai soli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni (esclusi i reati di attentato alla Costituzione e alto tradimento)⁴.

Altrettanto nota è poi la diatriba, ampiamente agitata già in Assemblea Costituente, circa il regime degli atti extra funzionali, sui quali la Costituzione intenzionalmente tace del tutto, così mostrando chiaramente di rifiutare la tesi orlandiana della necessaria immunità totale degli organi costituzionali sovrani⁵. Attualmente è opinione diffusa che per tali atti il Presidente sia responsabile al pari di qualunque cittadino⁶. Fino alla più recente giurisprudenza costituzionale restava controverso se, in tale caso, il Capo dello Stato fosse a immediatamente perseguibile⁷, oppure se per i medesimi atti sussistesse una semplice improcedibilità fino al termine del mandato; improcedibilità che, inutile dirlo, avrebbe mantenuto ferma la sua responsabilità, spostandone solo nel tempo la possibilità di farla concretamente valere.⁸ La sostenibilità di questa ultima tesi, peraltro, è diventata altamente problematica dopo le sentenze nn. 24 del 2004 e 262

sottoposta ad un meccanismo di controllo specifico e istituzionalizzato) replicando ad uno scritto di Guarino affermava che non ha molto senso chiedersi se la responsabilità politica costituisca la regola o l'eccezione, trattandosi di un istituto *sui generis* che implica e presuppone l'esistenza di un rapporto costante di fiducia tra i titolari di certi organi e il popolo o le Assemblee. " L'osservazione si riferiva dunque ad argomento diverso e non riguardava la situazione del Capo dello Stato, come potrebbe far credere la parziale e poco precisa citazione fatta nel ricorso.

⁴ A favore della tesi della irresponsabilità presidenziale come eccezione rispetto alla regola comune della responsabilità v. L. CARLASSARE, *art. 90, in Il Presidente della Repubblica*, Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1983, tomo II, 149 ss. Nel senso che le immunità degli organi costituzionali, data la loro natura derogatoria, debbano essere espressamente previste ed essere interpretate restrittivamente, v. A. PACE, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia*, in M. VOLPI-G. FUMU, *Le immunità penali della politica*, Bologna, 2012, 22 ss

⁵ V. l'ampia sintesi del dibattito in A. PACE, *op. cit.*, 24 ss.

⁶ Cfr. per tutti L. CARLASSARE, *art. 90, cit.*, 150 ss.; A. PACE, *op. cit.*, 24 ss

⁷ Cfr. L. CARLASSARE, *art. 90*, 151 ss.

⁸ A sostegno di questa tesi dell'improcedibilità, cfr. U. DE SIERVO, *La responsabilità penale del Capo dello Stato*, in M. LUCIANI-M. VOLPI, (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 360 ss.; G. U. RESCIGNO, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Bologna 2007, 453. A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica*, AA. VV., *Diritto costituzionale* (a cura di Stelio Mangiameli), Roma, 2008, 951. *Contra*, tra gli altri, implicitamente V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 457 ss.; L. CARLASSARE, *op. cit.*, 150 ss. e A. PACE, *op. cit.*, 29 ss.; G. FERRARA, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica* in AA. VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 592 ss. (il quale però la giustifica in particolari casi).

del 2009 della Corte Costituzionale che hanno ritenuta incostituzionale la sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato - compresa anche quella del Capo dello Stato – per fatti estranei alle funzioni perché priva di copertura costituzionale e contrastante con l'art. 3 Cost.

Oltre a tale massiccia elaborazione dottrinale, ulteriori elementi sull'argomento sono stati offerti dalla esperienza pratica, in cui l'impostazione ora proposta dal ricorso è stata propugnata e discussa in almeno due casi che hanno visto entrambi in posizione eminente, se non sempre di unico protagonista, il senatore ed ex Presidente della Repubblica Francesco Cossiga.

Nel primo – che ha molti aspetti in comune con quello presente - si è trattato di un ampio dibattito parlamentare suscitato da un'interpellanza del detto Senatore in relazione ad un'intercettazione telefonica indiretta dell'allora presidente Scalfaro ad opera della procura di Milano. In tale dibattito la tesi dell'immunità assoluta è stata avanzata da Cossiga⁹, e sostanzialmente fatta propria dal Ministro della Giustizia Flick¹⁰, ma ha suscitato numerose critiche e comunque non ha portato ad alcuna reazione da parte del Presidente del tempo.

