

E se non vi fosse stata alcuna intervista?

di Pietro Faraguna*

(29 novembre 2012)

SOMMARIO: 1. *Ovvio* - 2. *Alla ricerca delle norma perduta* - 3. *E se non vi fosse stata alcuna intervista?* - 4. *Una questione... di legittimità costituzionale*

1. *Ovvio*

Si parta dal 5 luglio 2012. Il sostituto procuratore della Repubblica dott. Di Matteo risponde alla richiesta di informazioni del Procuratore Messineo, a sua volta sollecitato dall'Avvocatura Generale dello Stato, a sua volta sollecitata dalla Presidenza della Repubblica.

Il PM palermitano conferma le parole pronunciate nell'intervista a "la Repubblica" da cui tutto nacque. La scelta del lessico della missiva è interessante: la domanda della giornalista era "assolutamente generica", e la risposta veniva resa "altrettanto genericamente", con un richiamo – che sarebbe "ovvio" – alla corretta applicazione della normativa. Ovvio. L'ovvietà sembra fare da sfondo costante a questa vicenda costituzionale che, man mano che si approfondisce e si avvicina all'udienza, sembra approdare invece verso esiti tutt'altro che ovvi.

Ovvio sarebbe che un magistrato si attenga alla corretta applicazione della normativa. Ovvio sarebbe, secondo una parte ampiamente maggioritaria delle più autorevoli voci che si sono pronunciate¹, che la Corte tutelasse il Presidente. Ovvio sarebbe escludere in radice che un'intrusione così violenta nella sfera presidenziale possa essere ammessa dall'ordinamento.

2. *Alla ricerca delle norma perduta*

* Dottore di ricerca in diritto costituzionale, Università di Ferrara

¹ Da un'analisi degli articoli comparsi sulla stampa quotidiana nei giorni immediatamente successivi l'attivazione del conflitto – recanti firme anche molto autorevoli tra i costituzionalisti – fra circa cinquanta articoli, per contare coloro che adombrano la fondatezza delle tesi della Procura di Palermo bastano le dita di una mano.

L'esito sarà forse scontato, ma la ricerca dello strumento normativo che conduca a quell'esito è davvero impresa ardua. Sebbene a molti sembri scontato che le intercettazioni debbano essere distrutte, la ricerca della norma che consenta di disporre tale distruzione è un percorso ad ostacoli (di natura interpretativa). Infatti la lettura delle carte fornisce un quadro tutt'altro che ovvio. A partire dalla Carta più importante, quella costituzionale. La disposizione di cui all'art. 90 Cost. sancisce infatti un principio che il PM Di Matteo definirebbe senz'altro "generalissimo". E così, a declinare quel principio nel dettaglio – per ciò che concerne gli aspetti qui rilevanti – ha provveduto il legislatore ordinario, con la legge 219 del 1989.

L'art. 7 disciplina infatti che le intercettazioni telefoniche a carico del Presidente debbano essere deliberate dal Comitato interparlamentare di cui all'art. 12 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1. E che queste possano essere poste in essere soltanto quando la Corte costituzionale abbia disposto la cessazione dalla carica del Presidente. Non vi è dubbio che tale disposizione sia rivolta alle intercettazioni "dirette" del Capo dello Stato, poiché non avrebbe alcun senso – innanzitutto logico – ipotizzare una delibera autorizzativa di un evento casuale (l'intercettazione del Presidente). Gli strumenti interpretativi possono però concedere di giungere a ricostruire una *ratio* di queste disposizioni più generosa (nella prospettiva presidenziale): si potrebbe risalire a una forma di inviolabilità del Capo dello Stato, che impedisce di carpire occultamente la sua voce, salvo che in casi del tutto eccezionali. Come è stato osservato, se l'autorizzazione è richiesta per perseguire reati gravissimi, a maggior ragione non potrebbe ipotizzarsi la comune intercettabilità delle conversazioni presidenziali al fine di perseguire reati meno gravi, imputati peraltro a terzi.

Poste queste premesse, il guaio è che le intercettazioni in questione esistono ed è necessario individuare uno strumento per disporre la distruzione. Che è esattamente ciò che chiede il Capo dello Stato, e ciò che intende fare la Procura della Repubblica. Ma come?

Secondo la Procura della Repubblica le norme applicabili sarebbero le uniche norme disponibili nel codice di procedura penale: qualora la documentazione non fosse necessaria per il procedimento, tutti gli interessati possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al *giudice* che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione, il quale decide in camera di consiglio.

