

AMICUS CURIAE 2012

Le parole del Presidente

(a proposito del conflitto fra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo, circa il destino di comunicazioni casualmente intercettate)

di Renzo Orlandi

1. Una pesante ipoteca politica grava sul conflitto che divide Presidenza della Repubblica e magistratura palermitana con riguardo a un delicato caso di intercettazione telefonica. Oggetto della contesa non è l'uso processuale delle comunicazioni intercettate, bensì la procedura da seguire per la loro (pressoché certa) distruzione.

Secondo l'Avvocatura dello Stato, la distruzione andrebbe disposta a norma dell'art. 271 c.p.p e dovrebbe essere immediata, trattandosi di intercettazioni illegittime. La ragione dell'illegittimità risiederebbe nel divieto assoluto di intercettare la voce del Presidente, ancorché acquisita in maniera fortuita e inaspettata.

Oietta la Procura di Palermo che l'intercettazione è stata disposta legittimamente e che anche la parte riguardante il Presidente non si può considerare vietata, posto che non è concepibile il divieto di un evento imprevedibile. La distruzione delle conversazioni registrate può pertanto essere disposta solo se il loro contenuto risultasse irrilevante per il processo penale. Essendo l'irrilevanza della prova un tema da offrire al contraddittorio fra le parti, la procedura da seguire sarebbe quella indicata dagli artt. 268 commi 4-8 c.p.p.: deposito delle registrazioni nella segreteria del pubblico ministero; facoltà dei difensori di prenderne visione in modo da poter influire sulla decisione di stralcio dei contenuti superflui.

Come accennato, la discussione ha subito assunto un significato marcatamente politico, sia per l'estrema delicatezza dell'indagine nel corso della quale l'intercettazione controversa è stata eseguita, sia per l'incertezza che aleggia sulla normativa da applicare. Lo dimostrano i numerosi e autorevoli interventi ospitati sulla stampa quotidiana, dopo che l'Avvocatura dello Stato ha sollevato il conflitto. Ciò che li divide è l'assunto (politico, per l'appunto) di partenza. Gli uni affermano

la posizione del Presidente della Repubblica di fronte alle iniziative giudiziarie è, nel caso di specie, quella del cittadino comune¹ o, al più, quella del parlamentare²: unica eccezione, l'immunità rafforzata che l'art. 90 cost. assicura agli atti funzionali del Presidente. Per altri, il Capo dello Stato assolve una funzione meritevole di essere tutelata da qualsiasi invadenza di altri poteri pubblici, ivi compresa l'autorità giudiziaria: egli può essere chiamato a rispondere penalmente solo davanti al Parlamento e per delitti di eccezionale gravità (alto tradimento o attentato alla Costituzione)³.

Altra autorevole voce esorcizza il conflitto, auspicando che le parti trovino una soluzione adeguata a far cessare la materia del contendere⁴. E su una linea ottimisticamente conciliativa si pone anche chi si aspetta che il Capo dello Stato, dopo il ricorso alla Corte costituzionale, nella veste di presidente del CSM, sia capace di un gesto distensivo nei confronti della magistratura⁵.

Invece il conflitto perdura e dovrà essere in qualche modo risolto pur nell'incertezza delle situazioni giuridiche coinvolte e nella nebulosità del contesto normativo di riferimento. Oltretutto, la discussione rischia di imboccare la direzione sbagliata, quando si pretende di ricostruire il quadro delle prerogative immunitarie del Presidente della Repubblica, muovendo dalla sua irresponsabilità politica e penale. Indubbiamente, l'art. 90 cost. ha qui un rilievo che sarebbe sbagliato sottovalutare, ma - a mio avviso - da esso non si possono ricavare gli argomenti che

¹ Su questa linea, L. , *L'immunità del Presidente nella Carta non esiste*, intervista su *Il Fatto quotidiano* del 25 agosto 2012.

² Si veda F. CORDERO, *Le parole incaute del Colle*, in *la Repubblica* 22 agosto 2012, p. 27; IDEM, *Le indagini e i limiti alle intercettazioni*, *ivi*, 2 agosto 2012, p. 27; IDEM, *Se la procedura resta una cosa seria*, *ivi*, 25 luglio 2012, p. 26. Si consideri che, con riguardo alla vicenda oggetto del presente conflitto di attribuzione, le tesi che equiparano il Presidente della Repubblica al cittadino comune e quella che ritengono a lui applicabili in via analogica le disposizioni previste per i parlamentari nazionali si equivalgono, posto che le intercettazioni casualmente effettuate nei confronti di questi ultimi sono utilizzabili nei confronti di terzi (Corte cost. sent. 390 del 2007).