Il secondo caso è quello delle vicende giudiziarie relative ad procedimento civile per risarcimento dei danni provocati da dichiarazioni diffamatorie pronunziate da Cossiga nel corso del mandato presidenziale, e concluso con una pronunzia della Cassazione che ha negato la validità della tesi dell'immunità generalizzata ed è stata perciò impugnata per conflitto di attribuzioni davanti alla Corte Costituzionale, che si è pronunziata con la sentenza n. 154 del 2004, sulla quale tornerò ampiamente in seguito.

⁹ La fattispecie, come s'è detto è molto simile a quella attuale. La Procura della Repubblica di Milano aveva occasionalmente sull'utenza di un terzo captato un conversazione del Capo dello Stato, trascritta e depositata agli atti. Con la sua interpellanza il Sen. Cossiga chiedeva al Ministro della Giustizia se l'intercettazione indiretta di una conversazione cui partecipino il Presidente della Repubblica, la sua trascrizione e il suo deposito, ancorché ritenuta non rilevante, da parte del p. m. costituiscono "violazione della guarentigia delle inviolabilità che ormai autorevole dottrina e giurisprudenza pacificamente riconoscono attribuita al Capo dello Stato, in forza dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale". Per una sintesi e un attento e approfondito commento della vicenda Cfr. G. ROMA, *Un altro passo verso l'invulnerabilità del Presidente della Repubblica? (Il caso della c. d. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro)*, in *Giur. Cost.* 1999, 2883 ss.

¹⁰ La risposta del Ministro espone argomenti presso che identici a quelli poi utilizzati nel ricorso in commento, che ne cita in nota una parte dell'intervento in Parlamento.

Data dunque l'ampiezza e il peso del precedente dibattito, appare innanzi tutto quanto meno singolare il fatto che il ricorso ora in commento si limiti a esporre quale verità assiomatica l'opinione a favore dell'immunità presidenziale assoluta e non contenga alcun meditato riferimento né alla dottrina di orientamento opposto e tuttora prevalente né alla giurisprudenza costituzionale rilevante, e che, comunque, non ritenga minimamente necessario misurarsi analiticamente con possibili argomenti contrari.

2. *Immunità e funzione presidenziale "complessiva" di garanzia.* Ma, pure al di là della mancanza di ogni riferimento esplicito allo stato del dibattito pregresso e ai dati emersi dalla precedente esperienza, a mio parere resta comunque inidoneo a giustificare la pretesa all'immunità generalizzata ed assoluta – dalla quale discenderebbe l'asserito divieto di qualsiasi intercettazione del Capo dello Stato - il richiamo insistito da parte del ricorso all'assorbente quanto nebuloso potere presidenziale di rappresentanza dell'unità nazionale, che configurerebbe una "funzione complessiva" di garanzia dell'ordinamento tale da offrire la copertura dell'irresponsabilità praticamente a qualsiasi attività presidenziale. In contrario si può osservare che il Presidente non ha un ruolo complessivo configurabile *a priori* e ulteriore rispetto poi ai poteri "nominati", ricavabile dal solo compito di rappresentanza dell'unità nazionale menzionato in apertura dell'art. 87 Cost. A prescindere dal fatto che l'effettivo significato della formula mantiene un margine di notevole indeterminatezza ed è tuttora controversa, sembra piuttosto che, anche ad attribuire ad essa un valore pregnante e non solo meramente formale e simbolico¹¹, la posizione del Capo dello Stato, notoriamente di definizione assai problematica, non possa che essere ricostruita, sia pure in un quadro sistematico, sulla scorta sia di tutti i singoli poteri ad esso positivamente imputati e mediante i quali deve esercitare la sua funzione di rappresentanza, sia della configurazione dei suoi rapporti con gli altri organi costituzionali (soprattutto quelli contemplati dall'art. 89 Cost.)¹².

¹¹ Per la quale v. principalmente A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, cit. 476 ss. ; M. LUCIANI, *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, cit. , 12 ss.

¹² Cfr. per es. G. U. RESCIGNO, *art. 87*, in *Commentario alla costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1978, 189 ss.

Che l'idea sottesa al ricorso sia appunto quella della immunità generale e assoluta di ogni attività presidenziale, è dimostrato secondo me dal fatto che la sua motivazione, richiama, è vero, costantemente la necessaria connessione di questa con l'esercizio delle funzioni, ma poi non solo non si confronta con il problema della debita distinzione tra attività funzionali e non, ma, soprattutto, non si preoccupa minimamente di dimostrare, o almeno di affermare, il carattere funzionale delle conversazioni intercettate e la cui sorte è all'origine del conflitto.

