

Il difficile conflitto: le intercettazioni al pari delle esternazioni?

di Davide Galliani*

(14 novembre 2012)

Se sono un Re, dove è il mio potere?

Posso formare un Governo?

Posso imporre una tassa, dichiarare una guerra?

No. Eppure sono il centro di ogni autorità. Perché?

Perché la Nazione crede che quando parlo, parlo per lei.

da *Il discorso del Re* di T. Hooper (2010)

Sommario: 1. Il senso del conflitto di attribuzioni. – 2. I precedenti. – 2.1. Il caso Cossiga e le esternazioni presidenziali. – 2.2. Il caso Ciampi e il potere di grazia. – 3. Il caso Napolitano e le intercettazioni. – 3.1. Elemento di contesto. – Bibliografia

1. *Il senso del conflitto di attribuzioni*

Sembra opportuno, per prima cosa, ribadire che il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato si presenta come uno strumento di fondamentale importanza poiché permette di preservare la rigidità della Costituzione ed in particolare della forma di governo (R. Bin, 1996).

Le riflessioni della dottrina, tra le altre cose, divergono sulla quantità di conflitti che l'ordinamento sarebbe in grado di reggere. Si tratta di un rimedio che quando è necessario deve essere utilizzato, oppure, meglio attribuirgli una stringente funzione residuale, come caso limite? A tale proposito non sembra dubbio che i costituenti preferirono la seconda ipotesi. La preoccupazione era quella di un'eccessiva politicizzazione della Corte, che sarebbe dovuta intervenire per dirimere conflitti politici soltanto in casi estremi.

2. *I precedenti*

Con il tempo, nonostante l'intenzione dei costituenti, il numero dei conflitti di attribuzione è letteralmente esploso. E' stato in particolare il potere giudiziario a ricorrere di frequente alla Corte avverso il Parlamento e il suo modo di servirsi dell'insindacabilità parlamentare. Gli attori principali dei conflitti dinanzi alla Corte sono stati quindi la magistratura e il Parlamento, anche se non sono mancati quelli che hanno coinvolto il Presidente della Repubblica.

Non in numero eclatante ma nemmeno poco significativo. Gli otto conflitti ai quali ha partecipato il Capo dello Stato non sono certo passati inosservati.

Nonostante talune perplessità della dottrina, la Corte ha subito ammesso il Presidente della Repubblica quale potere dello Stato legittimato a sollevare il conflitto di attribuzione.

I dubbi della dottrina avevano buone fondamenta. E' stato, tra gli altri, Vezio Crisafulli a sottolineare che una volta ammesso il Capo dello Stato al conflitto sarebbe

stato difficile nascondere la responsabilità politica, diversa da quella per attentato alla Costituzione. Il punto era evidenziato in modo molto chiaro. Se il Presidente avesse perso dinanzi alla Corte non si sarebbe potuto occultare il profilo della responsabilità politica. Sempre Crisafulli, in modo molto coerente, sostenne che, qualora il Presidente della Repubblica avesse perso, non esisteva altra possibile via se non quella delle dimissioni (V. Crisafulli, 1960).

I rischi erano tanti, le insidie non mancavano, ma la Corte decise di procedere, va detto, al pari di quanto accadde in altri ordinamenti, dove egualmente la soluzione di conflitti politici tende sempre più ad essere affidata proprio alle Corti costituzionali, dando vita ad una sorta di *judicialization of politics* (A. Sperti, 2005).

Così, nel 1980, la Corte risolse il primo problema. Il Presidente della Repubblica era da considerare un potere dello Stato e quindi legittimato a sollevare il conflitto di attribuzione? Non ci si attendeva dalla Corte una sorta di definizione del ruolo complessivo del Capo dello Stato nel nostro ordinamento, tuttavia, anche solo ammettere che si trattava di un potere dello Stato era un fatto degno di rilievo.

La Corte ammise il Capo dello Stato al conflitto di attribuzione e lo fece (non a caso) senza tanti approfondimenti. Il Presidente venne semplicemente definito un organo costituzionale, titolare di funzioni non riconducibili alla sfera di competenza dei tre tradizionali poteri dello Stato (legislativo, esecutivo e giudiziario). Tutto qui. Il giudice costituzionale non si spinse oltre. Non serviva (o non si riuscì a) qualificare ulteriormente il potere rappresentato dal Capo dello Stato. Se il potere del Capo dello Stato non era nessuno dei tre classici, allora, solo il Capo dello Stato lo poteva rappresentare e difendere dinanzi alla Corte.

Una volta ammesso al conflitto, almeno agli inizi, il Presidente della Repubblica non è stato coinvolto in misura considerevole. Dopo il primo conflitto, che non aveva molta importanza politica e che fu pertanto rilevante soprattutto per l'apertura della Corte al Presidente, ne seguirono ulteriori che allo stesso tempo non assunsero grande significato politico.

Se il primo conflitto del 1980 fu proposto dal Presidente insieme con la Camera e il Senato contro la Corte dei Conti, in merito alla giurisdizione di quest'ultima nei confronti delle tesorerie dei ricorrenti (la Consulta diede ragione ai ricorrenti e torto alla magistratura contabile), i successivi tre coinvolsero formalmente il Presidente della Repubblica ma sostanzialmente erano rivolti verso l'esecutivo. Lo comprese la Corte che, infatti, li dichiarò tutti inammissibili. Il primo nel 1983 e gli altri due nel 1997.

