

La riservatezza dei colloqui del Presidente della Repubblica nel conflitto di attribuzioni con la Procura di Palermo

di Cecilia Pannacciulli*

(16 novembre 2012)

Sommario: 1. Note introduttive. La prospettiva diacronica. 2. I cinque profili giuridicamente rilevanti: a) ruolo del Capo dello Stato e ampiezza delle sue prerogative. 3. Segue: b) potere giudiziario e interpretazione in prima istanza delle norme costituzionali. 4. Segue: c) i diritti costituzionali degli indagati. 5. Segue: d) l'equilibrio dei rapporti tra il potere "presidenziale" e il potere giudiziario. 6. Segue: e) la tutela della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica. 7. Rilievi conclusivi. Un'ipotesi di soluzione.

1. Note introduttive. La prospettiva diacronica

La vicenda delle intercettazioni "casuali" dei colloqui del Presidente della Repubblica da parte della Procura di Palermo – culminata con il deposito (30.07.2012) da parte dell'Avvocatura dello Stato del ricorso avente ad oggetto il conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e il Pubblico Ministero nella persona del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo – è questione di tale eterogenea portata che non può certo essere liquidata con affermazioni nette sul torto o la ragione dell'una o dell'altra parte. In tale prospettiva, il presente contributo non si addenterà nell'analisi delle tesi avanzate dalle parti, ma cercherà di esaminare quali elementi di fatto e di diritto siano rilevanti per il caso di specie¹.

Sul piano diacronico, deve subito rilevarsi che sia la Procura di Palermo, sia il Capo dello Stato avrebbero forse potuto attenersi a comportamenti istituzionali maggiormente informati a ragioni di "opportunità".

Affidare, da parte di un Pubblico Ministero, alle pagine dei giornali la notizia² che, nel corso di una delicatissima indagine penale in merito alla c.d. trattativa Stato-mafia, il Presidente della Repubblica era stato oggetto di alcune intercettazioni telefoniche "casuali" eseguite sull'utenza di un ex Ministro dell'Interno, indagato per falsa testimonianza sui fatti riguardanti l'inchiesta medesima, e che quelle conversazioni erano già state esaminate e valutate dalla Procura come irrilevanti nei confronti del Presidente, è un comportamento che certamente non può dirsi improntato a forme di correttezza costituzionale. Inoltre la Procura di Palermo, nella piena consapevolezza di esercitare un "potere" dello Stato e nel legittimo convincimento di poter valutare «l'applicabilità in concreto, in rapporto alle circostanze di fatto, della clausola eccezionale di esclusione della responsabilità»³, sembra essersi concentrata molto più sull'interpretazione delle disposizioni di legge che sull'art. 90 Cost. la cui portata, che si ritenga o meno o in quale misura applicabile al caso *de quo*⁴, riguarda comunque le prerogative di un altro "potere" dello Stato, quello rappresentante la più "autorevole" carica della Repubblica:

¹ Si riprendono, in questa sede, con aggiornamenti e integrazioni, le argomentazioni già articolate in un recente lavoro monografico (C. PANNACCIULLI, *Le comunicazioni riservate tra nuove tecnologie e giustizia penale*, Bari, 2012, 121 s.), in cui si esamina la vicenda *de qua* nella prospettiva più ampia della libertà di comunicare riservatamente.

² Per una ricostruzione dettagliata v. A. PIROZZOLI, *L'immunità del Presidente della Repubblica davanti alla Corte costituzionale: i dubbi della vigilia*, in www.forumcostituzionale.it, 28.09.2012 e E. TIRA, *Il conflitto di attribuzioni tra il Presidente della Repubblica e la Procura di Palermo in materia di intercettazioni indirette o casuali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012 (30.10.2012).

³ Così Corte cost., sent. n. 154 del 2004, che si esaminerà a breve.

⁴ Si ritiene, infatti, come più avanti si tenterà di dimostrare, che non siano le norme concernenti l'immunità a rappresentare il corretto punto di partenza ermeneutico.

una maggiore prudenza⁵ e sensibilità istituzionale⁶, specie nelle modalità con cui la vicenda è stata portata a conoscenza dell'opinione pubblica, avrebbero probabilmente evitato alcune spiacevoli ricadute istituzionali.

D'altra parte deve rilevarsi che la scelta della Presidenza di sollevare un conflitto di attribuzione tra poteri, per quanto reazione "formalmente" comprensibile, avrebbe più coerentemente potuto effettuarsi nel momento in cui si è venuti a conoscenza che un'altra Procura della Repubblica aveva intercettato "fortuitamente" alcune telefonate "presidenziali"⁷ che, pur configurandosi penalmente irrilevanti per tutte le parti, si è invece appreso che non sono mai state distrutte, ed anzi allegate agli atti del dibattimento. Da un altro punto di vista, scegliere il conflitto interorganico come modo di risoluzione della questione, significa non solo dare certezza giuridico-formale ad una situazione di (preteso) vuoto normativo, ma perfino «ridisegnare (...) la forma di governo nei suoi rapporti tra l'istituzione giudiziaria e quella presidenziale»⁸.

Il conflitto è stato ritenuto ammissibile dalla Corte costituzionale⁹ che ha fissato l'udienza pubblica in data 4 dicembre 2012.

2. I cinque profili giuridicamente rilevanti: a) ruolo del Capo dello Stato e ampiezza delle sue prerogative.

Dal punto di vista giuridico, si ritiene invero che la questione presenti cinque profili rilevanti, correlati rispettivamente: alla configurazione costituzionale del Capo dello Stato e della ampiezza della sua immunità (artt. 87, 89, 90 Cost.); al potere dell'autorità giudiziaria di interpretare in prima istanza le norme costituzionali (nella specie, l'art. 90

⁵ In questo senso v. G. NORI, *Il conflitto a proposito delle intercettazioni telefoniche: alcune osservazioni preliminari*, in www.federalismi.it, n. 16/2012 (01.08.2012).

⁶ Sulla idoneità del principio di leale collaborazione a configurarsi quale utile parametro di riferimento ai fini della risoluzione del conflitto v. T. F. GIUPPONI, *Il conflitto tra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo: problematiche costituzionali in tema di inviolabilità del Capo dello Stato*, in *Amicus curiae* 2012 – "Il Presidente intercettato", www.forumcostituzionale.it, 13.11.2012, 13-14. Sulla opportunità di una interpretazione della legge da parte dei giudici palermitani «nei termini più ristretti a salvaguardia del ruolo delle istituzioni e della stabilità del sistema dei poteri nel suo complesso» v. G. AZZARITI, *Un conflitto senza regole, Il Manifesto*, 17.07.2012. Nello stesso senso G. FERRARA, *Le ragioni del diritto (e del conflitto), Il Manifesto*, 21 luglio 2012, il quale, a proposito delle intercettazioni come deroga alla garanzia costituzionale di cui all'art. 15 Cost., osserva che «principio indiscusso di civiltà giuridica è quello che impone, per le norme che derogano, un'interpretazione rigorosissima, non espansiva, di stretto diritto».