La sostanziale sottovalutazione di tale aspetto, lascia appunto pensare che il ricorso sia fondato implicitamente sul presupposto che la configurazione "complessiva" del ruolo presidenziale renda irrilevante la distinzione tra atti funzionali e non funzionali, pur chiaramente espressa nell'art. 90 Cost. , ovvero (ciò che è lo stesso) che ogni e qualsiasi atto del Presidente sia da considerare funzionale. Dunque, per un verso o per l'altro, tutti i suoi atti sarebbero sottratti indiscriminatamente alla giurisdizione.

In tal modo, mi pare, il ricorso giunge ad una identificazione totale della persona fisica con la funzione.

Oltre ad apparire priva di una solida giustificazione questa tesi è anche assai discutibile per la particolare delicatezza di sue possibili conseguenze. L'attività presidenziale infatti si cala in un ordinamento che garantisce sul piano costituzionale anche altri valori – come appunto la sfera di intervento del potere giurisdizionale - e diritti fondamentali - per esempio il diritto di difesa in giudizio - con i quali essa può venire in contrasto: perciò a maggior ragione appare stringente la necessità che l'area della immunità del Capo dello Stato sia individuata con particolare rigore e che sia armonizzata per quanto possibile, in un ragionevole bilanciamento, con tali altri valori costituzionalmente protetti e che la eventuale necessaria prevalenza della tutela della funzione presidenziale risulti giustificata nel singolo caso.

Il ricorso invece sembra ipotizzare che a questa tutela generalizzata si debba attribuire una sorta di ovvia condizione permanente di fisiologica e indiscriminata preminenza: ma ciò, presupponendo una posizione di "superiorità" del Capo dello Stato, non solo contraddice alla diffusa convinzione della parità tra tutti gli organi costituzionali in un ordinamento in cui sovrano è

solo il popolo, ma rende anche difficilmente evitabile il rischio di un sacrificio indiscriminato e senza rimedio degli altri valori e diritti costituzionali.

3. *Le Immunità presidenziali nella giurisprudenza costituzionale.* - Le osservazioni formulate finora trovano riscontro, come dicevo all'inizio, nella giurisprudenza costituzionale, nella quale sono presenti affermazioni puntualmente contrarie alla tesi di un'immunità assoluta implicita, non ricavata da precise disposizioni costituzionali.

Si tratta sia delle pronunzie sui c. d. "lodo Schifani " e "lodo Alfano" ¹³ sia e soprattutto della sentenza n. 154 del 2004 sul " caso Cossiga".

Delle due sentenze sui "lodi", più puntuale è senz'altro il richiamo alla seconda, quella del 2009, la quale si è soffermata a lungo sul concetto di prerogativa (o immunità in senso lato) a favore di titolari o componenti di organi costituzionali, individuandone le caratteristiche nell'essere un istituto diretto a garantire l'esercizio della funzione e nel configurare una deroga al regime giurisdizionale comune e quindi al principio di eguaglianza di tutti i cittadini. Poiché la prerogativa è anche diretta "a realizzare un delicato ed essenziale equilibrio tra i diversi poteri dello Stato ...è necessario che la sua disciplina contenuta in Costituzione debba essere "intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né *in peius* né *in melius*", essendogli "preclusa ogni eventuale integrazione o estensione" ¹⁴ . Questo legislatore può intervenire soltanto per dare attuazione al dettato costituzionale, cioè per rendere quest'ultimo "immediatamente e direttamente operativo"¹⁵, mentre ogni altro "eccezionale ed innovativo *status* protettivo, che non è desumibile dalle norme costituzionali sulle prerogative" può essere

¹³ Le decisioni rispettivamente le già citate n. 24 del 2004 e n. 262 del 2009.

¹⁴ Cfr. punto 7. 3. 1 mot. dir.

¹⁵ La sentenza a tal proposito cita espressamente proprio la legge n. 219 del 1989, richiamata anche nell'attuale conflitto, definendola come di "mera attuazione" della nuova disciplina costituzionale dei procedimenti per reati ministeriali e presidenziali, attribuendole perciò "copertura costituzionale". La citazione però si riferisce alla sola disciplina speciale sulle prerogative del Presidente del Consiglio in quel caso al centro della questione.

introdotto soltanto con legge costituzionale . Di qui l'illegittimità costituzionale della prerogativa censurata.