I primi quattro conflitti, pertanto, non ebbero rilevanza politica di particolare significato, almeno per quanto riguarda il profilo attinente al Presidente della Repubblica. Ma la strada era oramai aperta ed in un paese come il nostro – dove la politica si è progressivamente indebolita – non era difficile pronosticare un conflitto di particolare rilevanza con protagonista il Presidente della Repubblica.

Si andò vicino nel 1991 durante la Presidenza Cossiga, a proposito del potere di grazia. Non se ne fece niente poiché il Ministro della Giustizia alla fine rinunciò al conflitto. Il Presidente della Repubblica annunciò pubblicamente di voler concedere la grazia a Renato Curcio. Il Guardasigilli, inizialmente, pensò di rivolgersi alla Corte: a chi spettava il potere di decidere la grazia, al solo Presidente, oppure, anche il Governo aveva voce in capitolo? L'intervento del Capo dello Stato, si chiese Claudio Martelli, non andava a menomare le attribuzioni in materia di grazia dell'esecutivo ed in particolare del Ministro di Grazia e Giustizia?

La situazione si complicò ancor di più poiché il Presidente del Consiglio, Giulio Andreotti, sembrò appoggiare la richiesta di Cossiga, forse soltanto per darle copertura. Il Ministro della Giustizia si sentì messo nell'angolo e per questo la strada del conflitto sembrava l'unica soluzione. Alla fine, tuttavia, prevalse la politica. Fu probabilmente il Presidente del Consiglio a farsi mediatore dell'accordo politico che si raggiunse. Il Capo dello Stato non ritornò più sul caso (tra l'altro, aveva ricevuto non poche lettere contrarie da parte dei parenti delle vittime del terrorismo) e il Guardasigilli ritirò il ricorso alla Corte, la quale pertanto non si dovette esprimere.

Questo caso, seppur conclusosi senza l'intervento della Corte, non faceva presagire niente di buono. Dagli anni novanta in poi non si riuscì più a contenere i conflitti alla Corte con il coinvolgimento del Presidente della Repubblica. Nessuno può mettere in dubbio che è proprio in quegli anni che la politica è entrata in una crisi senza precedenti. Ancora una volta è da rimarcare il nesso. Crisi della politica vuole dire incapacità di risolvere i conflitti politici e di conseguenza una maggiore chiamata in causa della Corte, anche nei confronti del Capo dello Stato, che è un organo politico come lo sono tutti gli organi costituzionali. A volte il Capo dello Stato è stato coinvolto nel conflitto, altre volte ha chiamato in causa altri poteri: in entrambi i sensi la politica si è dimostrata incapace di risolvere i conflitti.

Si iniziò con il caso Mancuso, risolto dalla Corte nel 1996, che vide coinvolto anche il Capo dello Stato in quanto firmatario del decreto di nomina del nuovo Ministro della Giustizia al posto di quello sfiduciato individualmente dal Parlamento. Filippo Mancuso, il Ministro sfiduciato, si lamentò del comportamento del Parlamento, del Governo e del Capo dello Stato. La Corte gli diede torto.

Il Presidente Scalfaro, in questo caso, fu solo un ingranaggio della procedura contro la quale Mancuso si scagliò. Dato che il Ministro non si volle dimettere dopo la sfiducia individuale approvata dalla Camera, il Presidente del Consiglio propose al Capo dello Stato la nomina di un altro Ministro e il Capo dello Stato emanò il decreto di nomina. Mancuso si rivolse alla Corte per contestare il comportamento di tutti gli attori coinvolti. Il Parlamento, poiché poteva approvare una sfiducia all'intero esecutivo e non al singolo Ministro. Il Presidente del Consiglio, dato che in Costituzione non esisteva il potere di revoca di un singolo Ministro. Ed, infine, il Capo dello Stato, che aveva firmato il decreto di nomina del nuovo Ministro. Per Mancuso il Capo dello Stato prese un provvedimento incostituzionale poiché si basava su una procedura incostituzionale, prima del Parlamento e poi del Governo.

La Corte diede torto a Mancuso su tutta la linea, anche se il ruolo del Capo dello Stato, nella sentenza del 1996, non sembrò essere particolarmente coinvolto. Legittimata, da un punto di vista costituzionale, la sfiducia individuale al Ministro e preso atto che non aveva presentato le dimissioni, sostenne la Corte, era stata costituzionalmente corretta la procedura seguita, che aveva visto il Capo dello Stato adottare il decreto di nomina di un nuovo Ministro proposto dal Presidente del Consiglio.

2.1. Il caso Cossiga e le esternazioni presidenziali

Seguirono due casi, questi sì riguardanti nello specifico il Presidente della Repubblica. Il primo, in merito alle esternazioni del Presidente Cossiga, il secondo relativo ancora al potere di grazia, sollevato dal Presidente Ciampi contro il Ministro

della Giustizia a proposito della volontà del primo, contrastata dal secondo, di concedere la grazia ad Ovidio Bompressi.

In entrambi i casi è importante premettere che fu sempre il Presidente della Repubblica a sollevare il conflitto. Il Presidente Cossiga avverso la Corte di Cassazione, mentre il Presidente Ciampi, come detto, contro il Guardasigilli.

