

4.12.12

PROCURA DI PALERMO – PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Discussione orale

1. Il *petitum* del ricorso, sia nella formulazione originaria sia in quella inammissibilmente modificata nella memoria illustrativa, muove esplicitamente dalla premessa che le intercettazioni indirette accidentali del Presidente della Repubblica **devono ritenersi vietate** ai sensi dell'art. 7 comma 3 l. n. 219 del 1989.

La tesi urta però contro la logica prima ancora che contro il nostro ordinamento positivo. ***Il fatto fortuito, proprio perché fortuito, non può costituire oggetto né di un'imposizione né di un divieto.***

Mi si consenta un paragone non troppo azzardato. E' mai possibile vietare di scivolare accidentalmente su una strada ghiacciata? Certamente no. E' invece ben possibile che l'autorità competente vieti il pattinaggio su una strada di transito.

La differenza tra le due ipotesi è strutturale: nel primo caso **si pretende di vietare un fatto accidentale e quindi involontario, nel secondo si vieta un fatto volontario.**

Ma proprio perché la differenza tra le due ipotesi è strutturale, non si può far rientrare **la prima ipotesi** (il fatto accidentale) **nella seconda** (il comportamento volontario), né si possono utilizzare, come fa l'Avvocatura, argomenti «*a fortiori*» e «*de maiori ad minus*».

2. Ritenere vietate le intercettazioni accidentali del Presidente non solo è in palmare contrasto con l'art. 112 Cost. perché porrebbe ***un limite irrazionale al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale*** come si è approfonditamente argomentato nelle memorie, ma determinerebbe altresì una grave menomazione alla ***concreta operatività dell'art. 90 Cost.***, il quale, nell'affermare **l'irresponsabilità** del Presidente della Repubblica per atti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni, **fa salvi** l'alto tradimento e l'attentato alla Costituzione. Ebbene, tali due ***ipotesi pur essendo totalmente estranee al caso di specie*** evidenziano un ulteriore ostacolo logico-giuridico di cui Controparte non ha tenuto conto.

Che è il seguente. Se in un lontano futuro un'intercettazione indiretta e accidentale di una conversazione telefonica di un ipotetico Presidente della Repubblica ***rivelasse l'esistenza di fatti configurabili come alto tradimento o attentato alla Costituzione nei quali egli fosse implicato***, la Procura della Repubblica dovrebbe forse distruggere seduta stante il *file*? O dovrebbe comunque ignorarlo ancorché contenga una *notitia criminis* rilevante ex art. 90 Cost.?

A tal riguardo mi preme sottolineare - circostanza peraltro ben nota agli autorevoli Giudici costituzionali provenienti dalla Corte di cassazione - che una siffatta evenienza è **esplicitamente** negata dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione.

Senza alcuna distinzione la S.C. afferma infatti l'utilizzabilità delle intercettazioni indirette accidentali sia come *notitia criminis*¹ sia come prova penalmente rilevante ai sensi dell'art. 270 comma 1 c.p.p.².

3. Aggiunge l'Avvocatura a p. 25 della memoria illustrativa che al Presidente della Repubblica competerebbe un "**surplus di garanzia**" per la peculiarità della sua **carica**, un **surplus** che inciderebbe inammissibilmente sull'obbligatorietà dell'azione penale, sul principio di contraddittorio, sul diritto di difesa ecc.

Ebbene, ammessa astrattamente tale contestata ipotesi, ci si dovrebbe allora chiedere: ***perché mai un siffatto "surplus di garanzia" non dovrebbe spettare anche al Presidente del Consiglio e ai Ministri, titolari, diversamente dal Capo dello Stato, di "poteri attivi"?***

Con la conseguenza, però, che se si estendesse siffatto "**surplus di garanzia**" anche al Presidente del Consiglio e ai Ministri, le conseguenze pregiudizievoli dell'accoglimento del ricorso del Presidente si moltiplicherebbero a dismisura, in quanto aumenterebbe l'ambito di tutti coloro che, ancorché sottoposti ad indagine penale, potrebbero avere titolo, in ragione di attuali o pregressi rapporti o funzioni precedentemente svolte, a comunicare direttamente oltre che con il Presidente della Repubblica, con il Presidente del Consiglio e con i singoli Ministri.

E i magistrati, in caso di dubbio, dovrebbero astenersi dal disporre intercettazioni a carico di tutti costoro in nome di tale ipotetico ***surplus di garanzia***.