⁷ V. M. MUGNAINI, *Napolitano intercettato a Firenze. La Procura: stop dopo tre giorni* in www.la Repubblica.it, *Archivio*, 18 luglio 2012. Ci si riferisce alle intercettazioni eseguite due anni fa circa, in cui sono state casualmente registrate le conversazioni del Presidente Napolitano con l'allora Capo della Protezione Civile, Guido Bertolaso, indagato nell'inchiesta c.d. "G8", oggi giunta alla fase dibattimentale dinanzi ai giudici di Perugia.

⁸ G. AZZARITI, *Un conflitto senza regole, ivi*. È nota, altresì, la posizione di G. ZAGREBELSKY, il quale in alcuni interventi sulla stampa quotidiana (*la Repubblica*, 17.08.2012, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione; il Fatto Quotidiano*, 18.08.2012, *La legge è coi pm. Il Colle ci ripensi; la Repubblica* del 23.08.2012, *Il Colle, le Procure e lo spirito della Costituzione*), ha sollevato numerosi dubbi di "opportunità" sul conflitto *de quo*. In particolare si è soffermato sul fatto che «la Corte è un giudice e noi pretendiamo ch'essa giudichi secondo diritto, seguendo l'etica della convinzione» che le è propria. Ma sappiamo bene che, messa di fronte a un "fiat iustitia, pereat mundus", nessuna Corte costituzionale indietreggerebbe nell'applicare l'etica delle conseguenze che, indubbiamente, interferisce con le ragioni solo giuridiche. Nella specie il "pereat mundus", è la crisi costituzionale (...). Qualunque Corte costituzionale la prenderebbe in considerazione come male supremo da evitare» (ID., *Il Colle, le procure e lo spirito della Costituzione*, cit.). Netta posizione in favore della Procura di Palermo ha preso l'autorevole penalista F. CORDERO, in *"Inquirenti in regola. Non c'è divieto assoluto di ascolto dei nastri"*, *Corriere della Sera*, 18.07.2012 nonché in *Se la procedura è una cosa seria, la Repubblica*, 25.07.2012.

⁹ Corte cost., ord. n. 218 del 19.09.2012.

Cost.); al diritto di difesa (art. 24 Cost.) degli indagati nell'inchiesta penale e al principio del giusto processo (art. 111 Cost.) con particolare riguardo al principio del contraddittorio nella formazione della prova; alla garanzia di un sistema di equilibri tra gli organi costituzionali; alla libertà di comunicare riservatamente del Presidente della Repubblica (art. 15 Cost.).

Quanto al primo profilo, è noto che la posizione del Capo dello Stato nella Costituzione italiana ha dato adito in dottrina a differenti ipotesi interpretative¹⁰: “capo potenziale, o di riserva”¹¹ del potere esecutivo; titolare di un “potere neutro” *super partes* ma anche reggitore dello Stato nei momenti di crisi”¹²; “garante della Costituzione”¹³; “controllore” degli organi costituzionali politicamente attivi¹⁴; titolare dell'indirizzo “politico-costituzionale”¹⁵; “garante del processo politico democratico”¹⁶.

La varietà di opinioni mette in rilievo la complessità e le grandi “potenzialità” che la Costituzione affida al ruolo presidenziale¹⁷, affiancando al tradizionale aspetto «conservativo» del potere “neutro”, un aspetto «attivistico» di partecipazione diretta al circuito politico-costituzionale¹⁸: un particolare potere “politico” dell'unico organo

¹⁰ Opinioni contrapposte, del resto, si confrontarono già in seno all'Assemblea Costituente, specie con riguardo alla responsabilità extrafunzionale del Presidente della Repubblica: e furono respinte tutte le proposte (v. proposta dell'on.le Bettiol, articoli aggiuntivi dell'on.le Monticelli e della Commissione in *Atti Ass. cost.*, seduta ant. del 24.10.1947, pp. 3511-12 e 3516) che prevedevano la sua irresponsabilità totale durante la carica. Cfr. L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1985, 242 s. e E. CHELI, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di L. Elia*, tomo I, Milano, 302. Di «asciutte, laconiche e, in qualche punto, persino reticenti espressioni costituzionali» nella ricostruzione del ruolo presidenziale parla A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica, Relazione introduttiva all'omonimo incontro di studio, Messina-Siracusa 19-20 novembre 2010*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, 3 mentre A. SPADARO, *I diversi tipi di responsabilità del Capo dello Stato nell'attuale forma di governo italiana*, *ivi*, 277-278, ne sostiene la «deliberata vaghezza». Sull'“ambiguità” del ruolo v., invece, G. PITRUZZELLA, *L'ambiguo ruolo del Presidente della Repubblica*, in *Dir. Pubbl.*, 1987, 775 s. e V. LIPPOLIS – G. PITRUZZELLA, *Il bipolarismo conflittuale. Il regime politico della Seconda Repubblica*, Soveria Mannelli, 2007, 74s.

¹¹ G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica. Art. 87*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1978, 146.

¹² C. ESPOSITO, voce *Capo dello Stato*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960.

¹³ T. MARTINEZ, *Diritto Costituzionale*, XI ed. interamente riveduta da G. SILVESTRI, Milano, 2005, 450. In senso più restrittivo v. M. LUCIANI, *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione* e R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, entrambi in M. LUCIANI - M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, rispettivamente p. 20 e p. 348.

¹⁴ G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1951, ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, Napoli, 1994, I, 368; C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo I, Padova, 1975, 540 s.; S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, 1949; ID., *Il Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante*, in G. SILVESTRI (a cura di), *Figura e ruolo del Presidente della Repubblica in Italia*, Milano, 1985; F. CUOCOLO, voce *Forme di stato e forme di governo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991; V. ONIDA, *L'ultimo Cossiga: recenti novità nella prassi della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. Cost.*, 1992, 168.

¹⁵ P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, 308-309.

¹⁶ A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO - A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. II. *L'organizzazione costituzionale*, Bologna, 1997 (V^a ed.), 235-237; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1978.