Quanto al primo conflitto (R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, 2003) è opportuno riprendere seppure brevemente i fatti. Due senatori intentarono causa per risarcimento danni poiché si ritenevano diffamati da alcune dichiarazioni espresse dal Presidente della Repubblica. I giudizi di primo e secondo grado arrivarono, come giunse quello della Cassazione, anche se, nel frattempo, Cossiga non era più Presidente. Il primo problema da risolvere era quello di ammettere al conflitto non il Presidente della Repubblica, cosa oramai scontata, ma un *ex* Presidente. La Corte, non senza polemiche, lo ammise.

Il cuore del conflitto verteva sull'irresponsabilità del Presidente della Repubblica, da intendersi in via generale o solo in riferimento agli atti funzionali. La differenza era evidente: una cosa è sostenere che il Presidente è irresponsabile solamente per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni, tutt'altra che lo sia sempre, anche per quanto riguarda gli atti extrafunzionali. Ad ogni modo, si trattava di una distinzione non sempre agevole da marcare, come l'insindacabilità dei parlamentari poteva facilmente dimostrare.

La sequenza delle decisioni della magistratura era terminata dando torto a Cossiga. In primo grado era stato condannato, mentre in appello le domande di risarcimento dei due senatori erano state dichiarate improponibili. La Corte di Cassazione annullò con rinvio le decisioni della Corte di Appello. In primo grado i giudici sostennero che il Presidente della Repubblica era irresponsabile solo per gli atti funzionali, in appello che lo era sempre. La Cassazione bocciò il ragionamento dei giudici di appello. Sostenne che, in via generale, l'irresponsabilità del Presidente della Repubblica riguardava solo gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni presidenziali, comprese quelle di rappresentanza dell'unità nazionale, nonché gli atti di autodifesa dell'organo nei casi in cui l'ordinamento non assegnasse ad altri la difesa del Presidente. Al pari degli atti del Capo dello Stato, anche le esternazioni, per la Cassazione, erano coperte da irresponsabilità e quindi immunità solo nel caso in cui si dimostrassero strumentali o accessorie ad una funzione presidenziale. Le esternazioni andavano coperte da immunità solo se si potevano considerare come estrinsecazione modale di una funzione presidenziale.

L'argomento più importante, non di meno, era ancora un altro. A chi competeva accertare la funzionalità di un atto del Presidente della Repubblica o di una sua esternazione? Per la Cassazione non c'erano dubbi. Questo delicato compito spettava all'autorità giudiziaria, salvo la possibilità, per il Presidente della Repubblica, di sollevare conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale.

Cosa che appunto fece il senatore a vita Cossiga in qualità di *ex* Presidente. Per l'*ex* Presidente della Repubblica, innanzitutto, il diritto di decidere cosa fosse funzionale o extrafunzionale non spettava all'autorità giudiziaria ma alla Corte costituzionale. Una tesi alquanto problematica che, infatti, verrà categoricamente bocciata dalla Consulta. Detto questo, la difesa dell'*ex* Presidente, nel merito, sostenne che, al di là delle esternazioni appartenenti alla sfera assolutamente privata, non era possibile distinguere alcunché in quanto la carica di Presidente della Repubblica era monocratica. Risultava

di conseguenza impossibile distinguere le parole del Presidente in quanto Presidente da quelle del Presidente in quanto cittadino.

Con l'aggiunta di una precisazione importante. Era proprio la garanzia di assoluta indipendenza del Presidente nei confronti di qualsiasi atto proveniente da un altro organo che richiedeva l'estensione dell'immunità anche alla persona e non solo alla carica. Come potrebbe l'istituzione Presidente della Repubblica dirsi indipendente se non lo è la persona che ricopre la carica? Una domanda insidiosa, con una parte di verità ma anche una parte, come si dirà, di torto.

Il ricorso alla Consulta, infine, non si esimeva dal giudicare le esternazioni presidenziali espressione di legittima reazione di natura politica e di autodifesa da attacchi portati all'istituzione presidenziale. Erano esternazioni strumentali al ruolo pubblico, politico ed istituzionale del Presidente della Repubblica.

La Corte costituzionale nel 1994 giudicò in parte non fondato e in parte inammissibile il ricorso dell'*ex* Presidente Cossiga.

In primo luogo, i giudici costituzionali confermarono che la distinzione tra atti funzionali ed extrafunzionali doveva essere fatta dalla magistratura. Se al giudice ci si può rivolgere per veder garantito un diritto, sostenne la Consulta, sarà pur sempre il giudice a dover stabilire se, nel caso di specie, si debba ritenere valida una qualche eccezione (l'immunità presidenziale) alla regola (il principio di eguaglianza). Del resto, se si dovesse ritenere erronea la decisione del giudice nulla vieterebbe di rivolgersi alla Corte costituzionale tramite il conflitto di attribuzione. Se la magistratura non si potesse esprimere, sostiene la Consulta, si verificherebbe un privilegio personale privo di fondamento costituzionale.

Questo fu uno dei passi più importanti dell'intera decisione: la monocraticità della carica non poteva significare copertura di privilegi privi di agganci costituzionali.

Quanto al merito del ricorso, la Corte dichiarò di non poterlo condividere e svolse un ragionamento particolarmente interessante. Per il giudice costituzionale – al di là della definizione delle funzioni presidenziali, quale che sia il rapporto tra irresponsabilità e controfirma e indipendentemente dai limiti della facoltà di esternazione – una cosa era fuori discussione, ossia che l'art. 90 Cost. sancisce l'irresponsabilità del Presidente, salvi i casi di attentato alla Costituzione e alto tradimento, solo e unicamente per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni.