³ Su questa linea, V. ONIDA, nell'intervista al quotidiano on-line *Linkiesta* (10 agosto 2012 - consultabile in <http://www.linkiesta.it/napolitano-intercettazioni-costituzione>). La distruzione immediata del materiale intercettato discende - secondo Onida - dalla "necessità di proteggere la libertà e la segretezza delle comunicazioni del Presidente". Implicito, in questa posizione, il riconoscimento del particolare *status* che differenzia il Presidente dal cittadino comune.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione*, *la Repubblica*, 17 agosto 2012, p. 1.

⁵ G. AZZARITI, *Un conflitto senza regole, il manifesto*, 17 luglio 2012.

l'Avvocatura dello Stato esibisce in favore del Presidente. Il che - come si dirà - non significa abbracciare le conclusioni riprodotte nella memoria presentata dalla procura palermitana.

2. *Il Presidente della Repubblica di fronte alle iniziative giudiziarie: tre situazioni-tipo.* - L'Avvocatura dello Stato ricava l'illegittimità dell'intercettazione dall'irresponsabilità penale del Capo dello Stato. L'assunto viene corroborato dal rilievo riguardante il carattere funzionale delle attività che caratterizzano gli impegni quotidiani del Presidente della Repubblica, anche quando tali attività "non hanno carattere formalizzato" (p. 8 del ricorso). Quasi a dire che il Presidente agisce sempre "funzionalmente".

Mi pare che qui si mescolino situazioni che non vanno confuse. La distinzione fra atti funzionali e non funzionali ha senso quando ci si muove sul piano (sostanziale) della responsabilità da atto illecito (penale, civile, etc.). Così è anche per i parlamentari: si discute se l'atto sia o meno funzionale per stabilire se vada applicata l'immunità prevista dall'art. 68 comma 1 cost. Analogamente, per il Presidente della Repubblica, ha senso chiedersi se l'atto sia funzionale, al fine di stabilire se scatti l'immunità penale prevista dall'art. 90 cost. Non ha senso, invece, porsi questo problema quando il Presidente si trova ad essere bersaglio di un atto o di un'operazione giudiziaria, che ne minacciano o ne limitano le libertà individuali (libertà personale, domiciliare, di comunicazione e corrispondenza).

Peccherò di didascalismo, ma penso sia utile ricordare le tre situazioni tipo nelle quali può venirsi a trovare il Presidente di fronte alle iniziative della magistratura. Tre situazioni che occorre tenere ben distinte.

La prima - pacifica - è quella regolata dall'art. 90 cost.: nell'esercizio delle proprie funzioni, il Presidente è esentato da qualsiasi responsabilità penale, con l'eccezione dei due noti casi (alto tradimento e attentato alla Costituzione).

La situazione del secondo tipo si ricava, per logica deduzione, dai limiti applicativi del citato art. 90: per atti compiuti fuori dell'esercizio delle proprie

funzioni, il Presidente è soggetto al giudizio della magistratura ordinaria, come qualsiasi altro cittadino⁶.

Nella situazione del terzo tipo, il Presidente viene in considerazione come bersaglio di atti od operazioni processuali limitative di proprie libertà individuali: ad es. perquisizioni, sequestri, intercettazioni, misure limitative della libertà personale.

Diverso è il modo in cui quella "funzione" merita d'essere protetta nelle tre situazioni indicate, perché diversa è la minaccia che alla stessa può provenire dalle iniziative giudiziarie.

Nelle situazioni del primo e del secondo tipo, viene in considerazione una condotta determinata, temporalmente circoscritta (ad esempio, un'intervista dal contenuto diffamatorio), della quale si tratta di qualificare la natura: risponde o no alle finalità del ruolo presidenziale? Qui è in gioco l'addebito di un illecito identificabile in una condotta (attiva od omissiva) collocata nel passato e, per questo, isolabile da altre condotte sì da costituire il possibile oggetto di una valutazione in termini di funzionalità/extrafunzionalità.

Nelle situazioni del terzo tipo, invece, l'asse dell'attenzione si sposta sul terreno processuale e, precisamente, sulla dinamica dell'atto o dell'operazione, che, avendo a bersaglio il Presidente, coglie lo stesso nel momento presente; un momento scelto dal magistrato penale; un momento in cui l'iniziativa giudiziaria limitativa di libertà è *potenzialmente* idonea a turbare la funzione presidenziale.