¹⁷ Cfr. E. CUCCODORO, *Problema o problemi di una esatta Presidenza della Repubblica in Italia?*, in G. SILVESTRI (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985; M. FIORILLO, *Il Capo dello Stato*, Roma - Bari, 2002. Sull'apporto della prassi costituzionale alla configurazione del “modello” presidenziale prefigurato dalla Costituzione, prassi «denotativa di una sostanziale “doppiezza” del ruolo» v. A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, *cit.*, 5 s. (par. 3).

¹⁸ Cfr. A. BALDASSARRE, *op. ult., cit.*, 235. In questo senso, da ultimo, v. F. GIUFFRÈ, *Profili evolutivi del Presidente della Repubblica tra “garanzia passiva” e “attivismo garantista”*, in

costituzionale monocratico «chiamato a svolgere un complesso e complicato ruolo di tutore degli equilibri politici fondamentali e strutturali (...) sui quali si fonda il sistema politico-costituzionale»¹⁹.

I compiti costituzionali del Presidente della Repubblica, pur rivelandosi di particolare complessità, non lo pongono però in posizione di supremazia all'interno della forma di governo²⁰: questi è organo paritario²¹ rispetto agli altri organi costituzionali, ma differente da essi «per *funzione* (...) e per *onori*»²², uguale ad essi come organo di esercizio della sovranità popolare, diverso da essi per il grado di autorevolezza implicato dai suoi alti compiti.

Dalla composita funzione presidenziale discende, altresì, che la Costituzione repubblicana – a differenza della concezione classica del “potere neutro”²³ che lo

www.forumcostituzionale.it, 2012, il quale sottolinea che «la figura del Presidente è suscettibile di assumere differente peso specifico nel sistema costituzionale anche in relazione al contesto istituzionale, economico e geopolitico» (ivi, 2).

¹⁹ A. BALDASSARRE, *ivi*, 236; A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Roma-Bari, 1985, Cap. VI. Più recentemente v. F. PASTORE, *Evoluzione della forma di governo parlamentare e ruolo del Capo dello Stato*, Torino, 2003; R. MANFRELLOTTI, *Le funzioni costituzionali del Capo dello Stato nell'esperienza del sistema maggioritario*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, III, Napoli 2008, 1205 s.; C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica nel sistema bipolare: spunti dalla prassi più recente*, in A. BARBERA e T.F. GIUPPONI (a cura di), in *Ann. dir. cost.*, 2008, 23 s.; E. CACACE, *La Presidenza della Repubblica nella democrazia bipolare e maggioritaria*, in *Quad. cost.*, 2/2008, 301 s.; M.C. GRISOLIA, *Alla ricerca di un nuovo ruolo del capo dello Stato nel sistema maggioritario*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, *Dell'organizzazione costituzionale*, Napoli 2009, 569 s. Sulla concretezza dell'azione presidenziale nella prassi istituzionale e politica e sul suo ruolo di verifica e controllo costante della tenuta e del funzionamento nel sistema v., da ultimo, A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in ID. e G. SCACCIA (a cura di), *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, *Atti del Convegno di Roma – 26 novembre 2010*, Univ. LUISS - Guido Carli, Roma, 2011, 19 s.; G. U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica e le crisi del sistema*, *ivi*, 51 s.; M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica e i rapporti con il potere giudiziario*, *ivi*, 181 s. nonché gli *Interventi ivi* pubblicati di E. CUCCODORO (p. 217 s.), G. AZZARITI (p.243 s.) e M. LUCIANI (251 s.).

²⁰ La differenza tra principio monarchico e principio repubblicano sta, infatti, proprio nel diverso ruolo attribuito al Capo dello Stato dalle due Carte fondamentali: per il Re lo Statuto albertino prevedeva (art. 4) una “preminenza in posizione”, dunque era organo supremo rispetto agli altri; per il Presidente della Repubblica, invece, la Costituzione delinea un ruolo di *primus inter pares*, ovvero di “preminenza in funzione”, dunque in posizione paritaria rispetto a tutti gli organi costituzionali (v. sul punto, F. PERGOLES, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1963, I, 398). Da tali premesse discende che, mentre al Re veniva attribuita la totale immunità dalla legge penale, che lo rendeva assolutamente irresponsabile ed “invulnerabile”, al Presidente della Repubblica, invece, sia il principio repubblicano che quello democratico, attribuiscono una responsabilità parziale. Pertanto, le prerogative presidenziali, in virtù del bilanciamento tra poteri e del principio di eguaglianza, non tollerano estensioni ingiustificate della loro portata che, altrimenti, le trasformerebbe in inammissibili privilegi (Cfr. F. SORRENTINO, *Tra immunità e privilegi*, Editoriale n. 16/2004, in www.federalismi.it, 29.07.2004, 3; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, 13, nt. 6 nonché ID., *Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello Stato*, M. LUCIANI - M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, cit., 377). Per una completa ricostruzione dei confini della responsabilità giuridica del Capo dello Stato v. F. SALMONI, *La legittimazione in giudizio del terzo offeso, la legittimazione attiva dell'ex Presidente della Repubblica ed altre novità nei conflitti: la “storia infinita” del c.d. caso Cossiga*, nota a Corte Cost. n. 154/2004, in www.federalismi.it, 29.07.2004.

²¹ In questo senso v. S. ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, 1898 (ora in ID., *Scritti minori*, Milano, 1959, 12; A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988, 153 s.; A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, cit., 230; E. SPAGNA MUSSO, *Diritto Costituzionale*, III ed., Padova, 1990, 72s.; T. MARTINEZ, *Diritto Costituzionale*, cit.,174; R.BIN - G.PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, XI^a ed., Torino, 2011, 32.

²² A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, cit., ivi.

²³ La prima elaborazione della teoria del potere neutro si deve a B. CONSTANT, *Principi di politica*, tr. it., 1970. Cfr. anche C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972; ID., *Il custode della Costituzione*, tr. it., 1980.

identificava nel garante della *statalità pura* e, come tale, lo rendeva totalmente irresponsabile – assoggetta il Capo dello Stato ad una parziale responsabilità.

Per quel che concerne la responsabilità politica, deve subito osservarsi che la regola fissata dalla Costituzione è quella della irresponsabilità sancita dall'art. 89 Cost.²⁴: di tutti gli atti presidenziali si assume infatti la responsabilità politica il ministro proponente (*rectius*: competente) mediante l'istituto della controfirma²⁵. Invero, anche se l'irresponsabilità politica presidenziale discende dalla sua mancata partecipazione alla funzione di governo, non può disconoscersi che questi, in virtù della tesi interpretativa qui accolta in ordine alla configurazione costituzionale del Presidente della Repubblica, ne abbia una di tipo "istituzionale", ove la «diffusa "sfiducia" dell'opinione pubblica verso la sua persona»²⁶ lo esponga ad attacchi politici dando luogo «ad una perdita di autorevolezza»²⁷. Dunque, una responsabilità "tipica" del Presidente, perché coerentemente collegata al suo ruolo di complessa garanzia del sistema.