Per quale motivo la Corte tiene a ribadire che la distinzione tra atti funzionali ed extrafunzionali assume primario significato e non può essere messa in discussione? Tra gli altri motivi poiché non condivide la tesi del ricorrente per cui la persona e la carica si confondono. La persona fisica titolare della carica conserva la sua soggettività e la sua sfera di rapporti giuridici senza confondersi con l'organo che *pro tempore* impersona. La Corte ammette la difficoltà di distinguere ciò che riguarda la funzione da ciò che non la riguarda, ma esclude radicalmente che tale difficoltà possa condurre ad un annullamento della distinzione (A. D'Aloia, 2011).

La Corte finisce con il dare doppiamente ragione alla Cassazione, in quanto, dopo averlo definito infondato (proprio poiché intendeva cancellare la distinzione tra atti funzionali ed extrafunzionali che invece aveva basi costituzionali), dichiara il ricorso anche inammissibile nella parte in cui tentava di dimostrare che le esternazioni presidenziali non erano diffamatorie. Questo, per la Corte costituzionale, era un altro problema, la cui soluzione non spettava al giudice dei conflitti, la Corte appunto, ma alla magistratura.

Si trattò di un conflitto di attribuzione particolarmente complesso, iniziando dalla sua conclusione, che ha visto soccombere per la prima volta il Presidente della Repubblica. Non era mai accaduto. Che la questione fosse anche politica non vi è dubbio. Buona parte dei partiti politici presenti in Parlamento, con la rilevante eccezione della DC, avevano avviato le procedure per la messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica. Molti entro la DC erano oramai propensi a ritenere le dimissioni del Capo dello Stato non più rinviabili. E' vero che la sentenza della Corte costituzionale giunse nel 2004, quindi, molto tempo dopo la fine del settennato, ma è anche vero che le esternazioni diffamatorie, il ricorso alla giustizia ordinaria dei due senatori e la notifica di tale ricorso al Capo dello Stato erano avvenuti tutti entro il mandato presidenziale, seppur verso la fine.

Il Capo dello Stato non solo aveva utilizzato parole quanto meno offensive che mai erano state pronunciate dal Colle. Era anche del tutto delegittimato politicamente, lasciato solo dalla maggior parte della classe politica. Al di là delle innegabili ragioni giuridiche della Corte costituzionale (e della Cassazione), il primo conflitto di attribuzione deciso contro il Capo dello Stato può anche essere letto come una riaffermazione della presenza di limiti (costituzionali) al ruolo del Presidente della Repubblica. Se esterna e pronuncia frasi che nulla hanno a che fare con il proprio ruolo, nemmeno inteso nel modo più largo possibile, allora, dovrà essere trattato come un normale cittadino. A dover giudicare delle sue parole sarà la magistratura. Il Capo dello Stato era stato lasciato solo dall'intera classe politica, agiva come se il suo ruolo non avesse alcun limite. La Corte, oltre alle ragioni giuridiche, volle anche chiarire che il ruolo presidenziale, per Costituzione, aveva un'altra fattura.

2.2. Il caso Ciampi e il potere di grazia

A questo conflitto di attribuzione seguì quello che vide coinvolto il Presidente Ciampi, il quale decise di sollevare il conflitto contro il Ministro della Giustizia a proposito del potere di grazia (R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, 2006).

La vicenda è nota. Il Presidente della Repubblica intendeva concedere la grazia ad Ovidio Bompressi, in condizioni di salute precarie, mentre Roberto Castelli era contrario. Non si riuscì a risolvere l'*impasse* per vie politiche e, pertanto, con un certo stupore, il Colle si rivolse alla Corte.

La sorpresa fu duplice. Primo poiché non era scontato l'esito della vicenda. La Corte avrebbe potuto dare ragione al Ministro, con tutte le conseguenze del caso rispetto al ruolo del Presidente. Secondo perché per Costituzione gli atti del Presidente, compresa la grazia, andavano controfirmati dal Ministro che ne assumeva la responsabilità. Cosa sarebbe accaduto della responsabilità ministeriale se la Corte avesse deciso che il potere di grazia spettava al Capo dello Stato? Era ancora possibile discutere di una responsabilità del Ministro sebbene non avesse l'ultima parola sul provvedimento di grazia? In gioco vi era il tema delicatissimo della responsabilità presidenziale.

La Corte costituzionale, nel 2006, diede ragione al Capo dello Stato. Lo fece partendo da un determinato e nuovo modo di concepire la grazia. Ancora una volta, la Consulta non spese molte argomentazioni a proposito del ruolo complessivo del Capo dello Stato, mentre si dilungò a proposito dell'istituto della grazia in sé. La Corte sostenne che il modo con il quale era stata sempre intesa andava corretto. Non poteva essere più considerata uno strumento come un altro di deflazione penitenziaria. La grazia aveva un altro senso, era uno strumento eminentemente umanitario ed equitativo.

Mutato il senso della grazia doveva cambiare anche il soggetto incaricato di approvarla definitivamente, non il Ministro della Giustizia ma il Presidente della Repubblica. Era meglio collaborare, anche se, in caso di conflitto, l'ultima parola spettava al Presidente della Repubblica. Se la grazia doveva tornare ad essere uno strumento eccezionale, teso a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria, pertanto, la competenza definitiva ad adottarla non poteva che essere del Presidente della Repubblica e non del Ministro.

