

**L'IMMUNITÀ DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA
DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE: I DUBBI DELLA VIGILIA ***

di Anna Pirozzoli **
(28 settembre 2012)

SOMMARIO: 1. *Un conflitto a mezzo stampa*; 2. *Cosa (non) prevede la legge*; 3. *Due interpretazioni contrapposte*.

1. *Un conflitto a mezzo stampa* - Il 30 luglio 2012 l'Avvocatura Generale dello Stato ha depositato il ricorso avente ad oggetto il conflitto di attribuzione tra il Presidente della Repubblica e il Pubblico Ministero nella persona del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo. L'ipotesi prospettata è quella di una lesione delle prerogative costituzionali del Presidente - quantomeno sotto il profilo della loro menomazione - derivante dall'attività d'intercettazione telefonica svolta nel corso di un procedimento penale pendente dinanzi alla Procura di Palermo: malgrado l'intercettazione fosse stata eseguita sull'utenza di altra persona (l'ex ministro dell'Interno Nicola Mancino) sono state captate conversazioni del Presidente Napolitano.

La questione in realtà ha origine dalle pagine dei giornali. L'esistenza d'intercettazioni fortuite del Presidente della Repubblica¹, nell'ambito delle indagini sulla presunta "trattativa Stato-mafia", è emersa da un'intervista rilasciata il 22 giugno 2012 dal pubblico ministero Antonino Di Matteo al quotidiano *La Repubblica*². La conferma, in seguito, è arrivata dalle parole del Procuratore di Palermo Francesco Messineo il quale, alla richiesta dell'Avvocatura di una "conferma o una smentita" di quanto contenuto nell'intervista a Di Matteo³, ha dichiarato che la Procura ha già valutato come irrilevanti ai fini del procedimento le comunicazioni del Capo dello Stato, e pertanto non ha previsto alcuna forma di utilizzazione delle stesse né per finalità investigative né processuali, ma soltanto la loro distruzione con l'osservanza delle formalità di legge⁴. Con questo il Procuratore ha voluto

* Articolo sottoposto a *referee*.

¹ Le intercettazioni fortuite riguardano le conversazioni alle quali il Presidente della Repubblica ha preso parte occasionalmente; occorre distinguerle dalle intercettazioni dirette (che riguardano luoghi o utenze appartenenti al soggetto intercettato o alla sua disponibilità), e da quelle indirette, che invece sono svolte su utenze o luoghi di soggetti diversi, che tuttavia si presume abbiano contatti con colui che è indirettamente intercettato.

² A. ZINITI, *Contraddizioni dagli uomini dello Stato non è un'indagine campata in aria*, in *La Repubblica*, 22 giugno 2012. Nel corso dell'intervista, alla domanda della giornalista sulle conversazioni che riguardano Napolitano e sulla loro eventuale distruzione, il pm Di Matteo risponde: "Negli atti depositati non c'è traccia di conversazioni del capo dello Stato e questo significa che non sono minimamente rilevanti (...). Noi applicheremo la legge in vigore. Quelle che dovranno essere distrutte con l'instaurazione di un procedimento davanti al gip saranno distrutte, quelle che riguardano altri fatti da sviluppare saranno utilizzate in altri procedimenti".

³ La richiesta è stata fatta tramite una nota dell'Avvocatura Generale dello Stato, in data 27 giugno 2012, prot. n. 069/s.p.

⁴ Il riferimento è alla nota del 6 luglio inviata dal Procuratore Messineo all'Avvocato Generale di Stato.

intendere che per la distruzione delle conversazioni del Presidente della Repubblica occorre rispettare la procedura ordinaria prevista dagli artt. 268, 269, 270 c.p.p., secondo la quale la distruzione delle intercettazioni può essere effettuata previa valutazione della loro irrilevanza, solo dietro autorizzazione del giudice per le indagini preliminari e dopo aver sentito le parti. Del resto, in una nota diffusa sulla stampa il 9 luglio e in una lettera pubblicata pochi giorni dopo ancora una volta sul quotidiano *La Repubblica*, il dott. Messineo ha precisato la posizione della Procura, affermando che non esiste nell'ordinamento nessuna norma che "prescrive o anche soltanto autorizza l'immediata cessazione dell'ascolto e della registrazione, quando, nel corso di una intercettazione telefonica legittimamente autorizzata, venga casualmente ascoltata una conversazione fra il soggetto sottoposto ad intercettazione ed altra persona nei cui confronti non poteva essere disposta alcuna intercettazione"⁵.