Al di là di questa ipotesi, le maglie interpretative del codice di rito sembrano concedere anche qualche spazio per un'altra ipotesi, secondo la quale le intercettazioni in oggetto sarebbero inutilizzabili e perciò andrebbero distrutte in ogni stato e grado del processo su disposizione del giudice.

Infatti i risultati delle intercettazioni sono inutilizzabili quando le stesse siano eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge (art. 271, comma primo, c.p.p.): può giovare alla causa dell'inviolabilità presidenziale interpretare le disposizioni di cui all'art. 7 della l. 219/1989 anzi citate come ipotesi tassative ed eccezionali che fissano i limiti della possibilità di intercettare il Capo dello Stato. Ogni altra intercettazione delle conversazioni presidenziali starebbe fuori dai casi consentiti dalla legge, e perciò sarebbe inutilizzabile e suscettibile di essere distrutta per disposizione del giudice (salvo che costituisca corpo del reato).

Nessuna disposizione contempla dunque la distruzione delle intercettazioni per mano del Pubblico Ministero. E posto che sarebbe quantomeno ingenuo pensare che l'intercettazione dovrebbe essere abortita alla nascita (trattandosi non di agenti che pazientemente ascoltano le 9295 telefonate dell'ex ministro Mancino, bensì di meccanismi automatici di registrazione), una volta che l'intercettazione esiste, bisogna trovare le modalità per trattarne la conservazione o la distruzione.

E dunque, ammesso e non concesso che dall'inviolabilità presidenziale derivi un generale divieto di carpire occultamente la voce del Presidente, una volta che l'intercettazione si sia fortuitamente prodotta e sia quindi nelle mani del PM, l'ipotizzato obbligo di disporre la sua immediata eliminazione sembra una norma priva di disposizione. E non è cosa da poco nella procedura penale.

3. E se non vi fosse stata alcuna intervista?

A conferma di ciò può essere utile procedere con una finzione mentale: rimuoviamo dagli eventi della vicenda l'intervista a "la Repubblica", da cui scaturisce la sequenza che conduce al conflitto. Cosa sarebbe successo? La Presidenza della Repubblica non sarebbe venuta a conoscenza delle intercettazioni, e non avrebbe potuto sollevare alcun conflitto². Almeno

² Il caso affine che aveva riguardato il Presidente Scalfaro, intercettato "casualmente", era emerso parimenti per vie mediatiche, attraverso la pubblicazione su alcuni giornali dei brogliacci di colloqui

finché le stesse intercettazioni non fossero formalmente “comparse” nel processo: per disporre la distruzione a tutela della riservatezza degli interessati, secondo l'art. 269, comma secondo, nel caso fossero valutate legittime, ma irrilevanti; ovvero per disporre la distruzione, ex art. 271, nel caso fossero valutate dal giudice (e non certo dal PM), illegittime. In entrambi i casi, l'esistenza delle intercettazioni sarebbe emersa nel momento stesso in cui si sarebbe prodotto il danno costituzionale che con il presente conflitto si cerca di evitare.

Il giudice, al fine di tutelare la segretezza del Presidente, avrebbe tutt'al più potuto ricorrere all'art. 114, comma 5, disponendo la secretazione degli atti "nell'interesse dello Stato", come si suggerisce in una delle relazioni introduttive al presente dibattito³. Poco conforto si potrebbe peraltro trarre dalle norme che stabiliscono le sanzioni per la violazione dei divieti di pubblicazione a carico dei giornalisti, per la loro inidoneità a dissuadere da una condotta giornalmisticamente “premiante”⁴.

Ciò sta a confermare che, al netto di un evento irrituale e fortuito (l'intervista di un PM a un giornale⁵), la corretta applicazione delle disposizioni previste dal codice di procedura penale avrebbe condotto alla camera di consiglio nella quale le intercettazioni presidenziali sarebbero state "offerte" ai difensori della parti. Perciò non è il caso di addebitare alla procura di Palermo la menomazione dell'altrui attribuzioni costituzionali, né alcun tipo di interferenza. Se l'inviolabilità presidenziale davvero comporta l'impossibilità di intercettare la voce del Capo dello Stato, è il complesso di norme del codice di procedurale penale che viola la Costituzione, e non vi

telefonici tenuti con il Capo dello Stato. La vicenda aveva avuto anche una nota appendice parlamentare (vedi la seduta del Senato della Repubblica, 7 marzo 1997).