Applicando tali affermazioni al conflitto presente, si può constatare che proprio una specifica copertura costituzionale per l'immunità assoluta – estensibile cioè a qualsiasi atto presidenziale - manca certamente, dato che l'unica prerogativa per il Presidente ex art. 90 Cost. è riferita espressamente ai soli atti funzionali. Né, come si vedrà meglio più avanti, si può utilizzare a tal fine la legge n. 219 del 1984, che, tace sul punto e non può considerarsi per questa parte come di attuazione costituzionale dato che non esplicita una previsione costituzionale positiva, proprio perché una previsione del genere, anche implicita, non esiste.

A queste critiche si potrebbe obiettare che il ricorso costantemente riferisce l'immunità alla funzione e copre perciò solo gli atti funzionali. L'obiezione però non sarebbe decisiva perché , come detto più sopra, lo stesso ricorso partendo da una implicita identificazione tra titolare dell'organo e funzione, finisce per considerare ogni atto presidenziale come funzionale per il solo fatto della sua provenienza e indipendentemente dal suo contenuto.

Precedente puntuale e di maggiore peso è la sentenza "Cossiga"¹⁶, che si cimenta proprio con un problema concernente la delimitazione della irresponsabilità del Capo dello Stato. La Corte, qui, di fronte alla pretesa di una immunità assoluta implicita a difesa di una ampia quanto indeterminata funzione presidenziale , dichiara che "nemmeno può condividersi sul piano sostanziale la tesi secondo cui anche gli atti extra funzionali, o almeno tutte le dichiarazioni non afferenti esclusivamente alla sfera privata del Presidente della Repubblica dovrebbero ritenersi coperti da irresponsabilità, a garanzia dell'indipendenza dell'alto ufficio da interferenze di altri poteri o in forza dell'impossibilità di distinguere, in relazione alle esternazioni, il *munus* dalla persona fisica. . "¹⁷ ; prosegue poi chiarendo che per individuare i confini della irresponsabilità

¹⁶ Sent. n. 154 del 2004, punto 6 mot. dir.

¹⁷ Sul punto poi aggiunge : "si può riconoscere che operare la distinzione, nell'ambito delle "esternazioni", fra quelle riconducibili alle funzioni presidenziali e quelle ad essa estranee può risultare, in fatto, più difficile di quanto non sia distinguere nel campo dei comportamenti o degli atti materiali... ma l'eventuale maggiore difficoltà della distinzione non toglie che essa sia necessaria".

presidenziale “quale che sia la definizione più o meno ampia delle funzioni del Presidente...una cosa sola è fuori discussione : l’art. 90 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’”; ancora: “E’ dunque necessario tenere ferma la distinzione fra atti e dichiarazioni inerenti all’esercizio delle funzioni, e atti e dichiarazioni che, per non essere esplicazione di tali funzioni, restano addebitabili, ove forieri di responsabilità, alla persona fisica del titolare della carica, che conserva la sua soggettività e la sua sfera di rapporti giuridici, senza confondersi con l’organo che *pro tempore* impersona”¹⁸.

La sentenza dunque esprime una chiara e ferma presa di posizione sia a favore della necessaria distinzione tra atti funzionali e non, sia contro l’idea dell’assorbimento della persona fisica titolare della carica nella funzione.

Di rilievo non minore sono poi le altre enunciazioni della sentenza a proposito della spettanza innanzi tutto all’autorità giudiziaria l’accertamento dei presupposti della responsabilità e quindi del carattere funzionale o meno dell’atto del Capo dello Stato , non potendo nemmeno ipotizzarsi che questo sia rimesso “alla semplice affermazione, da parte di colui la cui responsabilità viene evocata in giudizio,...stante la non configurabilità di un potere di definizione unilaterale, in causa propria, dei limiti della propria responsabilità” ; in relazione ad una indebita definizione giudiziaria , la prerogativa può essere applicata solo proponendo un conflitto di attribuzioni¹⁹.

Per concludere sul punto: se si tengono presenti gli orientamenti della dottrina prevalente e si leggono con attenzione le sentenze costituzionali, appare davvero difficile negare che la ricostruzione fornita dal ricorso ne rimanga molto distante. Ciò in particolare quando finisce per identificare il titolare della carica con la funzione e ne proclama l’immunità implicita generalizzata per di più priva di un aggancio preciso nel testo costituzionale, quando poi trascura di dimostrare il

¹⁸ Punto 6 mot. dir.

¹⁹ Punto 5 mot. dir.

carattere funzionale delle comunicazioni da proteggere, quando nega ogni potere di valutazione dell'autorità giudiziaria .

Di conseguenza, mi pare assai vacillante la premessa sulla quale poi è fondato, nel prosieguo, l'asserito divieto assoluto di intercettazioni di comunicazioni del Presidente e l'obbligo di immediata distruzione, con sottrazione alla conoscenza delle parti del processo penale e dell'intera collettività.