È evidente che i giornali hanno avuto un ruolo di primo piano nell'intera vicenda, tanto che c'è da chiedersi se il Presidente Napolitano avrebbe mai saputo dell'esistenza di queste intercettazioni se il dott. Di Matteo non avesse fornito quella risposta alla giornalista de *La Repubblica*. Probabilmente, per una forma di correttezza costituzionale, la Procura di Palermo avrebbe potuto informare il Quirinale, mostrando un comportamento di cortesia e leale collaborazione; ancora, per salvaguardare la stabilità dei poteri e il ruolo delle istituzioni, avrebbe potuto interpretare la legge "nei termini più ristretti"⁶.

Senonché, tralasciando ogni osservazione circa l'(in)opportunità delle dichiarazioni rilasciate dai magistrati in merito ad indagini che investono l'equilibrio e la credibilità delle istituzioni⁷, occorre considerarne le conseguenze nel caso in esame.

Benché del tutto estraneo ai fatti oggetto d'indagine - come la stessa Procura ha tenuto a precisare - il Presidente Napolitano ha deciso di affidare all'Avvocatura generale dello Stato la rappresentanza per la presentazione del ricorso alla Corte costituzionale, lamentando una lesione delle sue prerogative causata dall'avvenuta valutazione sulla rilevanza delle intercettazioni, dalla permanenza delle intercettazioni agli atti del procedimento, e dall'intento di attivare una procedura camerale. È chiaro che l'intenzione presidenziale non è di contrapporre due poteri per dare origine a uno scontro istituzionale, ma piuttosto segnare con un tratto definitivo la disciplina delle intercettazioni (dirette e indirette) del Presidente della Repubblica. Tant'è che - afferma Napolitano nel D.P.R. del 16 luglio 2012 - la decisione di sollevare questo conflitto si fonda sulla convinzione einaudiana che sia un dovere del Presidente della Repubblica

⁵ Il riferimento è alla nota del Procuratore Messineo diffusa sulla stampa il data 9 luglio 2012, e alla lettera dello stesso Procuratore (titolata *Le intercettazioni indirette non sono lesive dell'immunità*), pubblicata su *La Repubblica* in data 11 luglio 2012. La lettera giunge in risposta alla nota di Eugenio Scalfari, *Il procuratore e le intercettazioni di Napolitano*, pubblicata su *La Repubblica* del 10 luglio 2012.

⁶ Cfr. G. AZZARITI, *Un conflitto senza regole*, in *Il Manifesto*, 17 luglio 2012.

⁷ L'Associazione nazionale magistrati non ha preso posizione sulla vicenda, tuttavia con riferimento al dissenso espresso dai pm Ingroia e Di Matteo nei confronti del capo dello Stato Napolitano nel corso della Festa del *Fatto quotidiano*, è intervenuto il Presidente dell'Anm Sabelli facendo notare che "tutti i magistrati, e soprattutto quelli che svolgono indagini delicatissime devono astenersi da comportamenti che possono offuscare la loro immagine di imparzialità", cfr. N. BARONA, *L'Anm richiama Ingroia*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 settembre 2012.

“evitare si pongano, nel suo silenzio o nella inammissibile sua ignoranza dell’occorso, precedenti, grazie ai quali accada o sembri accadere che egli non trasmetta al suo successore immuni da qualsiasi incrinatura le facoltà che la Costituzione gli attribuisce”⁸.