Quanto alla responsabilità giuridica, l'art. 90 Cost.²⁸, nel disporre che il Presidente della Repubblica non è responsabile di alcun atto compiuto nell'esercizio delle sue funzioni, prevede come unica eccezione i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione: in questi due casi il Presidente non può essere esentato dal rispondere, neppure se l'atto eversivo sia controfirmato dal ministro competente.

Diverso è il caso degli atti compiuti al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni. E' opinione prevalente che il Presidente sia responsabile, civilmente e penalmente, al pari di qualsiasi cittadino²⁹: in quest'ultimo caso, vi è chi ritiene che l'azione penale sarà improcedibile fino alla scadenza del mandato³⁰ e chi, invece, ne sostiene la procedibilità sia per i reati extrafunzionali, sia per quelli commessi antecedentemente all'assunzione della carica³¹.

²⁴ Cfr. E. CHELI, *Il Presidente della Repubblica. Art. 89*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 145 s..

²⁵ Sulla soggezione alla controfirma esclusivamente degli atti "sostanzialmente governativi" (in quanto gli altri non sono espressivi di indirizzo politico e, ove lo fossero, «denoterebbero una deviazione intollerabile dal quadro costituzionale») v. A. RUGGERI, *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, 2009 ora in Id., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XIII. *Studi dell'anno 2009*, Torino 2010, 1 s. V. sul punto anche M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica e i rapporti con il potere giudiziario*, in *Teoria dir. Stato*, n. 2/2010, 228 s..

²⁶ A. BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, 251. L'Autore osserva infatti che, in ossequio al principio democratico e a quello repubblicano, il Presidente, pur in assenza di una specifica previsione costituzionale, «sia sottoposto, alla responsabilità politica diffusa, al pari di qualsiasi altro organo costituzionale o potere pubblico» (*ivi*, 249).

²⁷ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, cit., 250, i quali tra l'altro sottolineano che «come tutti i titolari di organi costituzionali, il Presidente può essere sottoposto alla critica politica».

²⁸ V. sul punto L. CARLASSARE, *Il Presidente della Repubblica. Art. 90*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 165 s.; S. GALEOTTI - B. PEZZINI, *Il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1996, 449; F. DIMORA, *Alla ricerca della responsabilità del Capo dello Stato*, Milano, 1991, nonché, da ultimo, A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, Torino, 2010.

²⁹ Parzialmente differente sul punto è l'opinione di U. DE SIERVO, *La responsabilità penale del Capo dello Stato*, in M. LUCIANI - M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, cit., 345 s., il quale attribuisce al Presidente, durante l'intero periodo del suo mandato e ad eccezione dei reati presidenziali, «un'implicita sottrazione all'esercizio dell'azione penale».

³⁰ Cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, cit., 251; T. MARTINEZ, *Diritto Costituzionale*, cit., 439; A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, cit., 250-51. La *ratio* di tale interpretazione è quella di proteggere il Capo dello Stato da aggressioni strumentali da parte del potere giudiziario, anche se per i reati particolarmente gravi è rimessa alla sua sensibilità istituzionale l'eventualità di dimettersi.

³¹ Cfr. L. CARLASSARE, *Art. 90*, cit., 151, la quale osserva che, nel caso in cui un Capo dello Stato colpevole o anche solo sospettato di aver commesso un reato comune, rimanesse in carica sottraendosi al giudizio, ne deriverebbe un gravissimo danno al prestigio delle istituzioni. Adesivamente sul punto v. A. PACE, *Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello Stato*, M. LUCIANI - M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, cit., 375; G. FERRARA, *Sulla responsabilità penale del Presidente della*

Quale che sia la tesi prescelta, appare evidente che la misura della irresponsabilità politica e giuridica del Capo dello Stato per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni deriva dalla lettura congiunta degli artt. 89 e 90 Cost., per cui la sua mancata partecipazione alla funzione di governo ne mitiga alquanto la responsabilità, ma non ne giustifica un'estensione eccessiva dell'immunità³², specie quando essa possa ledere i diritti altrui e trasformare gli ammissibili limiti al principio di eguaglianza, secondo il canone della ragionevolezza, in posizioni di privilegio inammissibili in un ordinamento democratico repubblicano.

E' ben vero, altresì, che contro questa impostazione depone l'unico "precedente" in materia, ovvero la vicenda delle intercettazioni "casuali" del Presidente Scalfaro in occasione dell'inchiesta sull'assetto della dirigenza della Banca Popolare di Novara. Infatti, a fronte di numerose interpellanze parlamentari³³ che chiedevano se le intercettazioni di colloqui telefonici del Capo dello Stato, la loro trascrizione e il conseguente deposito fossero costituzionalmente compatibili o violassero le sue prerogative, il Ministro della Giustizia G.M. Flick, nel corso del suo intervento nell'Aula del Senato³⁴, evidenziò che non poteva essere rimessa al sindacato successivo dell'autorità giudiziaria la distinzione tra atti riconducibili all'esercizio delle funzioni e atti estranei a tale esercizio; nell'ipotesi contraria, «risulterebbe affidata alla magistratura una valutazione sugli atti riferibili al profilo funzionale dell'attività del Capo dello Stato, nonostante il nostro ordinamento ne preveda la totale irresponsabilità». A fronte, dunque, di una piena «libertà di determinazione e di comunicazione» del Presidente della Repubblica, «inconciliabile con qualsiasi forma intrusiva di acquisizione della prova (...) anche relativamente³⁵ alle intercettazioni indirette», vi è la prevalenza delle prerogative connesse alla carica presidenziale sulle esigenze dell'inchiesta penale.

È evidente che dalla prospettiva in cui ci si è posti, un simile argomentare non si ritiene conforme al dettato costituzionale: mediante l'utilizzazione dell'*argumentum a contrario* o di quello *a fortiori* (in virtù del quale, essendo rigorosamente vietate le captazioni di colloqui al di fuori dei casi previsti dall'art. 7, co. 3, l. n. 219/89, «a maggior ragione deve prefigurarsi una tutela piena in rapporto ad ipotesi di reati comuni e *a fortiori*, rispetto a qualsiasi fatto penalmente rilevante») ³⁶ si sancisce un generale

Repubblica, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, vol. I, Padova, 1995, 597; V. ANGIOLINI, *Le braci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità politica*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1998, 57s..