⁶ Assunto confermato anche dalle disposizioni contenute nella l. n. 219 del 1989, che postulano una competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria per i reati extrafunzionali del Presidente: si vedano, ad es., l'art. 8 comma 2; l'art. 9 commi 2 e 3; l'art. 10 comma 1 l. cit.

Ulteriore conferma è ricavabile da Corte cost. sent. n. 154 del 2004 (caso Cossiga).

La legge non dice cosa accada in caso di condanna del Presidente da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria. La questione esula dal tema del presente contributo, sicché non può essere approfondita in questa sede. A prima vista, tuttavia, una condanna penale renderebbe inevitabile le dimissioni del Presidente: non per obbligo giuridico, bensì per comprensibili ragioni di opportunità politica. Quelle stesse ragioni cui si richiamavano i costituenti nel redigere la normativa sulle prerogative del Capo dello Stato. Si veda, al riguardo, l'intervento dell'on. Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione, nella seduta antimeridiana di venerdì 24 ottobre 1947, in Atti Assemblea Costituente, CCLXXI, p. 1513.

Nelle situazioni di questo tipo, il Presidente è *sempre* in funzione⁷. Inoltre, come accade nel caso oggetto di codesto conflitto d'attribuzione, l'iniziativa giudiziaria può riguardare anche un Presidente estraneo alla vicenda giudiziaria. Operazioni quali sequestri, perquisizioni, intercettazioni di comunicazioni, infatti, possono toccare la sfera giuridica di persone diverse dall'asserito autore del reato. Cercheremmo inutilmente di ricavare dall'art. 90 cost. (ripeto, tutto giocato sul piano sostanziale) regole adatte a tutelare l'immunità del Presidente da iniziative di questo tipo. Si pone quindi il delicato problema di individuare le (eventuali) fonti normative di questa specie di immunità.

Per questo, prima di affrontare la questione posta all'attenzione della Corte costituzionale, conviene indugiare brevemente sulla tutela che il nostro ordinamento offre alla funzione Presidenziale, quando questa sia minacciata da atti invasivi delle sue libertà individuali, che lo possono colpire anche quando nessun addebito penale gli viene mosso.

3. *Funzione presidenziale e atti limitativi di libertà: il significato dell'art. 205 c.p.p..* – Non sembrano esistere disposizioni esplicitamente volte a proteggere il Presidente della Repubblica da iniziative giudiziarie limitative delle sue libertà. Sostenere il contrario facendo leva sull'art. 7 della l. n. 219 del 1989 sarebbe il frutto discutibile di un'interpretazione non convincente. L'articolo in questione è dettato per i soli casi di *impeachment*. Sarebbe scorretto farne discendere una portata applicativa più ampia.

A un primo sguardo, l'assenza di norme positive al riguardo, induce a pensare che il Capo dello Stato sia privo di tutela di fronte a iniziative giudiziarie che lo coinvolgessero come terzo o come asserito autore di reati extrafunzionali⁸.

⁷ Qualcosa di analogo si nota, del resto, sul terreno delle immunità parlamentari. Atti limitativi di libertà non possono mai essere compiuti nei confronti di deputati o senatori, se non previa autorizzazione della assemblea di appartenenza. E l'autorizzazione prescinde (ovviamente, vien da aggiungere) dal carattere funzionale o meno dell'attività svolta dal parlamentare nel momento in cui ha subito o potrà subire l'iniziativa giudiziaria.

⁸ A questa conclusione, frettolosa e non sufficientemente meditata, ero pervenuto in precedenti occasioni: cfr. R. ORLANDI, *Le immunità politiche fra ragionevoli deroghe al principio di eguaglianza e*

Uno sguardo più attento rivela però che la funzione presidenziale trova una significativa ancorché episodica tutela nel codice di rito proprio con riguardo al Presidente non coinvolto come parte in un procedimento penale. Alludo alla norma che detta regole particolari per l'esame testimoniale delle alte cariche dello Stato (art. 205).