Il ricorso si fonda sulla presunta violazione dell’art. 90 Cost. e dell’art. 7 co. 3 della legge 219 del 1989⁹, che - secondo l’interpretazione dell’Avvocatura - assegnerebbero al Presidente della Repubblica un’immunità “sostanziale e permanente” posta a protezione della persona fisica che ne è titolare. L’argomentazione è di natura deduttiva: se nel periodo in cui il Presidente è in carica c’è un divieto assoluto d’intercettazione diretta per i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione, “è naturale che debba esistere anche un divieto altrettanto assoluto delle intercettazioni, qualora fossero captate in modo indiretto e casuale”. Questo perché, se la *ratio* dell’immunità espressamente prevista dalla Costituzione e dalle altre disposizioni legislative risiede nell’impossibilità di limitare le comunicazioni del Presidente a garanzia del suo ruolo istituzionale, allora (anche nel silenzio della legge) il divieto di uso di tali mezzi di prova non può non estendersi ad altre circostanze e non può non riguardare anche le cd. intercettazioni indirette o casuali. Sicché, da tale divieto d’intercettazione “generalizzato” deriverebbe l’inutilizzabilità e la distruzione immediata del testo intercettato (ai sensi dell’art. 271 c.p.p.), e quindi l’inapplicabilità degli artt. 268, 269, 270 c.p.p. che, invece, introducono l’udienza stralcio.

2. *Cosa (non) prevede la legge* - Com’è noto, secondo l’art. 90 della Costituzione, il Presidente della Repubblica non è responsabile per gli atti compiuti nell’esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione; in questi casi è messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune a maggioranza assoluta dei suoi membri. Inoltre, l’art. 7 della legge n. 219 del 1989 - il cui Capo II contiene le norme di attuazione e integrazione riguardanti i reati cd. presidenziali - prevede che per i provvedimenti che dispongono intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione¹⁰, è necessaria una deliberazione del comitato parlamentare per i giudizi di accusa¹¹, oltre che la sospensione del Presidente dalla carica su

⁸ Sono le parole che nel Decreto del 16 luglio 2012 il Presidente Giorgio Napolitano prende in prestito da Luigi Einaudi, il decreto è reperibile sul sito ufficiale del Quirinale, www.quirinale.it.

⁹ Il ricorso è stato depositato dall’Avvocatura Generale dello Stato alla Corte costituzionale il 30 luglio 2012, CT. 27074/12. È integralmente reperibile sul sito www.giurcost.org.

¹⁰ Oltre che per le intercettazioni telefoniche, il comma 2 dell’art. 7 della legge n. 219 del 1989 prevede la deliberazione da parte del comitato anche per i provvedimenti che dispongono perquisizioni personali o domiciliari, oltre che per quelli che applicano misure cautelari limitative della libertà personale nei confronti degli inquisiti.

¹¹ Secondo l’art. 12 della legge cost. n. 1 del 1953: “La deliberazione sulla messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica per i reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione è adottata dal Parlamento in seduta comune su relazione di un comitato 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. Il comitato di cui al comma 1 è presieduto dal presidente della giunta del Senato della Repubblica o dal presidente della giunta della Camera dei deputati, che si alternano per ciascuna legislatura”.

disposizione della Corte costituzionale. Insomma, finché il Presidente è in carica, non possono essere disposte intercettazioni nei suoi confronti nell'ambito di un procedimento riguardante i reati di cui all'art. 90 Cost.

Senonché, la Costituzione e la legge sono molto chiare sulle regole da rispettare per le intercettazioni da compiere sulle utenze del Presidente della Repubblica, mentre, nessuna disposizione normativa disciplina le procedure e i limiti da rispettare nel caso di intercettazioni indirette o casuali.

In assenza di un dettato normativo, è stata prospettata l'applicazione dell'art. 6, co. 1, della legge n. 140 del 2003 relativa alle intercettazioni indirette dei parlamentari¹². Questa prevede che per le captazioni disposte nel procedimento riguardante soggetti terzi che casualmente hanno coinvolto un parlamentare, si può procedere alla distruzione del materiale intercettato, qualora venga ritenuto irrilevante dal giudice per le indagini preliminari (a norma dell'art. 269, co. 2 e 3, c.p.p.), oppure alla sua utilizzazione processuale previa richiesta dell'autorizzazione parlamentare. Al riguardo, però, occorre precisare che la Corte costituzionale - con la sent. 390 del 2007¹³ - ha scelto di ridurre la portata delle prerogative parlamentari in tema di intercettazioni, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 nella parte in cui prevedeva la distruzione immediata della documentazione delle intercettazioni, anche nei casi in cui le intercettazioni dovessero essere utilizzate nei confronti di soggetti diversi dal membro del Parlamento, le cui conversazioni o comunicazioni erano state intercettate. In altri termini, qualora l'autorità giudiziaria intenda utilizzare le intercettazioni solo nei confronti dei terzi, non deve munirsi dell'autorizzazione della Camera; mentre, qualora voglia utilizzare le intercettazioni sia nei confronti dei terzi che del parlamentare, il diniego dell'autorizzazione non comporterà l'obbligo di distruggere la documentazione delle intercettazioni, la quale rimarrà utilizzabile limitatamente ai terzi.