4. -L'art. 7 della legge n. 219 del 1989 e l'asserito divieto assoluto di intercettazioni di conversazioni presidenziali. - Venendo ora al punto cruciale della questione – e cioè il regime delle intercettazioni telefoniche di comunicazioni del Presidente – il ricorso, nel tentativo di ricavarne un divieto assoluto e generalizzato, fa leva, come si è accennato, su un'interpretazione assai poco e inadeguatamente argomentata dell'art. 7 della legge n. 219 del 1989.

Innanzitutto non può non apparire come una forzatura considerare questa legge una attuazione di un preteso principio dell'immunità generalizzata e conseguentemente come fonte di un tale divieto. La legge infatti – nel dettare “nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'art. 90 Cost. ” - non dispone alcuna disciplina sostanziale in tema di responsabilità presidenziale ma indica solo le modalità procedurali da applicare alle intercettazioni nei procedimenti relativi ai reati ex art. 90. In altri termini, non contiene alcun divieto assoluto e generalizzato di compiere intercettazioni, ma indica solo come queste debbano essere disposte quando l'apposito Comitato parlamentare procede per i reati medesimi .

Che il diverso orientamento fatto proprio dal ricorso²⁰ non poggi su argomentazioni giuridicamente salde e stringenti mi sembra dimostrato dagli unici passaggi della motivazione sul

²⁰ Questo orientamento è stato anticipato sulla stampa da alcuni costituzionalisti a commento della nota del 16 luglio 2012 con la quale Presidente Napolitano annunciava il suo proposito di sollevare il conflitto di attribuzioni. Cfr. per es. U. DE SIERVO *Ristabilire il senso del limite*, editoriale de *La Stampa* del 17 luglio 2012; V. ONIDA, *Un'iniziativa corretta. Si può ascoltare il Quirinale solo per alto tradimento*, in *Corriere della Sera* del 17 luglio 2012, M. AINIS, *Le istituzioni e le persone*, in *Corriere della sera* del 17 luglio 2012. Contraria invece si dichiarava L. CARLASSARE, nelle interviste cit. più avanti, nella nt. 21.

punto. Così è per esempio quando l'Avvocatura, pur notato espressamente il silenzio della legge in argomento, afferma che il divieto assoluto – in ipotesi contenuto nell'art. 7 - “*non può logicamente non estendersi*” a qualunque altro reato che “può a diverso titolo coinvolgere il Presidente” (e dunque, se si è bene intesa la sibillina espressione, anche a comunicazioni non inerenti a procedimenti volti a perseguire i reati ex art. 90). Così è anche quando dichiara “*naturale*” che il divieto per le intercettazioni dirette ivi previsto si estenda anche a quelle indirette casuali, e che sarebbe “*evidente*” la necessità dell'immediata distruzione delle comunicazioni intercettate, poiché la previsione dell'art. 271 c. p. p. , concernente le intercettazioni e il segreto professionale varrebbe “*a fortiori*” per quelle del Capo dello Stato²¹. E' chiaro che simili passaggi non fanno che sottolineare la presenza di una indiscutibile lacuna legislativa sia sulla protezione del Presidente da intercettazioni, sia sui doveri dell'autorità giudiziaria nei loro confronti²².

²¹ Come ho ricordato all'inizio le argomentazioni del ricorso sull'argomento specifico riprendono ampiamente- e ben oltre la citazione a piè di pagina fatta nel ricorso dell'Avvocatura - quelle dell'intervento parlamentare dell'allora Ministro Flick a proposito della vicenda delle intercettazioni indirette del Presidente Scalfaro. Così per esempio quando afferma che la tutela della riservatezza delle comunicazioni trova per il Capo dello Stato “un'esigenza di rafforzamento in ragione delle prerogative speciali che la Costituzione gli attribuisce quale supremo garante della Costituzione repubblicana e della libertà dei cittadini”; prerogative che si riassumono nel principio di irresponsabilità per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni “ esclusi i casi di attentato alla Costituzione e alto tradimento. Pertanto “essendo la libertà di comunicazione e corrispondenza un connotato essenziale dell'esercizio delle funzioni. . , appare ovvio ritenere che la la libertà e la segretezza delle comunicazioni e conversazioni del Presidente. . non possano essere soggette ad alcuna limitazione...neppure da altra autorità. Pertanto “le esigenze delle indagini cedono... il passo... alle prerogative costituzionali, che richiedono una libertà di determinazione e di comunicazione inconciliabile con qualsiasi forma intrusiva di acquisizione della prova” e ciò anche con riguardo alle “intercettazioni indirette”, dato che non può essere rimessa al sindacato successivo dell'autorità giudiziaria ...la distinzione tra atti riconducibili all'esercizio delle funzioni ed atti estranei a tale esercizio”, atteso che una valutazione . . sugli atti riferibili al profilo funzionale dell'attività del Capo dello Stato” per la quale il nostro ordinamento prevede la totale irresponsabilità”: Cfr. G. ROMA, *op. cit.* , 2889-90. Il Ministro poi richiamava l'art. 7 della legge n. 219 del 1989, concernente l'espresso riferimento alle modalità dell'esecuzione delle intercettazioni nei procedimenti per reati presidenziali per trarne la conferma dell'esistenza di un divieto assoluto anche al di fuori di tale ipotesi di captazione delle sue comunicazioni sulla base dell' argomento *a fortiori*.