³² Favorevole ad una lettura restrittiva dell'irresponsabilità presidenziale, «inidonea a trasformarla in "inviolabilità", sulla base di una presunta, ma indimostrata posizione di "superiorità" dell'istituzione Presidente della Repubblica rispetto agli altri organi istituzionali» è M. RUOTOLO, *Napolitano intercettato/ Quella volta che al telefono c'era Scalfaro...*, in www.ilsussidiario.net, 11.10.2012, 3.

³³ Tra esse spicca quella del 28 febbraio 1997 a firma dell'On.le Cossiga circa la potenziale violazione, nel caso di specie, della "guarentigia delle inviolabilità" del Capo dello Stato.

³⁴ Cfr. seduta n. 146 del 7 marzo 1997.

³⁵ Il corsivo è nostro (ndr.).

³⁶ Sull'«utilizzo ardito» dell'*argumentum a contrario* e di quello *a fortiori* v. M. RUOTOLO, *Napolitano intercettato*, cit., 1 nonché F. CERRONE, *Presidente della Repubblica e Magistratura: conflitto o leale collaborazione?*, cit., 4 e 5. Lo stesso Flick ammise, d'altronde, che quella da lui formulata era una «ricostruzione frutto di una interpretazione sistematica» delle norme in materia. Era quindi auspicabile che il Parlamento si esprimesse in proposito con una più articolata normativa: sono trascorsi quindici anni e spetta nuovamente alla Corte Costituzionale rimediare all'inerzia legislativa. Sul conflitto di attribuzioni sollevato dal Presidente Napolitano come prova sconcertante dell'inadeguatezza della mediazione politica del Parlamento e dell'affievolimento dello spirito di leale collaborazione nei rapporti tra le istituzioni v. G. AZZARITI, op. ult. cit. e M. LUCIANI, *Se il conflitto è inevitabile*, *l'Unità*, 17.07.2012 il quale opportunamente sottolinea, in proposito, che i meccanismi di prevenzione del conflitto è più difficile che operino «quando uno dei poteri è quello giudiziario, perché in questo caso non c'è margine per la mediazione politica».

divieto di intercettazione nei confronti del Capo dello Stato estendendo la portata del principio di irresponsabilità presidenziale fino alle soglie dell'inviolabilità³⁷.

D'altra parte, questo unico precedente deve essere correlato ad una pronuncia della Corte costituzionale³⁸ che, pur avendo ad oggetto le *esternazioni* di un ex Presidente della Repubblica, ridimensiona l'interpretazione ministeriale delle prerogative presidenziali: «Non può condividersi – sostiene la Corte – la tesi secondo cui anche gli atti extrafunzionali del Presidente della Repubblica dovrebbero ritenersi coperti da irresponsabilità (...) una cosa è fuori discussione: l'art. 90 della Costituzione sancisce la irresponsabilità del Presidente (...) *solo* per gli “atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni”»³⁹. Per gli altri atti è pienamente responsabile, *ergo* il Presidente non è un soggetto penalmente immune.

3. Segue: b) potere giudiziario e interpretazione in prima istanza delle norme costituzionali

Con riguardo al secondo profilo di rilevanza giuridica, ovvero se sussista una generale competenza giurisdizionale in ordine alla verifica della applicabilità o meno della clausola di esclusione della responsabilità di cui all'art. 90, è appena il caso di rammentare che proprio nella sentenza n. 154 del 2004 (il citato “caso Cossiga”), la Corte affronta direttamente la questione risolvendola in favore della competenza dell'autorità giudiziaria anche in tale ambito, «nell'esercizio della sua generale funzione di applicazione delle norme, ivi comprese quelle della Costituzione»⁴⁰.

D'altronde, tale assunto si inserisce nella più ampia tendenza della Consulta – specie in relazione alle esigenze di giustizia penale⁴¹ – a condividere con il potere giudiziario l'interpretazione *secundum constitutionem*, da un lato impegnando il giudice ad adottare «una lettura “teleologicamente orientata” degli elementi di fattispecie»⁴², dall'altro autolimitandosi nel ruolo di «monopolista» dell'interpretazione costituzionale⁴³.

³⁷ V. in questo senso, G. ROMA, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente della Repubblica? (il caso della c.d. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro)*, in *Giur. Cost.*, 1999, 2883 s., il quale esclude una totale protezione della riservatezza riconducibile all'art. 90 Cost..

³⁸ Ci si riferisce alla sentenza n. 154 del 2004 sul c.d. caso Cossiga. Per un commento alla sentenza v. T. F. GIUPPONI, “Uno, nessuno, centomila”. *Personaggi e interpreti dell'immunità presidenziale di fronte alla Corte costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, A. PUGIOTTO, *Ben oltre il “caso Cossiga”: le importanti novità della sentenza n. 154 del 2004*, *ivi*; F. SALMONI, *L'intervento in giudizio del terzo offeso*, *cit.*; F. SORRENTINO, *Tra immunità e privilegi*, *cit.*

³⁹ Corte cost., sent. n. 154/2004, punto 6, *cons. dir.* Il corsivo nel brano della sentenza è nostro.

⁴⁰ Corte cost. n. 154/2004, punto 5, *cons. dir.*

⁴¹ Sul punto sia consentito rinviare a C. PANNACCIULLI, *Profili costituzionali delle intercettazioni di comunicazioni tra inadeguatezza del legislatore e discrezionalità del giudice*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, ora in *Studi in onore di A. Loiodice*, Bari, 2012, 957-998.

⁴² Il precedente fondativo dell'interpretazione conforme a Costituzione del giudice comune è rappresentato dalla sentenza n. 356 del 1996 (rel. Zagrebelsky), in cui la Corte affermò che l'incostituzionalità di una legge non dipende dalla possibilità di darne interpretazioni incostituzionali, ma dall'impossibilità di darne interpretazioni costituzionali. Con il limite, altresì, che «l'opera di adeguamento non può essere condotta sino al punto di leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse». (Così M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *Foro Amm.-T.A.R.*, VI - supplemento al n. 7-8, 2007, 93. Cfr. A. PACE, *Postilla. Sul dovere della Corte costituzionale di adottare sentenze di accoglimento (se del caso, “interpretative” e “additive”) quando l'incostituzionalità stia nella “lettera” della disposizione*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3428 s.).