Ebbene, se si guarda con favore a un'interpretazione analogica, si può pensare di applicare questa stessa disciplina anche alle ipotesi che coinvolgono il Capo dello Stato. Viceversa, l'impossibilità di assimilare la posizione del Presidente della Repubblica a quella del parlamentare, renderebbe del tutto inaccettabile questa soluzione interpretativa. Infatti, secondo le argomentazioni dell'Avvocatura dello Stato, la posizione di garanzia ricoperta dalla Presidente nell'ordinamento italiano¹⁴ può giustificare l'esistenza di un diverso regime di

¹² L'articolo prevede che "il giudice per le indagini preliminari, anche su istanza delle parti ovvero del parlamentare interessato, qualora ritenga irrilevanti, in tutto o in parte, ai fini del procedimento i verbali e le registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate in qualsiasi forma nel corso di procedimenti riguardanti terzi, alle quali hanno preso parte membri del Parlamento, ovvero i tabulati di comunicazioni acquisiti nel corso dei medesimi procedimenti, sentite le parti, a tutela della riservatezza, ne decide, in camera di consiglio, la distruzione integrale ovvero delle parti ritenute irrilevanti, a norma dell'articolo 269, commi 2 e 3, del codice di procedura penale".

¹³ Corte cost., sentenza n. 390 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 4367 ss. (con osservazione di V. GREVI, *Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni "indirette" (casuali e non causali) operate nei confronti di un membro del Parlamento*).

¹⁴ Sulla peculiare posizione del Capo dello Stato rispetto agli altri organi costituzionali v. T. GIUPPONI, *Immunità presidenziale e nesso funzionale in un anomalo conflitto*, in R. Bin, G. Pitruzzella, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di). *Il "caso Cossiga". Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 184 ss. Più in generale, della vasta letteratura in argomento v. M. FIORILLO, *Il Capo dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2003; A.

tutela rispetto a quello riservato ai parlamentari nell'ambito delle intercettazioni (anche indirette). Per il Presidente, infatti, c'è la necessità di proteggere la libertà e la segretezza delle sue comunicazioni come presupposto essenziale per il corretto svolgimento della funzione presidenziale¹⁵. Nel caso dei parlamentari, invece, si tratta di tutelare la loro *privacy* come avviene per qualunque altro cittadino, non ricorrendo un pregiudizio per la funzionalità della Camera di appartenenza, unico presupposto dell'autorizzazione prevista dall'art. 68 della Costituzione¹⁶.

In uno scenario così ambiguo si potrebbe far appello ai precedenti.

Il primo risale al 1997, quando il Presidente della Repubblica Scalfaro fu intercettato in conversazioni riguardanti l'assetto della dirigenza dell'Istituto di credito con l'amministratore delegato della Banca Popolare di Novara¹⁷. Anche qui la vicenda fu resa nota da un quotidiano - *Il Giornale* - che pubblicò il testo del colloquio registrato dalla Guardia di Finanza il 12 novembre 1993. In questo caso, però, non venne sollevato un conflitto di attribuzione, ma ci fu un lungo seguito d'interpellanze al Ministro della Giustizia Flick - una delle quali presentata dal senatore Cossiga - con cui si chiedeva se l'intercettazione di una conversazione telefonica cui abbia partecipato il Capo dello Stato, la trascrizione di questa in un verbale e il deposito in atti della trascrizione, fossero conformi ai principi costituzionali. Il ministro Flick non lasciò spazio ai dubbi: le prerogative costituzionali del Presidente devono prevalere sulle esigenze delle indagini, giacché la sua libertà di determinazione e comunicazione non può subire alcuna limitazione neppure da parte di altra autorità. In particolare, sulle intercettazioni, precisò che se è previsto che un'intercettazione possa essere disposta solo dopo la sospensione dalla carica per i reati presidenziali, "a maggior ragione deve prefigurarsi una tutela piena in rapporto ad ipotesi di reati comuni e, *a fortiori*, rispetto a qualsiasi fatto penalmente irrilevante". Inoltre, il divieto deve riferirsi anche alle cd. intercettazioni indirette oltre che a quelle dirette: in entrambi i casi, la distinzione tra atti riconducibili all'esercizio delle funzioni e atti estranei a tale esercizio non può essere rimessa al sindacato successivo della autorità giudiziaria rispetto alla intrusione, poiché tale controllo comporterebbe una valutazione della autorità giudiziaria sugli atti riferibili al profilo funzionale dell'attività del Capo dello Stato, per i quali il nostro ordinamento prevede la totale irresponsabilità¹⁸.

BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di Governo*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2011.

¹⁵ Un'altra giustificazione può risiedere nella ragion di stato, poiché «un presidente può avere la necessità d'intrecciare accordi con un tiranno sanguinario, se ne va dell'interesse nazionale; ad esempio per ottenere la liberazione d'ostaggi italiani»: M. AINIS, *Le prerogative del garante della legge*, in *Corriere della Sera*, 19 luglio 2012.

¹⁶ Inoltre, prosegue l'Avvocatura nel ricorso, «il legislatore del 2003 - pur consapevole del clamore sollevato nel 1997 dal caso delle intercettazioni di conversazioni cui aveva partecipato un Presidente della Repubblica - non ha dettato alcuna previsione relativa a tali intercettazioni, all'evidenza, che per esse non può valere la stessa distinzione tra intercettazioni dirette e indirette stabilita per quelle dei parlamentari».

¹⁷ Sulla vicenda cfr. G. ROMA, *Un altro passo verso l'invulnerabilità del Presidente della Repubblica? (il caso della c.d. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro)*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 2883 ss.

¹⁸ Cfr. l'intervento nell'Aula del Senato del Ministro Flick, nella seduta n. 146 del 7 marzo 1997.

Poi, c'è il caso Cossiga. Innanzitutto occorre precisare che i fatti non riguardano intercettazioni telefoniche, ma due distinti procedimenti per risarcimento danni intentati contro il Capo dello Stato Cossiga accusato di aver diffamato l'on. Flamigni e il sen. Onorato¹⁹. Giova osservare che nel 2004 la Corte fu chiamata a misurarsi con l'estensione dell'irresponsabilità presidenziale²⁰. Infatti, a seguito dell'accoglimento delle ragioni di entrambi i ricorrenti da parte della Corte di Cassazione, il senatore Cossiga - in qualità di ex Presidente della Repubblica - decise di promuovere un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, chiedendo l'annullamento delle decisioni impugnate. Con la sentenza n. 154 del 2004 la Corte respinse in parte il ricorso ritenendo che "spetta all'autorità giudiziaria, investita di controversie sulla responsabilità del Presidente della Repubblica in relazione a dichiarazioni da lui rese durante il mandato, accertare se le dichiarazioni medesime costituiscano esercizio delle funzioni, o siano strumentali ed accessorie ad una funzione presidenziale, e solo in caso di accertamento positivo ritenerle coperte dalla immunità del Presidente della Repubblica, di cui all'art. 90 della Costituzione"²¹.

Insomma, nel 2004 la Corte decise di attribuire al giudice comune (e solo in seconda istanza alla Corte costituzionale) l'interpretazione dell'immunità presidenziale e della sua applicabilità al caso concreto²², disegnando un nuovo scenario che - per il caso delle intercettazioni nel conflitto in corso - potrebbe legittimare la valutazione iniziale ad opera della magistratura circa l'applicabilità