Come tutti i cittadini, il Presidente della Repubblica è soggetto all'obbligo testimoniale. Tuttavia, la legge ne impone l'esame nella sede in cui esercita la funzione. Una norma analoga è dettata per altri Presidenti (delle Camere, del Consiglio dei ministri, della Corte costituzionale), ma, mentre per costoro "si procede nelle forme ordinarie quando il giudice (ne) ritiene indispensabile la comparizione ... per eseguire un atto di ricognizione o di confronto o per altra necessità" (comma 3), per il Presidente della Repubblica questa eccezione non è prevista. Un dettaglio eloquente. Significa che, nei confronti degli altri quattro Presidenti, si ammette la possibilità di un accompagnamento coattivo, vale a dire, di un provvedimento limitativo della libertà personale, pur previa autorizzazione dell'organo competente a concederla (art. 68 comma 2 cost. e art. 4 comma 1 c.p.p.). Non così per il Presidente della Repubblica, il quale è sì tenuto a rendere testimonianza, ma sempre nella sua sede e nei tempi da lui stabiliti, compatibilmente con l'esercizio delle sue funzioni. Mai ne potrebbe essere ordinato l'accompagnamento coattivo. Questo ci dice l'art. 205 comma 3.

Sarebbe davvero uno strano modo di ragionare quello di trarre dal citato art. 205 la conclusione che la legge ordinaria protegge la libertà del Presidente solo quando essa è minacciata dall'accompagnamento coattivo. Sembra più corretto cogliere nell'art. 205 l'espressione positiva e visibile di una norma tacita alla quale l'interprete è chiamato a dar voce.

Se va evitata una misura come l'accompagnamento coattivo, andranno evitate a maggior ragione altre misure limitative di libertà (fra le quali, senza dubbio, la

illegittimi privilegi, in LP 2009, p. 698 e IDEM, *La legge penale e la persona: le immunità*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Torino, 2012, p. 353.

segretezza delle comunicazioni) che appaiono essenziali per l'esercizio della funzione.

Sarebbe opportuno che una legge (anche ordinaria⁹) intervenisse a far chiarezza, indicando le iniziative giudiziarie da vietare per far salva la funzione presidenziale. Ma - come detto - l'assenza di una norma positiva non è ragione sufficiente a negare l'esistenza di limiti che l'azione giudiziaria deve rispettare per non turbare quella funzione. L'alternativa (a mio avviso inaccettabile, benché formalisticamente ineccepibile) sarebbe quella di considerare ammessi, solo perché non espressamente vietati, atti invasivi quali perquisizioni, sequestri, intercettazioni (anche dirette) nei confronti di un Presidente pur estraneo alla vicenda processuale.

Anche la Procura di Palermo, nella sua memoria, ammette che le intercettazioni dirette del Presidente sarebbero illegittime e, dunque, inutilizzabili. Dove poggia una simile affermazione? Su quale norma positiva? Non credo si possa far leva sull'art. 7 l. n. 219 del 1989. E' vero che tale legge pone severe restrizioni al compimento di atti limitativi della libertà personale nei confronti del Presidente. Si tratta però di legge destinata a trovar applicazione solo nelle note ipotesi di responsabilità penale per atti funzionali¹⁰: una legge speciale che mal si presta a regolare la procedura penale ordinaria¹¹.

⁹ Nonostante quanto affermato da Corte cost. n. 262 del 2009 (circa la necessità che le prerogative immunitarie siano disposte con legge di rango costituzionale), la disciplina positiva volta a proteggere una funzione prevista dalla Costituzione stessa può essere fatta con legge ordinaria (cfr. Corte cost. n. 148 del 1983). Come si ricorderà, la citata sent. n. 262 del 2009 dichiarò illegittima la norma che imponeva la sospensione dei processi a carico delle alte cariche dello Stato, proprio per la procedura legislativa prescelta. Soluzione corretta, almeno con riguardo ai Presidenti delle due Camere e al Presidente del Consiglio, le cui prerogative erano già regolate da norme costituzionali e da corrispondenti norme attuative (artt. 1-4, l. n. 219 del 1989 e l. n. 140 del 2003). In realtà, il solo soggetto per il quale la sospensione del processo poteva giustificarsi (anche sul piano della procedura legislativa adottata) era proprio il Presidente della Repubblica, giacché la sua funzione non è oggetto di esplicita protezione normativa al di fuori delle situazioni previste dall'art. 90 cost.

¹⁰ Si veda anche l'osservazione svolta *infra*, nota 15.