4. L'Avvocatura generale dello Stato, a p. 24 della memoria illustrativa, ha giustamente affermato, che la ***«demarcazione tra irresponsabilità funzionale e responsabilità extrafunzionale del Presidente della Repubblica (...) resta affatto estranea all'oggetto del conflitto e alle richieste formulate nel ricorso»***. Ciò nondimeno poco dopo, a p. 27, l'Avvocatura, contraddicendosi, afferma che ***«le conversazioni oggetto dell'odierno conflitto di attribuzioni rientrerebbero tra gli atti funzionali del Presidente della Repubblica»***, di cui perciò sarebbe sempre vietata l'intercettazione ancorché accidentale.

Pur dovendosi ancora una volta ribadire che la distinzione atti funzionali ed extrafunzionali sarebbe rilevante solo se il Presidente della Repubblica fosse sottoposto a indagine penale, per mero tuziorismo elenco qui le ragioni per le quali nella specie non si può ritenere che le conversazioni in questione costituissero esercizio della funzione presidenziale.

In primo luogo, la tesi della natura essenzialmente funzionale delle conversazioni del Presidente della Repubblica è smentita dal rilievo, pacifico tra i costituzionalisti (Barile, Cheli, Caretti, Troisio, Filippo Donati ecc.), che, essendo ***il contenuto delle comunicazioni coperto dal segreto nei confronti dei terzi (art. 15 Cost.)***, esso non ha una rilevanza esterna, e quindi esso non può aprioristicamente identificato né come funzionale né come extrafunzionale.

¹ V. da ultimo, v. Cass. pen, V. sez. n. 4951 del 2010.

² V. da ultimo, v. Cass. pen., sez. II, n. 19699

In secondo luogo la tesi è comunque smentita dalle due *conversazioni telefoniche del 24 e del 31 dicembre del 2011*, la cui datazione fa ragionevolmente presumere che con esse il sen. Mancino intendesse piuttosto formulare al Presidente Napolitano gli auguri d'occasione. *Il che destituisce la tesi che tutte le conversazioni telefoniche che passano per il centralino del Quirinale abbiano natura funzionale* (contra v. memoria ill. Avvocatura, p. 27).

In terzo luogo, con tutto il rispetto per la Controparte, non è credibile l'affermazione dell'Avvocatura generale dello Stato (p. 21), secondo la quale *le conversazioni intercettate costituivano il momento preparatorio di un successivo intervento del Quirinale relativo alla salvaguardia delle esigenze di coordinamento delle diverse iniziative in corso presso varie Procure*. L'affermazione non è credibile non solo perché con essa l'Avvocatura avrebbe altrimenti indebitamente **rimosso il velo di segretezza** che lo stesso ricorso del Presidente della Repubblica intendeva preservare, ma anche perché un siffatta problematica, in primo luogo non rientra nelle attribuzioni del Presidente della Repubblica; e in secondo luogo, a tutto voler concedere, non può ragionevolmente costituire il tema di una conversazione telefonica tra un Presidente della Repubblica e **un comune cittadino** ancorché ex senatore ed ex ministro.

5. In conclusione, il ricorso è non solo inammissibile ma anche infondato. E quindi tanto che si segua la via dell'art. 268 c.p.p. quanto quella dell'art. 271 sempre e solo il giudice potrà disporre la distruzione delle intercettazioni e sempre e soltanto nel rispetto del principio del contraddittorio con l'indagato e con le altre parti.

Quali potrebbero essere allora le vie consentite dall'ordinamento per salvaguardare la riservatezza delle interlocuzioni casuali del Presidente della Repubblica?

Il prof. Orlandi nella sua Relazione all'*Amicus Curiae* del 2012 ha prospettato la tesi che il g.i.p. possa, ai sensi dell'art. 114 comma 5 c.p.p., prescrivere il mantenimento del segreto sulle intercettazioni accidentali. Ma questo non lo si può stabilire in questa sede, non essendo il g.i.p. parte del conflitto.

A parere di questa difesa, ben più lineare e pertinente sarebbe invece il ricorso all'apposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio, su richiesta del Presidente della Repubblica che illustri al *Premier* il contenuto delle comunicazioni e sempre che ricorra una delle ipotesi previste dalla l. n. 124 del 1977.

Si insiste quindi per il rigetto del ricorso.