La decisione fece discutere. Sul piatto della bilancia si ebbero più critiche che adesioni. Vennero dibattute in particolare due questioni. In primo luogo, il nuovo senso della grazia. Era vero che non poteva continuare ad essere uno strumento di deflazione penitenziaria, non di meno, era di fatto impossibile spolicizzarla completamente, essendo la grazia una decisione anche con fini politici, come ad esempio quelli di porre fine a vicende dolorose di un paese. In secondo luogo, oggetto di critiche fu la conseguenza del ragionamento della Corte che riconosceva in capo al Presidente della Repubblica la titolarità della grazia.

Questo secondo aspetto, di certo, fece polemizzare non poco. Cosa avrebbe potuto garantire che il Capo dello Stato non avesse ripreso ad utilizzare in modo scorretto la grazia? Non solo. Che ne era della responsabilità del Ministro se il provvedimento di grazia, da controfirmare, era di spettanza del Capo dello Stato? Era corretto ritenere il Capo dello Stato irresponsabile per effetto della controfirma anche quando ha deciso sostanzialmente da solo sulla concessione della grazia? Ci si poteva accontentare della responsabilità presidenziale per attentato alla Costituzione?

Infine, un'ultima questione. Al di là delle argomentazioni più strettamente giuridiche, un qualche peso nella decisione della Corte sembra averlo avuto anche la popolarità del Capo dello Stato. E' inutile nascondere che il giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato possa essere influenzato anche da questi fattori. Non sarà sicuramente il metro di giudizio prevalente e decisivo, tuttavia, un qualche peso avrà. E pochi Presidenti come Ciampi, in effetti, godettero di un livello decisamente alto di popolarità.

3. Il caso Napolitano e le intercettazioni

Anche durante la Presidenza Napolitano la Corte costituzionale è stata chiamata a risolvere un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dal Presidente della Repubblica. Questa volta non contro un Ministro ma contro una Procura della Repubblica. Non era mai avvenuto. Per la prima volta alla Corte è stato domandato di risolvere un conflitto di attribuzione tra il Presidente della Repubblica e una Procura della Repubblica.

Le vicende sono note. La Procura di Palermo, durante alcune indagini, mise sotto intercettazione l'utenza telefonica di Nicola Mancino. I fatti sui quali si stava indagando erano relativi alle trattative tra lo Stato e la mafia del 1992-1993. L'ex Ministro degli Interni fu messo sotto intercettazione poiché accusato di aver reso una falsa testimonianza a proposito delle trattative. Successe che l'ex Ministro chiamò il Quirinale ed ebbe alcune conversazioni con un consigliere del Presidente della Repubblica, il compianto Loris D'Ambrosio e con lo stesso Presidente della Repubblica. Il contenuto delle intercettazioni tra Mancino e D'Ambrosio finì sui giornali.

A quel punto il Presidente della Repubblica, tramite l'Avvocatura dello Stato, chiese conferma o smentita in merito ad alcune dichiarazioni rilasciate da un Sostituto della

Procura per il quale erano state intercettate conversazioni telefoniche dello stesso Presidente. Il Sostituto, in effetti, fece conoscere l'esistenza di queste intercettazioni, definite irrilevanti, tramite un'intervista ad un quotidiano. Alla richiesta del Capo dello Stato la Procura rispose celermente, sottolineando che non prevedeva alcuna utilizzazione investigativa o processuale delle intercettazioni. Quello che intendeva fare era distruggerle con l'osservanza delle formalità di legge.

Pochi giorni dopo la risposta ufficiale, il Procuratore Generale rilasciò ancora un'intervista allo stesso quotidiano. Da un lato, confermò l'irrilevanza delle intercettazioni e, dall'altro, chiarì che il suo ufficio si sarebbe attenuto a seguire la procedura prevista dal Codice nel caso in cui, nel corso di un'intercettazione legittimamente autorizzata, si fosse casualmente ascoltata una conversazione di una persona non intercettabile. In tali casi alla distruzione della conversazione si procede – previa valutazione dell'irrilevanza ai fini del procedimento e con l'autorizzazione del Giudice per le Indagini Preliminari – sentite le parti.

Il Capo dello Stato a questo punto decise di sollevare il conflitto di attribuzione contro la Procura di Palermo, in particolare, poiché riteneva che le intercettazioni, che lo coinvolgevano, andassero immediatamente distrutte. La Procura, invece, non era dello stesso avviso. Anche se fece sapere, tramite una nota formale ma anche ricorrendo ai giornali, che le intercettazioni erano irrilevanti ai fini del procedimento, i magistrati sostennero che andavano distrutte con l'osservanza delle formalità di legge. Non immediatamente, quindi, ma soltanto dopo l'udienza filtro nella quale l'accusa e la difesa, dinanzi ad un giudice, decidono sulle intercettazioni. Se per la Procura erano irrilevanti potevano non esserlo per la difesa di Mancino. Ed, in effetti, l'udienza filtro esiste per questo, per tutelare le esigenze della difesa. La scelta definitiva circa la distruzione spettava al giudice, tuttavia, la difesa aveva il diritto di ascoltarle.