¹¹ Del tutto improponibile mi sembra una lettura del citato art. 7 con la quale si pretenda di affermarne l'applicabilità diretta ai procedimenti ordinari che coinvolgono il Presidente della Repubblica accidentalmente o come imputato per reati extrafunzionali: ciò che comporterebbe - in caso di iniziative coercitive - un intervento del Comitato parlamentare per i giudizi d'accusa anche nelle procedure ordinarie. Resta aperta un'altra possibilità interpretativa: quella di ricavare dall'art. 7 l'esistenza di una regola tacita che, in linea generale, vieta iniziative limitative delle libertà del Presidente. Si arriverebbe, per questa via, a una conclusione non dissimile da quella illustrata nel testo

4. Di fronte alle iniziative giudiziarie che toccano la sua sfera giuridica il Presidente è "custode" della propria funzione. - Da quel che si è appena detto segue che l'autorità giudiziaria non può intraprendere alcuna iniziativa idonea a minacciare la funzione presidenziale. Se poi, per caso o per errore, una simile iniziativa fosse presa, occorrerebbe fare il possibile per eliderne o quanto meno attenuarne gli effetti pregiudizievoli.

Limitando il discorso all'attività che qui interessa (l'intercettazione di comunicazioni), il pregiudizio si concreterebbe nella loro divulgazione, non nella loro utilizzazione processuale. Non si tratta tanto di vietarne l'uso nel processo¹², quanto piuttosto di sottrarle all'occhio e all'orecchio della pubblica opinione. Ciò al fine di evitare strumentalizzazioni politiche e campagne giornalistiche che, investendo direttamente la figura del capo dello Stato, finirebbero con l'intaccare la sua immagine e, di conseguenza, con il pregiudicarne la funzione.

Si è ritenuto di trovare la soluzione del problema in un'applicazione analogica dell'art. 6 l. n. 140 del 2003, nella versione emendata dalla Corte cost. con la sent. n. 390 del 2007¹³. Come si ricorderà, con quella decisione la Corte ha stabilito che, se intercettate, le comunicazioni alle quali partecipa in modo casuale e imprevedibile un parlamentare sono utilizzabili senza bisogno di autorizzazione. Occorre tuttavia meditare sulla ragione che indusse la Corte a un simile passo. E la ragione sta tutta nel rilievo che il citato art. 6 estendeva indebitamente la tutela del parlamentare oltre i limiti consentiti dall'art. 68 comma 3 cost.¹⁴. Il legislatore aveva superato i limiti che la norma costituzionale gli imponeva.

muovendo dall'art. 205. Quest'ultima mi pare preferibile perché trae spunto da una regola certamente applicabile alla generalità dei processi penali.

¹² Utilizzazione che, stando alle dichiarazioni della procura palermitana, sembra esclusa in ragione della loro irrilevanza, non della loro illegittimità. In altre parole, più che inutilizzabili, le conversazioni oggetto del conflitto sembrano inutili.

¹³ Parla esplicitamente di applicazione analogica F. CORDERO, *Le parole incaute del Colle*, cit., p. 27.

¹⁴ Al punto 5.1 della sent. 390 del 2007 si legge: "La disciplina delle intercettazioni «indirette» - o, più propriamente, per quanto si dirà, delle intercettazioni «casuali» - quale delineata dall'art. 6 della legge n. 140 del 2003, non può ritenersi in effetti riconducibile alla previsione dell'art. 68, terzo comma, Cost.". A questa conclusione era peraltro pervenuta larga parte della dottrina: si vedano, ad

L'argomento non vale per il capo dello Stato. Le sue funzioni sono infatti tutelate in maniera diversa e, al momento, non scritta¹⁵. Nulla impedirebbe, ben inteso, di allineare la posizione del Presidente della Repubblica a quella del parlamentare¹⁶. In assenza di una normativa esplicita, la tutela immunitaria ha un'espansione non delimitabile dall'art. 68 cost., ma ricostruibile dall'interprete in ragione dell'esigenza di tutelare efficacemente la funzione presidenziale, tenendo conto delle sue peculiarità. Per questo è fuori luogo invocare il citato art. 6.

A rendere inapplicabile tale articolo, contribuisce inoltre il carattere monocratico della carica. Fra parlamentare e autorità giudiziaria si frappone il dispositivo autorizzativo dell'assemblea politica. La Camera competente è "custode" della funzione parlamentare. Ad essa spetta intervenire (se del caso negando l'autorizzazione al compimento dell'atto) per salvaguardare la funzione politica. Niente di tutto questo può accadere per il nostro Presidente della Repubblica, almeno fino a che una legge costituzionale (come accade in Germania) non lo preveda esplicitamente. In assenza di disposizioni al riguardo, non sono

esempio, G. AMATO, *Intercettazioni: passa l'utilizzabilità limitata*, in *Guida dir.* 2003, fasc. 26. p. 32; D. NEGRI, *Procedimento a carico dei parlamentari*, in AA.VV., *Immunità e giustizia penale*, a cura di R. Orlandi e A. Pugiotto, p. 386.; M. GIALUZ, *Intercettazione di colloqui riservati e libertà funzionale del parlamentare: qualche riflessione sulla portata della prerogativa dell'art. 68 comma 3 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3691; R. ORLANDI, *Lodo "Maccanico": attuazione dell'art. 68 e sospensione dei processi per le alte cariche: profili processuali*, in *Dir. pen. proc.* 2003, p. 1216.