⁴³ In questo senso v. M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, n.1/2012 (20.03.2012), nonché I. CIOLLI, *Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n.1/2012 (28. 03.2012), 3, la quale sottolinea il “paradosso” che sia stata la stessa Consulta ad abdicare alla propria centralità, al suo ruolo di guida nel controllo di costituzionalità. Sulla rinuncia del giudice delle leggi alla funzione di “interprete privilegiato” della Costituzione v. M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella recente*

4. Segue: c) i diritti costituzionali degli indagati

Quanto al terzo profilo, esso costituisce un punto cruciale del nostro sistema di limiti al potere, un fondamentale elemento rispetto al quale commisurare le prerogative presidenziali. Il punto di equilibrio è delicatissimo: se si considera, infatti, l'angolo visuale degli indagati, l'immunità non dovrebbe estendersi in misura tale da travolgere il diritto di difesa delle parti coinvolte nell'inchiesta e da consentire una deroga al generale principio del contraddittorio; dal punto di vista del Capo dello Stato, invece, le prerogative presidenziali dovrebbero sempre prevalere sulle esigenze dell'indagine per assicurare la piena libertà di tutte le modalità di esercizio delle funzioni presidenziali.

Orbene, nel caso di specie, ove prevalesse la tesi dell'immunità, gli artt. 268 e 271 c. p. p. – la cui applicabilità al caso *de quo* presuppone, rispettivamente, l'inutilizzabilità delle intercettazioni in quanto irrilevanti o l'illegittimità dell'attività di captazione – non potrebbero rappresentare una corretta soluzione normativa, in quanto entrambi presuppongono l'intervento del giudice terzo e la partecipazione delle parti indagate. Il punto è, infatti, che, pur dichiarando la Procura che le intercettazioni risultano irrilevanti nei confronti del Presidente della Repubblica, invero potrebbero non esserlo per i soggetti direttamente coinvolti nelle indagini ai quali, attraverso i loro difensori, dovrebbe essere consentito di valutarne la rilevanza, sotto il controllo di un giudice e in contraddittorio fra loro. Se, poi, uno o più di quei reperti integrano gli estremi di corpi del reato, è lo stesso art. 271 c. p. p. a prevedere che per essi sia esclusa la distruzione⁴⁴. La tesi della totale immunità espanderebbe, dunque, la portata dell'art. 90 Cost. fino a derogare sensibilmente a norme di rango costituzionale (art. 15, 24, 102, 111 Cost.) e legislativo (art. 7, l. n. 219 del 1989 e norme sulle intercettazioni previste dal codice di procedura penale).

Ove, al contrario, si affermasse la tesi della prevalenza delle garanzie del contraddittorio, si ritiene che a subire un *vulnus* non sarebbero tanto le prerogative del Capo dello Stato, quanto la riservatezza delle sue comunicazioni, limitata in base a una legge che non l'ha espressamente prevista e ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria che non l'ha disposta direttamente nei suoi confronti. Insomma, nel caso di specie, le garanzie dell'art. 15 Cost. non troverebbero uno spazio di bilanciamento alcuno, cedendo totalmente rispetto a quelle del giusto processo.

5. Segue: d) l'equilibrio dei rapporti tra il potere "presidenziale" e il potere giudiziario

Ulteriori spunti, e veniamo così al quarto profilo, sono desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 390 del 2007. In base a tale pronuncia l'inutilizzabilità *erga omnes* del materiale probatorio raccolto a seguito di intercettazioni eseguite nell'ambito di procedimenti penali riguardanti terzi, ma implicanti l'interlocuzione imprevista con un membro del Parlamento, è costituzionalmente illegittima in quanto la perentorietà delle previsioni in tema di distruzione del materiale e di sua inutilizzabilità avvantaggia irragionevolmente i terzi indagati che abbiano tra i loro interlocutori occasionali un parlamentare, estendendo di fatto le prerogative di quest'ultimo a soggetti privi di tale qualifica. Dunque, prioritario per la Corte è il rispetto del principio di eguaglianza

giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi sulla rivista "Giurisprudenza costituzionale", in AA.VV., Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il Cinquantesimo anniversario, a cura di A. PACE, Milano, 2006, 905.

⁴⁴ È la garanzia di queste esigenze, d'altronde, che la stessa Corte costituzionale ha considerato fondamentale quando ha dichiarato illegittime (Corte cost., sent. n. 173 del 2009) le norme sulle operazioni di distruzione degli atti concernenti le intercettazioni c. d. illegali.

dinanzi alla giurisdizione nonché del principio di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nei confronti dei terzi estranei rispetto al titolare della garanzia, in virtù dei quali ha ridotto la sfera di operatività delle prerogative parlamentari.

Sotto altro profilo, degno di nota è il rilievo secondo cui, per la Corte, il bene costituzionalmente protetto dall'art. 68 Cost. non è l'interesse sostanziale alla riservatezza delle comunicazioni dei membri del Parlamento bensì *l'esigenza di assicurare il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti della funzione parlamentare*. L'art. 15 Cost. e la doppia riserva ivi prevista sono, infatti, ampiamente sufficienti a proteggere la libertà e la segretezza delle comunicazioni non solo dei privati cittadini, ma anche dei membri del Parlamento, per cui il III comma dell'art. 68 Cost. ne appresta un'ulteriore garanzia non in quanto strumentale alla tutela della riservatezza delle comunicazioni del singolo parlamentare, bensì alla *salvaguardia del mandato rappresentativo in generale*.

Pertanto, nel caso di intercettazioni "indirette" o casuali, diviene fondamentale, ai fini del diniego o meno da parte della Camera di appartenenza della specifica autorizzazione all'utilizzazione dei risultati della captazione, l'effettiva sussistenza del *fumus persecutionis* o, comunque, di un intento surrettizio, da parte della magistratura, di "coinvolgere" il parlamentare-interlocutore occasionale nell'ambito di una o più intercettazioni disposte in via diretta a carico di terzi. La norma *de qua* è insomma considerata alla stregua di uno strumento di riequilibrio del sistema, diretto a limitare l'abnorme estensione di un "potere" in danno dell'altro.

Non si vuole qui paragonare il Capo dello Stato ai parlamentari, anche perché si è più volte sottolineato il suo ruolo di *primus* in autorevolezza (sebbene *inter pares*): si vuole semplicemente estrapolare dalla pronuncia esaminata il criterio interpretativo prescelto per regolare una materia che, invece, è assimilabile, e cioè l'equilibrio tra poteri.

Ciò che l'art. 68, III co., Cost. implica per i membri del Parlamento – ovvero una garanzia volta alla salvaguardia del mandato rappresentativo nell'ambito del sistema di limiti al potere degli organi costituzionali – l'art. 90 Cost. rappresenta per il Presidente della Repubblica, ovvero una garanzia idonea a caratterizzare la sua funzione costituzionale all'interno del medesimo sistema di equilibri costituzionali. A tal stregua, non può ammettersi che, nel rapporto con il potere giudiziario, la funzione presidenziale possa essere pregiudicata nella sua peculiare configurazione, ma neppure che essa sia irragionevolmente estesa, precludendo o compromettendo l'esercizio della funzione giurisdizionale e dei diritti fondamentali ad essa connessi.