Il Quirinale sostenne che, al di là della rilevanza o meno, le intercettazioni andavano distrutte prima dell'udienza filtro poiché, in caso contrario, se il giudice avesse deciso di acquisirle, autonomamente o su richiesta della difesa, sarebbero rimaste agli atti, così violando l'obbligo di distruzione.

Il Capo dello Stato, nel decreto del 16 luglio 2012, con il quale si è deciso il ricorso, sostiene che il comportamento della Procura potrebbe condurre ad una menomazione delle prerogative costituzionali presidenziali. Se il Presidente della Repubblica è intercettato e se queste intercettazioni vengono valutate al fine di considerare la loro eventuale utilizzazione il risultato è che le prerogative presidenziali finiscono per essere menomate. Lo stesso se le intercettazioni permangono agli atti del procedimento.

Cosa il Presidente della Repubblica lamenta sia leso? La sua indipendenza garantita dall'irresponsabilità. Solo perché irresponsabile il Capo dello Stato può essere indipendente.

Questa è la tesi principale. Come corollari altri argomenti. Il Presidente della Repubblica esclude che si possano prefigurare inammissibili privilegi legati ad esperienze oramai definitivamente superate. Al contrario, il radicale divieto di intercettazioni risulterebbe strumentale all'espletamento degli altissimi compiti che la Costituzione demanda al Presidente della Repubblica, nella sua veste di Capo dello Stato e di rappresentante dell'unità nazionale.

Nel ricorso presidenziale alla Corte, inoltre, si sostiene che per svolgere i suoi compiti il Presidente della Repubblica deve godere del massimo di libertà di azione e di riservatezza, anche poiché alcune delle attività che pone in essere, per il perseguimento delle finalità costituzionali, non hanno carattere formalizzato.

In questo caso il passaggio merita un approfondimento. E' vero che il Presidente della Repubblica appare come un organo i cui poteri riescono difficilmente a razionalizzarsi e a formalizzarsi. Un organo con molta *auctoritas*, che appunto non può essere messo nero su bianco (D. Galliani, 2011). Non di meno, questo aspetto necessita di essere bilanciato con lo strumento delle intercettazioni, le quali hanno uno scopo che, ancorché molto discusso, non sembra possa essere annullato solo per il fatto che un organo costituzionale eserciti le proprie attribuzioni anche in modo informale.

In effetti, esiste una legge del 1989, richiamata dal Capo dello Stato, per la quale le intercettazioni telefoniche nei confronti del Presidente della Repubblica possono essere disposte solo dopo la sua sospensione dalla carica decretata dalla Corte costituzionale nell'ambito del procedimento per la messa in stato di accusa. Sembra che la norma, nel ricorso presidenziale definita integrativa della Costituzione, si riferisca alle intercettazioni dirette, tuttavia, per quelle indirette si potrebbe applicare per analogia: se il procedimento è quello per le intercettazioni dirette a maggior ragione dovrebbe esserlo anche per quelle indirette.

In entrambi i casi, nessun dubbio che la previsione di legge si riferisca agli atti e ai comportamenti del Presidente nell'esercizio delle sue funzioni (A. Pace, 2008), essendo in attuazione dell'art. 90 Cost. Il Presidente della Repubblica sembra invece riferirsi al divieto di intercettazioni come naturalmente riguardante tutti i comportamenti presidenziali, al di là della distinzione tra funzionali ed extrafunzionali. Tanto è vero che il ricorso alla Corte mette in risalto il fatto che il Presidente della Repubblica, nel caso di specie, sia stato intercettato in riferimento ad ipotesi di reato sicuramente a lui non addebitabili.

Il Capo dello Stato, pertanto, chiede alla Corte di dichiarare assolutamente inutilizzabili le intercettazioni, sostenendo che la relativa documentazione dovrebbe essere immediatamente distrutta ai sensi dell'art. 217 del Codice di procedura penale.

Siffatta disposizione prevede che i risultati delle intercettazioni non possano essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge. Lo scopo è sicuramente quello di garantire la legalità della prova. Se è vera questa tesi, pertanto, la conseguenza sarebbe non solo che le conversazioni intercettate non potrebbero essere ascoltate nel contraddittorio tra le parti, ma anche che non si potrebbe invocare l'obbligo di conservazione integrale dei verbali e delle registrazioni fino alla sentenza non più soggetta ad impugnazione.

3.1. Elementi di contesto

Vi sono poi ulteriori elementi di contesto più generale da tenere in considerazione. Il Capo dello Stato, oltre ad aver ribadito che il problema non era l'irrilevanza delle intercettazioni quanto piuttosto la possibilità di ascoltarle per considerarle irrilevanti, ha sostenuto che se non avesse deciso di promuovere il conflitto non avrebbe difeso, anche per il futuro, le prerogative della carica. E per fondare questa argomentazione ha anche richiamato il pensiero del Presidente Einaudi.

A tale proposito, come ulteriore evento di una certa importanza per ricostruire la vicenda nel modo più completo, non si può fare a meno di sottolineare che, in precedenza, durante il settennato, il Presidente della Repubblica era già stato intercettato. In quella circostanza non propose ricorso (si trattava di un'intercettazione indiretta sulla linea telefonica dell'*ex* capo della protezione civile, tra l'altro, trascritta e depositata). Chiaro che siffatta evenienza non dovrebbe pesare sul giudizio della Corte,

dato che il ricorso del Capo dello Stato è un atto discrezionale, tuttavia, ha avuto un rilievo di non poco conto nel più generale dibattito a proposito di questo caso.