³ 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 *forumcostituzionale.it*, Amicus Curiae 2012 “Il Presidente intercettato”.

⁴ Si sofferma su tale inidoneità M. MADDALENA, *Diritti costituzionali e itnercettazioni telefoniche*, in *Corr. Giur.*, 1996, 246: riferendosi agli artt. 115 c.p.p e 648 c.p., scrive che «si tratta di sanzioni talmente remote (quella disciplinare) e talmente risibili (quella penale) che sicuramente non valgono a rappresentare una remora di fronte alla possibilità di realizzare uno *scoop*».

⁵ Il fatto che le dichiarazioni rese alla stampa possano ritenersi «improvvide» (così A. ANZON, *La motivazione del ricorso presidenziale contro la Procura della Repubblica di Palermo: qualche osservazione critica*, in in *forumcostituzionale.it*, Amicus Curiae 2012 “Il Presidente intercettato”), o possano ritenersi espressione di «un comportamento che certamente non può dirsi improntato a forme di correttezza istituzionale» (così C. PANNACCIULLI, *La riservatezza dei colloqui del Presidente della Repubblica nel conflitto di attribuzioni con la Procura di Palermo*, *ivi*), non ne esclude la ripetibilità nel futuro. E perciò evoca la necessità di una regola che definisca stabilmente la questione.

sembra esservi modo di ristabilire la legittimità costituzionale attraverso una mera operazione interpretativa.

4. Una questione... di legittimità costituzionale

Spetterà in tal caso alla Corte costituzionale sollevare di fronte a se stessa la questione di legittimità costituzionale del complesso di norme desumibili dalle disposizioni del codice di procedura penale, e da quelle della legge n. 219 del 1989, nella parte in cui non prevedono un'adeguata protezione dell'inviolabilità presidenziale, comportando la messa a disposizione delle parti delle intercettazioni indirette e casuali del Capo dello Stato.

Tale soluzione avrebbe il pregio di concentrarsi sulla norma priva di disposizione di cui si diceva poc'anzi, senza forzare interpretativamente il delicato sistema del rito penale, la cui ispirazione a criteri rigidi di legalità è un bene non meno pregiato della stessa inviolabilità presidenziale. E avrebbe il pregio di individuare una regola vincolante per tutti i casi futuri, compresi quelli in cui nessuna fortuita intervista dovesse intervenire a svelare l'esistenza dell'intercettazione presidenziale⁶.

La strada dell'autorimessione avrebbe peraltro il non secondario effetto di rinviare la decisione a tempi più favorevoli alla sua digestione istituzionale (ovvero dopo la cessazione della carica del Presidente Napolitano)⁷. Anche a voler adottare una visione irenica e fisiologica del conflitto di attribuzioni, compreso quello intentato dal Capo dello Stato, è improvvido negare che le conseguenze della decisione di questo conflitto sono destinate a prodursi con una certa violenza nel sistema di equilibrio di poteri. Ciò, a maggior ragione, in un momento della storia del Paese in cui

⁶ Sottolinea questo aspetto D. CHINNI, *Brevi riflessioni sull'intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica*, in *forumcostituzionale.it*, Amicus Curiae 2012 "Il Presidente intercettato", punto 4; sulla base di considerazioni simili, seppur per giungere a esiti diversi, altri ritiene che la Corte potrebbe rivolgere un monito al legislatore: così T.F. GIUPPONI, *Il conflitto tra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo: problematiche costituzionali in tema di inviolabilità del Capo dello Stato*, *ivi*.

⁷ Si potrebbe dall'altra parte osservare che l'autorimessione – rinviando nel tempo la decisione della Corte – porterebbe il difetto di fare un dono sgradito al futuro Presidente della Repubblica. Si verificerebbe in sostanza l'esatto contrario rispetto alle intenzioni esplicitate dal Presidente Napolitano, nel comunicato con il quale si dava notizia del conflitto. Vi si leggeva infatti l'intenzione di evitare il prodursi di «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» (Comunicato del 16 luglio 2012, www.quirinale.it). Così invece si rischierebbe di consegnare al successore una fonte di incrinatura della sua stessa figura.

la Presidenza della Repubblica sta suonando tutte le note della sua tastiera costituzionale e nel quale, perciò, qualunque occasione di delegittimazione è da evitarsi con particolare cura.

Non ultima, la questione di legittimità costituzionale che la Corte dovesse eventuale porre di fronte a se stessa offrirebbe l'occasione per distinguere piani diversi, che in questa vicenda sono stati spesso confusi⁸.