D'altra parte, la tesi dell'immunità stenta a potersi affermare anche perché è la stessa l. n. 219/1989 (art. 8, co. 3; art. 9, co. 3; art. 10) a prevedere che, al di fuori dei reati previsti dall'art. 90 Cost., l'autorità giudiziaria possa giudicare il Capo dello Stato per i reati comuni⁴⁵.

6. Segue: e) la tutela della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica

Ciò che differisce rispetto ai membri del Parlamento – ed è dirimente – è la natura del limite: la responsabilità politica per quel che concerne i parlamentari; l'irresponsabilità politica per ciò che riguarda il Presidente.

Dal mancato esercizio, da parte del Capo dello Stato, della funzione di indirizzo politico non può che derivare la piena tutela della riservatezza delle sue conversazioni. In questa prospettiva, la considerazione dell'art. 90 Cost. diviene secondaria, in quanto esso tornerà utile all'interprete solo nel momento in cui dovrà valutare, nell'ipotesi di

⁴⁵ V. in proposito quanto autorevolmente sostenuto da L. CARLASSARE nell'intervista rilasciata a Silvia Truzzi dal titolo *Il Presidente non è penalmente immune*, in *Il fatto quotidiano*, 25 agosto 2012.

impreviste restrizioni, fino a che punto è consentito limitare la tutela della libertà di cui all'art. 15 Cost..

Innanzitutto è pacifico che le comunicazioni riservate del Presidente della Repubblica sono garantite dall'art. 15 Cost., al pari di un qualunque cittadino. Questi è però organo costituzionale esercitante delicate funzioni di garanzia degli equilibri politico-istituzionali e, in questa veste, gli sono riconosciute prerogative istituzionali operanti sia sul piano politico che su quello giuridico. Il problema è apprestare un sistema di equilibri tale da contemperare i vari interessi in gioco: e, a tal fine, l'art. 15 Cost. offre validi spunti risolutivi⁴⁶.

Quando il soggetto titolare del diritto di cui all'art. 15 Cost. è il Capo dello Stato, questi non può subire limitazioni alla sua sfera di libertà che siano incompatibili con la specifica funzione esercitata. Tale funzione, in quest'ottica, avrà forza espansiva dei diritti e restrittiva dei limiti scaturenti dall'art. 15 Cost., trovando questi ultimi fondamento direttamente nella Costituzione (artt. 89 e 90 Cost.) prima ancora che nella legge.

7. Rilievi conclusivi. Un'ipotesi di soluzione

Alla luce delle considerazioni suesposte, possono ora avanzarsi alcune conclusioni.

In primo luogo, occorre stabilire se, nel caso di specie, la garanzia della riserva di legge prevista dall'art. 15 Cost. sia stata effettivamente rispettata. Deve rilevarsi, in proposito, che l'art. 7, l. 5 giugno 1989, n. 219 (in materia di reati ministeriali e di reati presidenziali ex art. 90 Cost.)⁴⁷ prevede che, relativamente ai reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione, non possono essere adottati provvedimenti che autorizzino intercettazioni telefoniche nei confronti del Presidente della Repubblica, se non dopo che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica (comma 3) e solo su deliberazione del comitato parlamentare composto ai sensi dell'art. 12, l. cost. n. 1/1953⁴⁸ (comma 2). Il dettato legislativo, estremamente lapidario, vieta dunque le intercettazioni "dirette" ed eventualmente quelle "indirette" che, in virtù delle sentenze costituzionali nn. 113 e 114 del 2010⁴⁹, abbiano il Presidente come destinatario occulto (*rectius*: bersaglio) dell'attività di intercettazione per cui, lungi dall'essere fortuite, si rivelano invece "mirate"⁵⁰. Nulla prevede la disposizione nel caso di intercettazioni "casuali" dei

⁴⁶ In questo senso v. L. CARLASSARE, nell'intervista resa al Fatto Quotidiano, *Il Presidente non è immune*, cit., nonché, da ultima, A. ANZON DEMMIG, *La motivazione del ricorso presidenziale contro la Procura della Repubblica di Palermo: qualche osservazione critica*, in *Amicus curiae*, cit., 11 la quale chiaramente afferma che « 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».

⁴⁷ G.U. 6 giugno 1989, n. 130.

⁴⁸ Il Comitato è formato dai componenti della giunta del Senato della Repubblica e da quelli della giunta della Camera dei deputati competenti per le autorizzazioni a procedere in base ai rispettivi regolamenti.

⁴⁹ Cfr. Corte Cost., sentenze nn. 113 e 114 del 25 maggio 2010 (in *Giur. Cost.*, n. 2/2010, 1261 s., commentate da L. FILIPPI, *La Consulta distingue tra intercettazioni fortuite e mirate nei confronti del parlamentare e ammonisce contro le motivazioni "implausibili"*, *ivi*, 1270 s. e da D. NEGRI, *Intonazioni lontane dalla sentenza capostipite, nella coppia di pronunce con cui la Corte costituzionale riprende il tema delle intercettazioni "indirette" relative a parlamentari*, *ivi*, 2702 s.).

⁵⁰ Nella specie la Corte fa obbligo al giudice di dimostrare, tramite un'adeguata motivazione, di aver effettivamente valutato tutti gli elementi utili ad affermare o escludere la "casualità" dell'intercettazione che, in quest'ultimo caso, da "occasionale" diverrebbe "mirata". La qualificazione dell'intercettazione come "casuale" richiede una verifica particolarmente attenta circa l'occasionalità della captazione, in modo da fugare qualunque sospetto di elusione della garanzia. La ricostruzione compiuta dai giudici costituzionali nelle due pronunce considerate diviene, in tal guisa, parte integrante e complementare di

colloqui presidenziali su utenze altrui, con la conseguente incertezza circa la valutazione ed utilizzabilità delle stesse⁵¹.

La questione ermeneutica non si limita semplicemente alla rilevazione di una lacuna legislativa (sempre che la mancata previsione di un divieto avente ad oggetto una “casualità” debba considerarsi tale), ma implica che una disposizione di matrice squisitamente penalistica, idonea a regolare una fattispecie eccezionale di emergenza istituzionale, non possa essere suscettibile di interpretazione analogica⁵².

Il citato art. 7, non fornendo *ex se* una soluzione esaustiva, apre allora il varco all'intervento giudiziale circa la valutazione, su base rigorosamente normativa, delle restrizioni concretamente ammissibili alla riservatezza delle comunicazioni⁵³ del Presidente.