²² Sull'esistenza di tale lacuna, cfr. G . ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione in La Repubblica* del 17 agosto 2012. Nello stesso senso ed esplicitamente sull'inesistenza di una corrispondente immunità v. anche L. CARLASSARE nell'intervista al *Manifesto* del 21 agosto 2012 e in quella al *Fatto Quotidiano* del 25 agosto 2012. All'epoca della vicenda delle intercettazioni di Scalfaro conveniva sull'esistenza della lacuna anche L. Elia, come riferisce, nel riportare il dibattito parlamentare, G. ROMA. *Op,cit.* , 2890, nt. (21).

Insomma, su una lacuna di questo genere, non mi pare proprio che si possa fondare un regime di privilegio, derogatorio del diritto comune e configurare una forma di prerogativa di un organo costituzionale, quale che sia l'ampiezza che si vuole riconoscere ai poteri interpretativi in presenza del silenzio del legislatore²³.

5. - *Intercettazioni occasionali delle comunicazioni del Presidente e sfera delle immunità.* – L'idea che l'irresponsabilità presidenziale si traduca automaticamente nel divieto di captare le sue comunicazioni come anche di utilizzarle in qualunque modo deve essere ulteriormente analizzata distinguendo tra intercettazioni "dirette" e intercettazioni casuali. Distinzione già da tempo conosciuta e che ha formato oggetto di autonoma ed apposita considerazione nella legge n. 140 del 2003 per il caso dei membri del Parlamento.

Questa legge è stato oggetto di una sentenza della Corte costituzionale (n. 390 del 2007), la quale ha dichiarato che solo le prime sarebbero riconducibili all'immunità statuita dall'art. 68 Cost. (e dunque assoggettate all'autorizzazione preventiva della Camera di appartenenza) perché volte a garantire l'uso corretto del potere giurisdizionale impedendogli di incidere indebitamente per questa via sullo svolgimento del mandato parlamentare. Le intercettazioni occasionali invece, non essendo intenzionalmente predisposte per violare la sfera di comunicazione dei parlamentari, non troverebbero protezione in questa immunità funzionale, ma soltanto del diritto alla riservatezza attribuito a tutti i cittadini dall'art. 15 Cost.

Nel caso che ha dato luogo al conflitto attuale è pacifico non solo che le intercettazioni contestate non sono state effettuate nel corso di un procedimento volto a far valere una qualche responsabilità presidenziale, ma anche che sono intercettazioni indirette del tutto fortuite, trattandosi di intercettazioni che, per dirla con la sentenza n. 390 del 2007 della Corte cost., non

²³ A proposito del ruolo decisivo dei silenzi del legislatore nel caso di specie, il controverso articolo di G. ZAGREBELSKY pubblicato su *La Repubblica* sopra citato prospetta il rischio che, dato l'estremo grado di opinabilità delle interpretazioni nel caso specifico, la Corte costituzionale possa essere influenzata nelle sue scelte da ragioni extra-giuridiche quali in particolare il particolare peso politico della figura del Capo dello Stato. Critico su tale posizione, e fiducioso in una futura decisione secondo diritto, sulla base di una rigorosa concezione dei limiti dell'interpretazione giuridica, è invece M. LUCIANI, *La Corte costituzionale deve decidere secondo diritto*, in *L'unità*, del 18 agosto 2012.

sono state disposte individuando “in anticipo il Capo dello Stato quale destinatario dell’attività di captazione”.

Dunque nel caso in discussione, le intercettazioni contestate, applicando la sentenza ora ricordata, dovrebbero considerarsi come violazioni dell’art. 15 Cost. , e non come menomazioni di una prerogativa presidenziale.