Nel corso della stessa seduta v. anche l'intervento del senatore Elia: "È auspicabile che il Parlamento (...) possa rimediare a tale lacuna della materia processual-penalistica procedendo quindi a chiarire questa situazione a vantaggio di tutti i cittadini. Per quanto riguarda il Presidente della Repubblica, bisogna tenere conto, oltre che dei comuni valori tutelati dall'articolo 15 della Costituzione, anche del fatto che per tutelare il Presidente della Repubblica nei casi limite in cui sia messa in pericolo veramente la sua indipendenza il codice penale prevede l'articolo 277, modificato, volto a garantire il Presidente della Repubblica anche al di fuori dei casi previsti nell'articolo 276, che sanziona gli attentati alla persona fisica del Presidente; l'articolo 277 invece ne tutela la libertà psichica per evitare che un certo tipo di assedio, di accuse e di insinuazioni possano ledere la libertà e l'indipendenza di decisione del Presidente della Repubblica stesso".

¹⁹ Cass., III sez. civ., 27 giugno 2000, n. 8733, *Flamigni c. Cossiga*, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 3407 ss. (con nota di F.S. MARINI, *Controfirma ministeriale e irresponsabilità del Presidente della Repubblica nell'esercizio del potere di esternazione*); Cass., III sez. civ., 27 giugno 2000, n. 8734, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 2948 ss. (con nota di M. PIAZZA, *Il Presidente della Repubblica è giuridicamente responsabile, in sede civile, per le sue «esternazioni» ingiuriose e/o diffamatorie*). Sull'intera vicenda si veda particolarmente R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il "caso Cossiga". Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, Giappichelli, Torino, 2003.

²⁰ In tal senso si veda l'opinione di Valerio Onida nell'intervista di P. NESSI, *Stato-Mafia/Cossiga non c'entra con Napolitano: Onida risponde al Fatto Q.*, in *www.ilsussidiario.net*, 26 agosto 2012.

²¹ Per un'analisi della sentenza cfr. T. GIUPPONI, *"Uno, nessuno e centomila". Personaggi e interpreti dell'immunità presidenziale di fronte alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, all'indirizzo *www.forumcostituzionale.it*, 1 giugno 2004.

²² È stato osservato che «quella riserva di giurisdizione a favore del giudice comune, negata quando è in gioco l'accertamento della prerogativa costituzionale ex art. 68 co. 1, viene invece ora riconosciuta nell'area contigua della irresponsabilità presidenziale ex art. 90»: A. PUGIOTTO, *Ben oltre il "caso Cossiga": le importanti novità della sentenza n. 154 del 2004*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, all'indirizzo *www.forumcostituzionale.it*, 9 luglio 2004 (pubblicato anche in *Diritto&Giustizia*, 2004, pp. 14 ss.).

o meno dell'ambito descritto dall'art. 90²³.

3. *Due interpretazioni contrapposte* - Il 19 settembre, con ordinanza n. 218 del 2012, la Corte costituzionale ha ammesso il conflitto di attribuzione con cui il Presidente della Repubblica ha chiesto di dichiarare che non spetta alla Procura omettere la distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali di sue conversazioni, né valutarne l'irrilevanza sottoponendole all'udienza stralcio. Com'è noto, in questa prima fase del giudizio, la deliberazione riguarda soltanto l'esistenza della materia di un conflitto, la cui risoluzione - con riferimento ai requisiti soggettivi²⁴ e oggettivi²⁵ indicati nel comma 1 dell'art. 37 della legge n. 87 del 1953 - compete alla Corte, cui spetterà in seguito chiarire quale sia l'estensione dell'immunità del Presidente.

Del resto - per quanto eccezionale - non è la prima volta che i giudici costituzionali si trovano a risolvere un conflitto in cui uno dei protagonisti è il Capo dello Stato²⁶. Sia di chi ritiene che la soluzione sia già scritta nella legge n. 219 del 1989 e nella pronuncia del 2004, ove si dichiara che il Presidente non è titolare di un'immunità generale in quanto è responsabile penalmente per gli atti compiuti fuori dell'esercizio delle funzioni²⁷. Sia di chi, invece, ritiene ragionevole la richiesta del Presidente, poiché il vaglio delle intercettazioni per mezzo di una "udienza-filtro" comporterebbe la conoscibilità delle sue parole, facendo venir meno la piena protezione della libertà e segretezza delle

²³ In argomento v. M. RUOTOLO, *Napolitano intercettato/ Quella volta che al telefono c'era Scalfaro...*, in *www.ilsussidiario.net*, 22 luglio 2012.