Come ha fatto discutere il fatto che il Capo dello Stato, il 4 aprile 2012, tre mesi prima del ricorso formale, rese pubblica la lettera con la quale, tramite il Segretario Generale della Presidenza, indirizzò al Procuratore Generale presso la Cassazione i suoi auspici in merito ad un maggior coordinamento tra le Procure rispetto alle indagini sulla trattativa tra lo Stato e la mafia del 1992-1993. Si trattò, ad essere precisi, di una lettera nella quale il Capo dello Stato esponeva al Procuratore Generale le richieste di maggior coordinamento espressamente avanzategli proprio dall'ex Ministro Mancino. La divulgazione di questa lettera ebbe lo scopo di evitare strumentalizzazioni giornalistiche. Che non sia servito è abbastanza evidente.

Si tenga in considerazione un ulteriore aspetto di una certa importanza. Il Capo dello Stato, ben prima del ricorso alla Corte, rese pubblico il suo pensiero a proposito dell'irresponsabilità presidenziale stabilita in Costituzione. Mentre era in corso in Commissione affari costituzionali al Senato il dibattito sul progetto di legge costituzionale in merito alle immunità delle alte cariche dello Stato, resosi necessario dopo la dichiarazione di incostituzionalità del Lodo Alfano, il Presidente della Repubblica, il 22 ottobre 2010, scrisse una lettera al Presidente della Commissione.

La lettera è rilevante per ricostruire nel modo più approfondito possibile il contesto entro il quale ha avuto origine il successivo ricorso alla Corte. La Commissione del Senato, verso la fase finale dell'esame referente, aveva previsto la sospensione dei processi penali anche nei confronti del Presidente della Repubblica.

Il Presidente Napolitano, nella lettera, espresse profonde perplessità. In primo luogo per il fatto che quella previsione non era contenuta nella legge Alfano precedentemente promulgata. In secondo luogo poiché finiva con ridurre l'indipendenza del Capo dello Stato, dato che la disposizione in esame al Senato permetteva la sospensione dei processi nei confronti del Presidente della Repubblica per effetto di una delibera approvata con la maggioranza relativa del Parlamento in seduta comune. Per il Capo dello Stato siffatta previsione contrastava con l'art. 90 Cost. che prevedeva, per l'alto tradimento e l'attentato alla Costituzione, la maggioranza assoluta.

La tesi del Capo dello Stato non poteva essere espressa in modo più chiaro. Solo l'irresponsabilità rendeva veramente indipendente il Presidente della Repubblica e, se si volevano prevedere eccezioni, queste potevano essere disposte unicamente nel solco della Costituzione, quindi, con un voto a maggioranza assoluta. Il rischio era quello di politicizzare la carica di Capo dello Stato, rischio in parte evitabile se il Parlamento si fosse espresso a maggioranza assoluta.

Un'argomentazione, di per sé discutibile, ma che aiuta non poco a comprendere il motivo per il quale poi si decise il conflitto di attribuzione contro la Procura di Palermo. Il Presidente della Repubblica già allora ebbe modo di chiarire la sua tesi circa lo stretto rapporto tra irresponsabilità e indipendenza e, successivamente, il nesso venne applicato al tema delle intercettazioni. Se si potesse intercettare il Capo dello Stato egli non sarebbe più indipendente. Del disegno di legge costituzionale per reintrodurre in forme diverse il Lodo Alfano non se ne fece più niente, mentre è proprio recuperando alcune riflessioni esposte in quella occasione dal Capo dello Stato che si può meglio intendere il successivo ricorso alla Consulta.

Il conflitto, pertanto, verte su una duplice questione basilare. Per non ledere l'indipendenza del Presidente si deve ritenere impossibile intercettarlo, almeno fino alla messa in stato di accusa? In subordine – ammesso che l'indipendenza derivi

dall'irresponsabilità e parimenti accettato che le intercettazioni, dirette e indirette, debbano essere immediatamente distrutte – come si fa a valutare se le conversazioni intercettate riguardino funzioni presidenziali?

Qui risiede un punto delicatissimo. Distruggerle immediatamente, come vorrebbe il Capo dello Stato, significherebbe eliminare pure la possibilità che ci sia un magistrato in grado di distinguerle a seconda non solo della loro rilevanza ai fini del processo (R. Orlandi, 2012) ma anche della loro attinenza a funzioni presidenziali.

In effetti, esiste pur sempre una sfera di soggettività separata che distingue la persona dall'istituzione presidenziale. Se così non fosse, come la Consulta sostenne nel caso Cossiga, si prefigurerebbe un ingiustificabile e soprattutto non previsto in Costituzione privilegio, dato che la persona potrebbe fare qualunque cosa coperta dall'istituzione presidenziale.

In altre parole, posto che la persona non corrisponde totalmente con la carica, anche nel caso delle intercettazioni, come in quello delle esternazioni, si dovrebbe concordare sul fatto che è pur sempre la magistratura a dover stabilire il nesso tra il comportamento e le funzioni del Presidente della Repubblica. Se non fosse vero, si avrebbe un intollerabile privilegio, poiché la persona Capo dello Stato potrebbe pararsi dietro l'istituzione Capo dello Stato rendendosi immune da qualsiasi indagine e da ogni strumento investigativo. Una conclusione paradossale, d'altro canto, questo è un punto significativo, già bocciata dalla Consulta nel precedente caso Cossiga.