Una cosa sarebbe infatti trattare di responsabilità e irresponsabilità presidenziale, tematica nei confronti della quale l'art. 90 cost. delinea coordinate costituzionali precise. Altra questione è invece quella che attiene alla tutela del Capo dello Stato nei confronti di atti intrusivi quali le intercettazioni. Il piano sostanziale della responsabilità del Capo dello Stato e quello formale delle procedure e delle modalità di intrusione nella sfera delle attività del Presidente (o di terzi, che coinvolgono indirettamente anche il Quirinale) non sono certo piani indipendenti, ma sono distinti e come tali vanno considerati⁹.

Soltanto in sede di controllo di legittimità delle leggi la Corte avrebbe occasione di misurare il complesso normativo desumibile dalla legge n. 219 del 1989 rispetto alla Costituzione, attingendo anche dal raffronto che alcuni hanno avanzato rispetto ad altre ipotesi di *status* particolari di fronte alle intercettazioni (quello dei Parlamentari), purtuttavia non perfettamente assimilabili alla questione di cui si tratta.

Si rischia infatti di giungere a soluzioni affrettate, che pretendono di estendere interpretativamente una sfera di immunità sostanziale al di là del dettato costituzionale che dispone il regime di irresponsabilità funzionale¹⁰. Operazione, quest'ultima, che la Corte aveva censurato nell'ultima sentenza della vicenda dei cd. lodi, affermando che «il legislatore ordinario, in tema di prerogative (e cioè di immunità intese in senso ampio), può intervenire solo per attuare, sul piano procedimentale, il dettato costituzionale,

⁸ Sul punto sottolinea la necessità di non sovrapporre piani distinti D. VICOLI, *Immunità del Presidente della Repubblica e intercettazioni "casuali": silenzi normativi e previsioni espresse*, in *forumcostituzionale.it*, Amicus Curiae 2012 "Il Presidente intercettato", p. 7.

⁹ Sul punto è molto chiaro il contributo di T.F. GIUPPONI, *Il conflitto tra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo*, cit., pp. 9-10.

¹⁰ Sull'evoluzione dei confini dell'irresponsabilità, in prospettiva anche storica, cfr. *ex multis* F. DIMORA, *Alla ricerca della responsabilità del Capo dello Stato*, Milano, 1991 e T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino 2005

essendogli preclusa ogni eventuale integrazione o estensione di tale dettato»¹¹.

E sarebbe davvero sorprendente che dopo anni in cui l'attività della Corte, con il supporto di una consistente parte della dottrina, si è spesa a presidiare davanti alle torsioni di lodi, lodi-bis e (il)legittimi impedimenti i limiti costituzionali del regime delle immunità in senso lato, si finisse oggi – cambiati gli attori in gioco – a fornire soluzioni che rievocassero quelle torsioni.

Ove si ritenesse infatti che la legislazione ordinaria non dispone strumenti che garantiscono sufficientemente le prerogative presidenziali *già* previste dalla Costituzione, sarà semmai il caso di accertare l'omissione del legislatore ordinario, troppo distratto negli ultimi anni dall'esigenza di disporre lodi e contro lodi, e intervenire con una pronuncia additiva. La sede del conflitto di attribuzioni è chiaramente inidonea a definire la questione, posta in questi termini, ma può essere la sede idonea affinché la Corte sollevi la questione di legittimità costituzionale di fronte a se stessa, per definirla in sede di giudizio di legittimità delle leggi.

¹¹ Corte cost., sent. n. 262 del 2009, punto 7.3.1 c.i.d. Che qui si discuta della sussistenza o meno di una prerogativa, nel senso inteso dalla Corte nella sentenza n. 262 è fuor di dubbio, nella misura in cui i giudici costituzionali hanno specificato che «le indicate prerogative possono assumere, in concreto, varie forme e denominazioni (insindacabilità; scriminanti in genere o immunità sostanziali; inviolabilità; immunità meramente processuali, quali fori speciali, condizioni di procedibilità o altro meccanismo processuale di favore; deroghe alle formalità ordinarie) e possono riguardare sia gli atti propri della funzione (cosiddetti atti funzionali) sia gli atti ad essa estranei (cosiddetti atti extrafunzionali), ma in ogni caso presentano la duplice caratteristica di essere dirette a garantire l'esercizio della funzione di organi costituzionali e di derogare al regime giurisdizionale comune», *ibidem*.