²⁴ Nell'ordinanza n. 218 del 2012 la Corte dichiara che "per quanto attiene all'aspetto soggettivo, la natura di potere dello Stato e la conseguente legittimazione del Presidente della Repubblica ad avvalersi dello strumento del conflitto a tutela delle proprie attribuzioni costituzionali sono state più volte riconosciute, in modo univoco, nella giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 200 del 2006 e n. 129 del 1981; ordinanze n. 354 del 2005 e n. 150 del 1980); che questa Corte ha del pari riconosciuto, con giurisprudenza costante, la natura di potere dello Stato al pubblico ministero, in quanto investito dell'attribuzione, costituzionalmente garantita, inerente all'esercizio obbligatorio dell'azione penale (art. 112 della Costituzione), cui si connette la titolarità delle indagini ad esso finalizzate (*ex plurimis*, sentenze n. 88 e n. 87 del 2012, ordinanze n. 241 e n. 104 del 2011), ritenendo, altresì, legittimato ad agire e a resistere nei giudizi per conflitto di attribuzione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale, in quanto competente a dichiarare definitivamente, nell'assolvimento della ricordata funzione, la volontà del potere cui appartiene (ordinanza n. 60 del 1999)".

²⁵ Quanto al profilo oggettivo la Corte chiarisce che "il ricorso è proposto a salvaguardia di prerogative del Presidente della Repubblica che sono prospettate come insite nella garanzia dell'immunità prevista dall'art. 90 Cost. e nelle disposizioni di legge ordinaria ad essa collegate, a fronte di lesioni in assunto realizzate o prefigurate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo nello svolgimento dei propri compiti; che deve ritenersi dunque sussistente, allo stato - salvo il definitivo giudizio all'esito dell'instaurazione del contraddittorio - la materia di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato la cui risoluzione spetta alla competenza di questa Corte".

²⁶ Cfr. M. AINIS, *Le istituzioni e le persone*, in *Corriere della Sera*, 17 luglio 2012. Diffusamente sul potere di grazia v., almeno, M. AINIS, *Sulla titolarità del potere di grazia*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 109 ss.; M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corriere giuridico*, 2007, pp. 190 ss.

²⁷ È l'opinione espressa da Lorenza Carlassare nell'intervista rilasciata a S. TRUZZI, *Il Presidente non è penalmente immune*, in *Il Fatto Quotidiano*, 25 agosto 2012.

comunicazioni del Presidente²⁸. D'altronde, il timore di un'incauta diffusione delle intercettazioni è più che mai fondato in questo caso, giacché (ancor prima dell'eventuale udienza) il giornale *Panorama* ha pubblicato una ricostruzione delle conversazioni intercorse tra il Presidente della Repubblica e l'ex ministro, animando il dibattito tra le istituzioni e demolendo, di fatto, ogni forma di garanzia riguardante le comunicazioni presidenziali²⁹.

Tutto questo ha assegnato alla Corte costituzionale l'onere di un giudizio molto complesso.

Innanzitutto per l'insufficienza degli elementi inizialmente messi a sua disposizione per la formulazione del giudizio: gli allegati del ricorso dell'Avvocatura dello Stato sono per lo più articoli di giornali o note riguardanti le dichiarazioni rilasciate dalla Procura ai giornalisti. Questo è il motivo per il quale la Corte Costituzionale, con un'ordinanza istruttoria consegnata alla Procura di Palermo³⁰, ha ufficialmente richiesto ai giudici titolari dell'inchiesta, di acquisire il numero e le date delle telefonate registrate, le sintesi delle conversazioni captate, la copia dei decreti e delle proroghe con cui sono state disposte le intercettazioni delle telefonate dell'ex ministro, e la copia dei provvedimenti di separazione tra i vari pezzi dell'inchiesta sulla presunta trattativa Stato-mafia³¹.