Non è l'immunità presidenziale che si dilata fino ad annullare le pur previste restrizioni alla libertà di comunicare riservatamente di cui all'art. 15 Cost., ma è quest'ultimo che, in virtù delle prerogative presidenziali legate alla sua “funzione” (artt. 89 e 90 Cost.) si espande riducendo (non eliminando) la portata dei limiti apponibili all'esercizio della libertà ivi tutelata.

Di conseguenza, la valutazione in ordine alla relativa portata non può che spettare al giudice, ma in assenza di contraddittorio. Il sacrificio di tale ultima garanzia è bilanciato dalla impossibilità di immediata distruzione del materiale riguardante le intercettazioni che altrimenti farebbe prevalere un'impostazione incentrata sull'art. 90 Cost. e quindi propendere per la denegata ipotesi di immunità troppo estesa. La necessaria e sola mediazione del giudice garantisce, da un lato, gli indagati circa un esame obiettivo del materiale conservato; dall'altro, il Presidente circa la riservatezza delle sue comunicazioni.

Dal punto di vista operativo, il giudice potrebbe allora avvalersi dell'art. 271 c. p. p. in quanto, le intercettazioni dei colloqui presidenziali da lui ritenute lesive della libertà di comunicazione interpersonale del Presidente della Repubblica, risulterebbero

quella affermata nella sentenza n. 390/2007, in quanto considera la questione con un cambio di prospettiva: non l'eccessiva portata delle prerogative parlamentari, ma l'eccessivo margine della discrezionalità giudiziaria. Incide, insomma, sulla condotta investigativa e sulle finalità perseguite dal Pubblico Ministero nonché sull'adeguato controllo del giudice terzo nel momento in cui autorizza le operazioni di captazione. È intuitivo, infatti, che dalla “plausibilità” della motivazione del giudice *a quo* o, *rectius*, dalla «necessità che, in sede di motivazione sulla rilevanza della questione di costituzionalità, il giudice mostri di aver tenuto effettivamente conto del complesso di elementi significativi al fine di affermare o escludere la “casualità” dell'intercettazione» derivi che, in precedenza, al momento di autorizzare le operazioni intrusive, il giudice terzo debba accertarsi dell'effettiva “necessità” di utilizzarle ai fini dell'indagine. Se si vuole, sul punto, v. C. PANNACCIULLI, *Le comunicazioni riservate tra nuove tecnologie e giustizia penale*, cit., 115 s.

⁵¹ Sulla inidoneità del dettato dell'art. 7 a consentire una portata applicativa più ampia v. R.

ORLANDI, *Le parole del Presidente (a proposito del conflitto fra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo, circa il destino di comunicazioni casualmente intercettate)*, in *Amicus curiae* 2012, cit., 12.11.2012, 5.

⁵² In questo senso v. F. CERRONE, *Presidente della Repubblica e Magistratura: conflitto o leale collaborazione?*, in *Rivista AIC*, n.4/2012 (23.10.2012), 5. Ricava, invece, dall'art. 7 cit. in combinato disposto con l'art. 90 Cost. una impossibilità (non *espressa*, ma *generale*) di svolgere attività investigative mentre il Presidente è in carica F. PATERNITI, *Riflessioni sulla (im)possibilità di svolgere intercettazioni indirette nei confronti del Presidente della Repubblica. Il caso del conflitto di attribuzione contro la Procura di Palermo*, in www.federalismi.it, 30.10.2012, 21 nonché M. PETRINI, *Intercettazioni telefoniche senza pace: il conflitto di attribuzioni tra Capo dello Stato e Procura della Repubblica di Palermo*, in *Archivio Penale*, n. 3/2012, 5.

⁵³ Come in altra sede debitamente evidenziato è possibile, infatti, che l'attività del giudice – già solo in virtù del principio dell'*horror vacui* – si svolga anche in mancanza di interventi limitativi della libertà previamente indicati in via legislativa (cfr., se si vuole, C.PANNACCIULLI, *Le comunicazioni riservate*, cit., 31).

“illegittime” non in quanto disposte *contra legem*, ma perché “divenute” *contra constitutionem*. E se è vero che, nel caso di specie, esse non sono illegittime(e, dunque, non lesive delle prerogative presidenziali), in quanto regolarmente disposte non nei confronti del Capo dello Stato, ma di uno degli indagati in forza di decreti autorizzativi del g.i.p. competente, lo sono però diventate successivamente (illegittimità non originaria ma, per così dire, “storica”) quando, per pura “casualità”, hanno captato la voce del Capo dello Stato; dunque, *possano* essere destinate alla distruzione (art. 271, comma 1, c. p. p.), solo se, sotto il controllo del giudice (art. 269, comma 3, c.p.p.), questi le ritenga totalmente irrilevanti anche per le parti in causa e sempre che non costituiscano il corpo del reato (art. 271, comma 3, c. p. p.).

Spetta, dunque, al giudice un’interpretazione *costituzionalmente orientata*⁵⁴ delle norme codicistiche in materia di intercettazioni nonché una valutazione tanto più rigorosa dei dati acquisiti nell’indagine, quanto più questi ultimi siano sottratti al contraddittorio tra le parti: sottrazione in questo caso implicata dal fatto che l’eventuale pubblicazione del contenuto delle conversazioni⁵⁵, costituirebbe un’irrimediabile *vulnus* alla libertà di comunicazione riservata del Capo dello Stato⁵⁶. *Vulnus* che, al contrario, con riferimento alle garanzie del contraddittorio risulterebbe rimediato dalla presenza del giudice e dalla sua terzietà nella valutazione del materiale dell’inchiesta: sia il Presidente, sia le parti indagate, sia il Pubblico Ministero devono insomma “fidarsi” di lui e della sua competente capacità di discernimento.

* Ricercatrice di Diritto Costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” (cecilia.pannacciulli@uniba.it).

⁵⁴ V., in materia, A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell’interpretazione conforme, Intervento al Convegno del “Gruppo di Pisa” su Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Milano, 6-7 giugno 2008, in www.forumcostituzionale.it, 2008.

⁵⁵ Non sembra, in proposito, sufficiente che la copertura con *omissis* delle parole del Presidente (come proposto da F. CERRONE, *Presidente della Repubblica e Magistratura*, cit., 7) possa evitare che le conversazioni diventino di pubblico dominio, dato che dal tenore del loro contenuto si potrebbe facilmente risalire all’effettivo interlocutore.

⁵⁶ Opportunamente, in tal senso, sottolinea R. ORLANDI, *Le parole del Presidente*, cit., 8, che «il pregiudizio si concreterebbe nella loro divulgazione non nella loro utilizzazione processuale».