¹⁵ Al riguardo, appare sostanzialmente corretta l'affermazione dell'Avvocatura dello Stato circa l'erronea assimilazione del Presidente della Repubblica a quella del parlamentare (pp. 13-14). Sembra tuttavia incompleto l'iter argomentativo seguito per negare che - quanto a prerogative immunitarie - il Presidente della Repubblica sia assimilabile al parlamentare. Non dall'art. 90 cost. e dall'art. 7 l. n. 219 del 1989, bensì dalla necessità di postulare una tutela della funzione presidenziale di fronte a iniziative giudiziarie invasive si ricava la diversità delle situazioni soggettive considerate.

Di scarso pregio l'argomento che facesse leva sul comma 2 dell'art. 7 l. n. 219 del 1989, lì dove si stabilisce che "Devono in ogni caso essere deliberati dal Comitato i provvedimenti che dispongono intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione, ovvero perquisizioni personali o domiciliari, ...". L'espressione *in ogni caso* parrebbe alludere a tutte le immaginabili situazioni in cui il Presidente della Repubblica può essere bersaglio di un provvedimento coercitivo, ivi compresi i procedimenti penali per reati extrafunzionali. Non è così. Quell'espressione va letta in continuità con il comma precedente, dove si dice che "per il compimento degli atti di indagine il Comitato può delegare uno o più dei suoi componenti". Essa risolve un problema di competenza a disporre provvedimenti coercitivi, in ogni caso attribuiti all'intero Comitato, mai (nemmeno in casi d'urgenza) ai componenti delegati.

¹⁶ In tal senso provvede, ad esempio, la Costituzione tedesca che, all'art. 60 comma 4 rende applicabili al *Bundespräsident* i commi 2-4 dell'art. 46 *Grundgesetz*. La comparazione è significativa. Il Presidente tedesco è figura istituzionale dai tratti simili a quella del Presidente italiano, come risulta da un rapido esame degli artt. 55-61 *Grundgesetz*.

pensabili autorizzazioni volte a render possibili intercettazioni future, né nulla osta per l'uso processuale di intercettazioni già eseguite.

Inoltre, "custode" della funzione di fronte ad atti invasivi dell'autorità giudiziaria non può che essere il Presidente stesso. Il conflitto sollevato contro la Procura di Palermo è, per l'appunto, un atto di autoprotezione della funzione presidenziale. E va detto che tale funzione può essere pregiudicata dalle intercettazioni sia dirette sia indirette o casuali. La distinzione - rilevante per l'applicazione dell'art. 68 comma 3 cost. - perde di senso quando si entra nella sfera giuridica del Presidente della Repubblica, il quale ben potrebbe veder minacciata la propria funzione anche a seguito di un'intercettazione casuale.

5. *La distruzione delle registrazioni effettuate.* - La discussione sul carattere indiretto delle intercettazioni ha per posta in gioco l'affermazione di legittimità delle intercettazioni stesse. E' la tesi della Procura di Palermo, sostenuta con ricchezza di argomenti nella memoria presentata alla Corte costituzionale. Essendo state acquisite legittimamente, le comunicazioni casualmente intercettate sono utilizzabili nel processo. Possono essere distrutte solo se inservibili. Ovviamente, a questa valutazione potrebbe opporsi la difesa dell'imputato, se ravvisasse nei contenuti di quelle comunicazioni qualche spunto utile alle proprie tesi. Supponendo che pure la difesa le consideri inservibili, la distruzione sarebbe inevitabile (art. 269 comma 2 c.p.p.). Dovrebbe però essere disposta solo dopo che pubblico ministero e difensore hanno avuto modo di prendere posizione circa la rilevanza processuale del materiale intercettato, nell'udienza camerale appositamente convocata a norma del citato art. 269.

Ciò è precisamente quel che la Presidenza della Repubblica vorrebbe evitare, perché l'udienza in camera di consiglio comporterebbe caduta della segretezza interna che, attualmente, rende inaccessibile alla parte privata l'esatto contenuto della conversazione intercettata. Di qui l'insistenza dell'Avvocatura dello Stato, sulla necessità di distruggere immediatamente il materiale intercettato per evitarne

il deposito in favore della difesa e, con esso, la pressoché certa divulgazione sui *media*.