Inoltre, laddove la Corte dovesse decidere di ricavare in via interpretativa un generale divieto d'intercettazione del Capo dello Stato in carica, ivi comprese le intercettazioni indirette o casuali, bisognerebbe considerare con attenzione gli effetti del bilanciamento tra l'immunità del Presidente e i diritti fondamentali. Si pensi, ad esempio, alla menomazione del diritto alla difesa nel caso in cui dalle conversazioni col Presidente fosse possibile ricavare elementi a favore dell'interlocutore intercettato³². È evidente che la distruzione dei verbali senza il controllo di un giudice terzo, genererebbe quel "meccanismo irrimediabilmente demolitorio" che la Corte - nel caso del parlamentare - ha già ritenuto inammissibile, permettendo invece l'utilizzabilità delle intercettazioni limitatamente ai terzi anche nelle ipotesi di diniego dell'autorizzazione della Camera di appartenenza³³.

A questo punto, visto il vuoto normativo - o perlomeno l'assenza di uniformità interpretativa rispetto a quanto previsto dalla Costituzione e dalla legge - è chiaro che il ricorso ai giudici costituzionali è stato inevitabile. Invocata correttamente dal Presidente della Repubblica, la Corte dovrà regolare il

²⁸ In questi termini si esprime Valerio Onida, v. D. RONZONI, *Sulle intercettazioni Napolitano ha seguito la Carta, non la politica*, in *www.linkiesta.it*, 10 agosto 2012. Occorre precisare che, secondo Onida, esistono dubbi sulla legittimità dell'indagine (nonché dubbi sulla legittimità delle intercettazioni di Mancino) che sembra riguardare fatti che integrerebbero reati ministeriali su cui potrebbe indagare solo il Tribunale dei ministri: così nell'intervista di P. NESSI, *op. cit.*

²⁹ L'articolo è di G. FASANELLA, *Ecco il contenuto delle telefonate tra Napolitano e Mancino*, in *Panorama*, 30 agosto 2012.

³⁰ *Ex multis*, sul tema delle ordinanze istruttorie v. almeno A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, pp. 1341 ss.

³¹ Sulle reazioni dei magistrati palermitani v. R. ARENA, *I giudici della Consulta "Vogliamo le carte delle telefonate del Colle"*, in *La Stampa*, 26 settembre 2012.

³² Cfr. M. AINIS, *Quel dubbio che riguarda i cittadini non il potere*, in *Corriere della Sera*, 1 settembre 2012; v. inoltre M. RUOTOLO, *op. cit.*

³³ Così la citata sentenza n. 390 del 2007 della Corte costituzionale.

conflitto di attribuzione, e fornire una soluzione normativa per le intercettazioni indirette o casuali del Capo dello Stato.

Certo, in questo modo c'è il rischio che la pronuncia della Corte si trasformi in una "legislazione costituzionale" in forma di sentenza³⁴. Del resto, preso atto dell'effettiva sussistenza di una lacuna normativa e valutata la non percorribilità della via interpretativa, la Corte potrebbe anche sollevare davanti a se stessa in veste di giudice *a quo* una questione di costituzionalità in via incidentale, per poi dichiarare l'illegittimità dell'art. 6, co. 1, nella parte in cui non prevede che anche le intercettazioni casuali di conversazioni o comunicazioni del Capo dello Stato possano o debbano essere immediatamente distrutte nelle parti che lo riguardano³⁵. Diversamente, per evitare di intervenire con una sentenza additiva - che qui, però, opererebbe in materia costituzionale - potrebbe scegliere di inviare un monito al legislatore, in modo da ricondurre la questione nell'alveo parlamentare, ove più correttamente sin dall'inizio si sarebbe dovuto operare nella direzione di una disciplina più riparata dalle congetture e dalle interpretazioni giuridiche.

** Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico dell'Università degli Studi Niccolò Cusano - Roma

³⁴ In tal senso G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione*, in *La Repubblica*, 17 agosto 2012, il quale precisa inoltre che «a perdere sarà anche la Corte: se, per improbabile ipotesi, desse torto al Presidente, sarà accusata d'irresponsabilità; dandogli ragione, sarà accusata di cortigianeria».

³⁵ M. PETRINI, *Intercettazioni telefoniche senza pace: il conflitto di attribuzioni tra Capo dello Stato e Procura della Repubblica di Palermo*, in *Archivio penale*, 2012, n. 3, p. 7.