Da parte di autorevoli costituzionalisti si è sostenuto che, realisticamente, l'esito del ricorso si presenterebbe scontato. Non a favore della Procura ma del Presidente della Repubblica. Siffatto risultato sarebbe dimostrabile anche ricordando che la Consulta, a parte il caso Cossiga, non ha mai dato torto al Presidente della Repubblica. Si è peraltro scritto che sarebbe un fatto devastante, al limite della crisi costituzionale, se la Corte costituzionale desse torto al Presidente della Repubblica (G. Zagrebelsky, 2012). Il suggerimento al Capo dello Stato è stato quello di ritirare il ricorso, evenienza non verificatasi. Si è invece realizzato l'auspicio espresso in dottrina (G. Azzariti, 2012) circa la necessità, per il Presidente della Repubblica, dopo aver sollevato il conflitto, di interloquire più in generale con i poteri dello Stato, in particolare, per ricordare le ragioni della giurisdizione.

Al momento, è noto che la Procura ha deciso di destinare le intercettazioni ad un'inchiesta stralcio. Si è aperto un altro filone di indagini nel quale sono confluite le intercettazioni non rilevanti, tra le quali quelle qui in discussione.

Il giudizio nel merito della Corte farà discutere. Si è parlato di una sentenza che sarà memorabile e storica (M. Ainis, 2012). Sia che la ragione venga data al Capo dello Stato sia che si prospetti la correttezza della procedura seguita dalla Procura. Si tratta di un esito facilmente pronosticabile.

Se la Corte dovesse dare torto al Presidente della Repubblica aumenterebbero le critiche che già prima del giudizio non sono mancate, non solo in sede giornalistica, non solo da parte di alcuni politici, *leader* di partiti all'opposizione del Governo Monti, ma anche da parte di alcuni famigliari di vittime della stagione delle bombe di Cosa Nostra. In particolare, è stato Salvatore Borsellino, fratello del giudice Paolo, a criticare anche aspramente l'iniziativa del Capo dello Stato, soprattutto, per i ritardi che avrebbe comportato circa l'accertamento della verità. Si è finanche ipotizzato il ricorso alla messa in stato di accusa, senza tuttavia che tale ipotesi abbia mai fatto ingresso nelle aule parlamentari.

Se la Corte dovesse dare invece ragione al Presidente della Repubblica le critiche alla Procura di Palermo non si tratterebbero più, soprattutto, da parte dei politici che hanno sempre sottolineato la criticità di alcune indagini portate avanti nel capoluogo siciliano.

Ora, è vero che la Consulta potrebbe da una parte invocare il rispetto del principio di leale collaborazione e dall'altra richiamare il Parlamento ad un sollecito intervento legislativo chiarificatore (T. F. Giupponi, 2012), tuttavia, avrebbe anche la possibilità di chiarire fino in fondo, come mai accaduto in precedenza, non tanto il ruolo complessivo del Capo dello Stato, quanto il nesso tra l'irresponsabilità e l'indipendenza, sempre che si consideri la valutazione della Procura di non distruggere immediatamente le intercettazioni come un giudizio circa la funzionalità delle dichiarazioni del Capo dello Stato. Il punto è forse questo. La Corte dovrà ancora una volta tornare sul soggetto incaricato di valutare se una dichiarazione del Presidente sia funzionale alle sue attribuzioni, ancorché nel caso Cossiga diede già una risposta, peraltro chiara, attribuendo tale compito alla magistratura.

Bibliografia

- Ainis M., *Quel dubbio che riguarda i cittadini non il potere*, in *Corriere della Sera*, 1/9/2012
- Azzariti G., *Un conflitto senza regole*, in *il Manifesto*, 17/7/2012
- Bin R., *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996
- Bin R., Brunelli G., Pugiotto A., Veronesi P. (a cura di), *Il "Caso Cossiga". Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende*, Giappichelli, Torino, 2003
- Bin R., Brunelli G., Pugiotto A., Veronesi P., *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, Giappichelli, Torino, 2006
- Crisafulli V., *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia* (1960), in Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985
- D'Aloia A., *Immunità e Costituzione. Considerazioni su un difficile equilibrio*, in *Dir. pubb.*, 3/2011
- Galliani D., *Il Capo dello Stato e le leggi*, I, *Aspetti storici, profili comparatistici, ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2011
- Giupponi F. T., *Il conflitto tra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo: problematiche costituzionali in tema di inviolabilità del Capo dello Stato*, in *forum di Quaderni Costituzionali*, speciale *Amicus Curiae 2012 "Il Presidente intercettato"*
- Orlandi R., *Le parole del Presidente (a proposito del conflitto fra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo, circa il destino di comunicazioni casualmente intercettate)*, in *forum di Quaderni Costituzionali*, speciale *Amicus Curiae 2012 "Il Presidente intercettato"*
- Pace A., *I limiti del potere*, Jovene, Napoli, 2008
- Sperti A., *Corti supreme e conflitti tra poteri. Spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005
- Zagrebelsky G., *Napolitano, la Consulta e quel silenzio della Costituzione*, in *la Repubblica*, 17/8/2012

* Ricercatore e docente di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici, Facoltà di Scienze Politiche, Economiche e Sociali, Università degli Studi di Milano (davide.galliani@unimi.it)