A una simile conclusione si giunge in base al rilievo che la conversazione cui ha partecipato, pur casualmente, il Capo dello Stato è illegittima e, pertanto, va immediatamente distrutta in quanto inutilizzabile, come impone l'art. 271 c.p.p. Si pretende, anzi, che la distruzione vada eseguita dalla stessa Procura della Repubblica che ha eseguito l'intercettazione e che sta custodendo, secretata, la registrazione della conversazione.

Vengono così date per scontate affermazioni o postulati che scontati non sono affatto. L'unica affermazione sulla quale sembra logico convenire - dopo quel che si è detto in precedenza - riguarda l'inutilizzabilità della conversazione pur casualmente intercettata, essendo il capo dello Stato uno degli interlocutori.

E' vero - come sottolinea la memoria della Procura palermitana - che quella inutilizzabilità non discende da un divieto di acquisizione, posto che un simile divieto "può avere ad oggetto una condotta volontaria, non un fatto fortuito" (p. 24). Occorre tuttavia aggiungere che, oltre ai divieti di acquisire prove di per sé illegittime (es. intercettazioni dirette di un parlamentare senza previa autorizzazione della Camera competente), esistono divieti di utilizzare prove acquisite *secundum legem*, divenute inutilizzabili per circostanze o situazioni successive all'operazione acquisitiva (ad es., intercettazioni casuali di un parlamentare, non utilizzabili contro di lui se non previa autorizzazione). In altre parole, non sempre i divieti probatori si presentano come divieti di acquisizione. Sovente sono previsti come divieti di utilizzare prove acquisite legittimamente (o erroneamente, ma in buona fede, come accade, appunto, con talune intercettazioni casuali). Nulla di strano, quindi, se dalla necessità di proteggere la funzione presidenziale si trae un divieto di utilizzare nel processo la conversazione del capo dello Stato casualmente captata.

E' invece impossibile condividere l'affermazione che il pubblico ministero sarebbe tenuto a distruggere l'intercettazione inutilizzabile. La norma (art. 271) è chiara: organo competente al riguardo è il giudice, non il pubblico ministero. Ha

ragione la Procura di Palermo a qualificare come inesigibile la condotta che l'Avvocatura dello Stato vorrebbe rendere doverosa tramite l'intervento della Corte costituzionale in sede di conflitto. Un *petitum* formulato in quei termini rende inammissibile il ricorso. Del resto, sarebbe del tutto inopportuno affidare a una parte il compito di distruggere un possibile mezzo di prova, posto che la stessa inutilizzabilità può essere oggetto di controversia. Di più: se, al termine del conflitto, la Corte impartisse al pubblico ministero l'ordine auspicato dall'Avvocatura, si produrrebbe una possibile lesione del diritto di difesa (art. 24 comma 2) e una compressione del diritto al contraddittorio (art. 111 comma). Sarebbe un ordine costituzionalmente illegittimo.

Proprio per dare spazio al possibile contrasto d'opinioni in ordine all'inutilizzabilità dell'intercettazione, l'art. 271 affida all'organo giurisdizionale il delicato compito di distruggere il mezzo di prova, solo dopo che ne sia stata accertata con sicurezza l'inutilizzabilità.

Aleggia un dubbio sulla procedura da seguire: va convocata un'udienza in camera di consiglio? Oppure decide il giudice, sentite informalmente le parti? L'art. 271 tace al riguardo, lasciando un dubbio interpretativo. Dubbio che la Corte di cassazione, con una sentenza del 2009, ha risolto optando per l'udienza: "ove la questione sorga davanti al g.i.p. e sia costui competente a ordinare la distruzione (avendo dichiarato l'inutilizzabilità) la procedura che deve seguire non può che essere quella camerale, ex art. 127 c.p.p., l'unica in grado, in questa fase, di garantire il più ampio contraddittorio fra le parti"¹⁷.

Così stando le cose nel "diritto vivente"¹⁸, non sembra esserci praticamente differenza - sul piano procedurale - fra la *distruzione per irrilevanza della prova* (art. 269 comma 2) e la *distruzione per inutilizzabilità* (art. 271 comma 3): in entrambi i casi

¹⁷ Così, Cass. sez. II, 26 maggio 2009, n. 25590, in *CED*, RV 244153. Vale la pena riprodurre il principio di diritto affermato qualche riga dopo la citazione riportata nel testo: "ove insorga controversia in ordine alla utilizzabilità di intercettazioni ai sensi dell'art. 271 c.p.p., la distruzione delle medesima dev'essere ordinata, in ogni stato e grado, dal giudice che le dichiari inutilizzabili, ma dev'essere eseguita solo quando la suddetta decisione divenga irrevocabile".