Il ricorso però è impostato diversamente ed espressamente nega che la distinzione del regime giuridico tra i due tipi di intercettazione possa essere estesa al caso delle intercettazioni di comunicazioni del Capo dello Stato, respingendo – anche qui, mi pare, senza motivare chiaramente²⁴ - l’idea che la tutela del Presidente possa essere ricondotta al solo art. 15 Cost. e debba svolgersi con le sole garanzie previste da quest’ultimo; in quest’ottica, infatti, afferma che tutte le intercettazioni, dirette o indirette-casuali che siano, sarebbero coperte allo stesso modo da una garanzia di assoluta inconoscibilità, derivante direttamente e automaticamente dalla asserita immunità funzionale della irresponsabilità. In definitiva, la non conoscibilità da parte di chiunque di ogni tipo di comunicazione presidenziale sarebbe una automatica forma di tutela della funzione, tutela che, data l’impostazione di fondo del ricorso, finirebbe per estendersi a tutti gli atti presidenziali.

Non sembra condivisibile poi neppure l’ulteriore argomento sul quale fa leva il ricorso e cioè il richiamo ad una pretesa totale e generica irresponsabilità politica del Capo dello Stato diretta a garantire la piena libertà e sicurezza di tutte le modalità di esercizio delle funzioni presidenziali: che il Capo dello Stato goda di una forma di irresponsabilità politica “istituzionale” infatti è pacifico e non deriva implicitamente dai suoi “altissimi compiti”, ma dal fatto che il diritto costituzionale positivo reca la previsione dell’art. 89 sulla controfirma e che non prevede nessun meccanismo prestabilito per farla valere. Diverso è invece il discorso sulla c. d. responsabilità politica “diffusa”, intesa come generico assoggettamento alla critica politica dei cittadini, la quale

²⁴ La motivazione si limita infatti alla affermazione apodittica che mentre per i parlamentari il divieto di utilizzazione di intercettazioni indirette ex art. 6 della legge n. 140 del 2003 protegge la *privacy* per il Capo dello Stato invece proteggerebbe la funzione e che la legge n. 140 del 2003 è dettata per i parlamentari dunque si riferisce solo a loro. Nel caso però non si tratterebbe , com’è ovvio, di applicare alle intercettazioni presidenziali le modalità procedurali di quella legge, ma la distinzione delle due modalità di captazione quali valutate dalla sentenza n. 390 del 2007.

invece non è affatto esclusa né limitata poiché discende dai principi propri dello stato democratico fondato sulla sovranità popolare²⁵

A valutazione non diversa sarebbe assoggettabile anche la tesi, propugnata da V. Onida, e solo in apparenza differente, per la quale nel caso delle intercettazioni di comunicazioni, tanto più se occasionali, non si tratterebbe di un problema di responsabilità/irresponsabilità del Capo dello Stato, ma solo di una necessaria protezione assoluta della sua riservatezza per ragioni funzionali. Si può obiettare però che una simile protezione “assoluta” resterebbe ben diversa da quella assicurata ordinariamente agli altri soggetti dell’ordinamento e radicata nell’art. 15 Cost. e che , quindi, si tratterebbe, quand’ anche non di una garanzia di irresponsabilità, pur sempre di una tutela totale riconosciuta al solo Capo dello Stato, con il che si attribuirebbe a quest’ultimo una forma di sottrazione alla giurisdizione in deroga al principio di pari trattamento ex art. 3 Cost. e perciò una ulteriore immunità non prevista e disciplinata né dalla Costituzione, né dalla legge²⁶ .

Assumere la totale e indispensabile inconoscibilità delle conversazioni presidenziali si convertirebbe in una sorta di illimitata copertura con il segreto di tutta l’attività (sia privata sia solo funzionale) del Capo dello Stato, e ciò a differenza di quanto è stabilito per altri casi di “segreto funzionale” anche in relazione alla sua operatività nel giudizio penale (cfr. per es. per il segreto d’ufficio gli artt. 201 e 256 c. p. p.). Ma ciò non sembra conciliabile con il principio che nello stato democratico sancisce, salve espresse disposizioni in contrario, la tendenziale pubblicità dell’esercizio delle funzioni pubbliche.

Questa conclusione naturalmente non equivale di per sé a negare che eccezioni a questo principio si rivelino necessarie e che le concrete circostanze richiedano che gli atti di esercizio della funzione presidenziale siano sottratti alla pubblica conoscenza e quindi anche all’uso in un processo, che frustrerebbe inevitabilmente le ragioni della riservatezza. Ma in simili casi

²⁵ Così V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici*, cit 16 s. nt. (19); G. U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Padova, 1967, A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, cit. , 487 ss.

²⁶ In senso analogo mi sembra orientato anche F. CERRONE, *Presidente della Repubblica*, cit. 5 ss. , per il quale, appunto, fra le prerogative presidenziali non può annoverarsi una garanzia insuperabile di riservatezza delle comunicazioni.

occorrerebbe comunque , a salvaguardia anche degli altri valori costituzionali interferenti, una esplicita previsione del divieto puntuale di captazione e di utilizzazione delle comunicazioni presidenziali e, in particolare, regole chiare sugli strumenti processuali idonei a far fronte alle conseguenze di intercettazioni fortuite (a somiglianza, *mutatis mutandis*, di quanto si è ritenuto necessario fare per i parlamentari con l'art. 6 della legge n. 140 del 2003)²⁷.

Questa lacuna, richiedendo una normativa molto delicata ed elaborata che eviti il più possibile incertezze e dubbi interpretativi, deve essere colmata dal legislatore.

6. *Conclusioni e possibili soluzioni alternative.* - Se si condividono le critiche alla motivazione del ricorso finora esposte, inevitabile sarebbe la conclusione per la sua infondatezza . Indubbiamente, questa soluzione, ancorché coerente con le premesse esplicitate nelle critiche sopra esposte, sarebbe drastica e traumatica. Il rischio dell'impatto traumatico, d'altra parte, è un effetto fisiologico insito in ogni controversia tra poteri dello Stato, che nel caso di specie è solo reso più evidente dalle caratteristiche particolari del conflitto ²⁸, e resterebbe perciò ipotizzabile anche nel caso di accoglimento del ricorso.

Occorre aggiungere però che - ammesso e non concesso che si possa respingere l'impostazione qui preferita e partire dall'opposto punto di vista - l'esito immediato e drastico a favore della "non spettanza" alla Procura di Palermo dei poteri esercitati nella gestione delle intercettazioni potrebbe non essere inevitabile. In tal caso infatti si potrebbe praticare la via , già suggerita da alcuni, ma tutt'altro che priva di problemi, dell'autorimessione, da parte della stessa Corte costituzionale (nel corso del giudizio sul conflitto) della questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 della legge n. 219 del 1989 nella parte in cui non prevede il divieto di intercettare- anche in modo occasionale - le comunicazioni presidenziali effettuate nell'esercizio

²⁷ Per questa ipotesi F. CERRONE, *op. cit.* , 6 ss. , scarsamente fiducioso nella idoneità della legge di eliminare il rischio di indebita appropriazione e utilizzazione da parte dei *media* di notizie pur coperte da riservatezza, auspica piuttosto che in particolari casi – come il caso attuale - il problema possa essere risolto mediante una leale collaborazione tra Presidente e magistrati.

²⁸ Messi in luce da G. ZAGREBELSY, *Napolitano , la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione*, cit.

delle funzioni pure al di fuori del procedimento relativo ai reati presidenziali e dell'art. 271 c. p. p. nella parte in cui non prevede, accanto all'ipotesi dell'art. 200 c. p. , anche il divieto di utilizzazione delle intercettazioni di quelle comunicazioni.

Questa strada – oltre a non apparire accettabile sul piano strettamente giuridico per via della insostenibilità delle sue premesse interpretative - non sarebbe certo idonea a consentire la soddisfacente sistemazione normativa della materia che solo il legislatore potrebbe tentare di assicurare, ma, resterebbe, sul piano dell'opportunità, l'alternativa meno criticabile. Infatti avrebbe il vantaggio di non imporre nell'immediato il dovere di qualificare come indebita – allo stato della legislazione vigente – la gestione delle intercettazioni da parte della Procura di Palermo e, al contempo, di permettere di non disconoscere le istanze di tutela avanzate dal ricorso; avrebbe pertanto il pregio non solo di sdrammatizzare il conflitto, ma anche di consentire alla Corte di tornare sul tema delle prerogative presidenziali e di motivare sul tema con ampiezza e rigore, così che una eventuale conclusione della vicenda a favore del Capo dello Stato, non solo soddisferebbe l'esigenza di certezza manifestata dallo stesso Presidente ma eviterebbe pure il rischio, paventato nel noto articolo di Zagrebelsky²⁹, che una soluzione del genere possa apparire come una mera scelta di ossequio alla volontà del potere – quello presidenziale – dotato di maggior peso *lato sensu* politico.

²⁹ *Op. loc. cit.*