¹⁸ Non constano precedenti difformi alla sentenza citata nella nota precedente. Si segnala invece un precedente conforme: Cass. Sez. VI, 26 aprile 2007, in *CED*, Rv. 237155.

è di regola necessario passare per l'udienza in camera di consiglio, col risultato di veder divulgato il testo della conversazione intercettata. La funzione presidenziale rischierebbe di uscirne vulnerata, nonostante il divieto che incombe sulla sua utilizzazione nel processo.

C'è, per verità, una situazione nella quale la *distruzione per inutilizzabilità* può ragionevolmente essere disposta (dal giudice) senza udienze né aperture al contraddittorio: accade quando le parti non contestino la valutazione di inutilizzabilità¹⁹. Sarebbe allora superfluo convocarle per sentirne le ragioni su questa specifica questione processuale. Il giudice potrebbe decidere, sentite le parti al di fuori dell'udienza e procedere alla distruzione, se ritiene la prova inutilizzabile e nessuna parte solleva obiezioni al riguardo.

In assenza di un simile accordo, l'udienza è inevitabile. A proteggere la funzione presidenziale, in attesa della decisione sulla inutilizzabilità e successiva distruzione del materiale intercettato, potrebbe forse intervenire un ordine di segretezza del giudice, impartito a norma dell'art. 114 comma 5 c.p.p.: si tratta di disposizione pensata per segreti da mantenere "nell'interesse dello Stato", ai quali, con un piccolo sforzo di fantasia, può essere assimilata la riservatezza che deve circondare le conversazioni del Capo dello Stato, a tutela della sua funzione.

6. *Conclusioni.* – Tirando le fila delle osservazioni sin qui svolte:

a. L'Avvocatura dello Stato ha ragione quando afferma che la funzione presidenziale va tutelata anche di fronte a intercettazioni casuali. Ha ragione quando considera tali intercettazioni inutilizzabili. Sbaglia, quando individua nel pubblico ministero l'organo competente a distruggere le intercettazioni illegittime. Esprime una richiesta inammissibile quando pretende che il conflitto si chiuda con l'ordine di distruggere immediatamente quelle intercettazioni.

b. Correlativamente, la Procura di Palermo ha ragione quando considera inesigibile l'ordine al pubblico ministero di distruggere quelle intercettazioni. Ha ancora ragione quando nega che il Presidente della Repubblica – alla luce della

¹⁹ Uno spunto in tal senso è contenuto nella sent. citata alla nota 17.

nostra costituzione – vada considerato assolutamente inviolabile, com'era il re nello Statuto albertino. Esprime, invece, un'opinione non condivisibile, quando trae dall'art. 6 l. n. 140 del 2003 la conclusione che anche le intercettazioni casuali del Capo dello Stato possono essere utilizzate nel processo e che, pertanto, la procedura da seguire per la loro eventuale distruzione è quella dell'art. 269 comma 2, anziché quella dell'art. 271 comma 3 c.p.p.

c) L'ordine di distruggere le intercettazioni è sempre di competenza dell'organo giurisdizionale. La procedura da seguire prevede, di regola, la convocazione di un'udienza in camera di consiglio, anche quando la distruzione vada disposta a norma dell'art. 271, per l'accertata inutilizzabilità del materiale intercettato. L'udienza può essere omessa solo quando l'affermazione di inutilizzabilità non sia oggetto di controversia fra le parti.

d) L'inutilizzabilità delle intercettazioni oggetto del conflitto non presuppone necessariamente l'illegittimità (*ab origine*) delle stesse. Possono esservi prove acquisite legittimamente, vale a dire in presenza dei presupposti legalmente prestabiliti, eppure inutilizzabili perché la causa del divieto emerge ad acquisizione avvenuta.

e) A proteggere la funzione presidenziale (evitando la divulgazione del materiale intercettato) può utilmente contribuire un ordine di segretezza del giudice a norma dell'art. 114 comma 5 c.p.p. Dettata per assicurare riservatezza a notizie destinate a restare segrete "nell'interesse dello Stato", la disposizione può adattarsi all'esigenza di far salva la funzione presidenziale.