

AMICUS CURIAE 2012
“IL PRESIDENTE INTERCETTATO”

***Il conflitto tra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo:
problematiche costituzionali in tema di inviolabilità del Capo dello Stato***

di Tommaso F. Giupponi *

(13 novembre 2012)

Sommario: 1. Premessa: la terza volta a Corte. Presidente della Repubblica e conflitto di attribuzioni - 2. Sfere di immunità e Stato costituzionale di diritto: una convivenza “naturale” - 3. L'irresponsabilità presidenziale e l'art. 90 Cost.: la problematica sorte degli atti extrafunzionali. - 4. L'individuazione di una sfera di inviolabilità personale del Presidente della Repubblica. Profili problematici - 5. In conclusione. I possibili esiti del conflitto, tra leale collaborazione e supremazia della Costituzione.

1. Premessa: la terza volta a Corte. Presidente della Repubblica e conflitto di attribuzioni

Come noto, il ricorso preannunciato dal Presidente della Repubblica il 16 luglio 2012, e depositato in cancelleria dall'Avvocatura dello Stato il successivo 30 luglio, è il terzo caso di conflitto di attribuzione sollevato dal Capo dello Stato dall'entrata in vigore della Costituzione del 1948.¹ Il primo caso, deciso con la sent. n. 129/1981, vedeva però coinvolti, oltre alla Presidenza della Repubblica, anche la Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica, alla luce dell'asserito “regime comune” di autonomia contabile che caratterizza (in presenza di una vera e propria consuetudine costituzionale) tutti i supremi

1 Si vedano, in particolare, i precedenti di cui alle ordd. nn. 150/1980 e 354/2005; nonché le successive sentt. nn. 129/1981 e 200/2006 (in materia, rispettivamente, di autonomia contabile ed esercizio del potere di grazia). Per una ricostruzione problematica delle vicende connesse al conflitto in questione si vedano, tra gli altri, i contributi di F. Cerrone, *Presidente della Repubblica e magistratura: conflitto o leale collaborazione?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, all'indirizzo www.rivistaaic.it; A. Pirozzoli, *L'immunità del Presidente della Repubblica davanti alla Corte costituzionale: i dubbi della vigilia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna n. 9/2012, all'indirizzo www.forumcostituzionale.it; E. Tira, *Il conflitto di attribuzione tra il Presidente della Repubblica e la Procura di Palermo in materia di intercettazioni indirette o casuali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, all'indirizzo www.rivistaaic.it (e ivi ampia indicazione delle fonti di stampa rilevanti).

organi costituzionali. Conseguentemente, l'unico precedente di conflitto sollevato dal solo Capo dello Stato è quello deciso dalla nota sent. n. 200/2006, relativa all'esercizio del potere di grazia (anch'esso risolto, a ben vedere, dalla Corte valorizzando la particolare prassi attuativa del disegno costituzionale dei rapporti tra Presidente e Ministro della giustizia). In parte differente, invece, il c.d. "caso Cossiga", dal momento che (come noto) in quella occasione il conflitto deciso con la sent. n. 154/2004 era stato sollevato da un ex Presidente della Repubblica, anche se in relazione a fatti relativi all'epoca in cui era in carica.²

Casi abbastanza rari, dunque, quelli in cui il Capo dello Stato è ricorso allo strumento del conflitto a tutela delle sue attribuzioni costituzionali e, a parte la controversia sul potere di grazia, sostanzialmente finalizzati alla tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della Presidenza della Repubblica nei confronti degli altri poteri dello Stato, con particolare riferimento a specifiche iniziative del potere giudiziario. Il dato, fin da ora, non sembra affatto irrilevante, risultando perfettamente coerente con il ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica, organo di garanzia istituzionale e di rappresentanza dell'unità nazionale che, pur diversamente ricostruito in dottrina, risulta privo di poteri di indirizzo politico attivo.³ Di qui, inevitabilmente, l'evidente riduzione delle stesse occasioni di conflitto con altri poteri dello Stato, in relazione ai quali il Presidente opera attraverso una serie variegata di poteri (solo in parte formalizzati), espressione del già citato ruolo di garanzia costituzionale.

Dunque, complessivamente, un ricorso del Presidente della Repubblica allo strumento del conflitto di attribuzioni del tutto residuale ed eccezionale, fisiologicamente limitato ad ipotesi di supposta lesione delle sue prerogative costituzionali, con particolare riferimento all'essenziale sfera di autonomia ed indipendenza volta a garantire il libero esercizio delle sue delicate funzioni. Da questo punto di vista, quindi, l'odierno conflitto (al di là dei toni accesi del relativo dibattito giornalistico) sembra inserirsi pienamente nel filone rappresentato dai (seppur pochi) precedenti specifici in materia, tutti volti alla tutela del libero esercizio delle funzioni presidenziali. Tuttavia, a ben vedere, le sue conseguenze

2 Cfr. le ordd. nn. 455/2002 e 357/2005; nonché le sentt. nn. 154/2004 e 290/2007.

3 Da ultimo, in relazione alle funzioni del Presidente della Repubblica e alle connesse problematiche in tema di (ir)responsabilità, si vedano le riflessioni, anche in chiave comparata, di M. Cavino, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato: nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Milano, 2008; e di A. Sperti, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzioni e recenti interpretazioni*, Torino, 2010.

appaiono non necessariamente connesse ad un'evoluzione della nostra forma di governo in chiave di progressiva emersione di un ruolo più attivo del Capo dello Stato, come invece avvenuto, in maniera assai discussa, in occasione della sent. n. 200/2006 sul potere di grazia, con la quale la Corte sembra aver toccato il cuore della responsabilità e dei poteri del Presidente della Repubblica, con sicuri riflessi sull'evoluzione della nostra forma di governo.⁴

2. Sfere di immunità e Stato costituzionale di diritto: una convivenza “naturale”

Il conflitto in questione, quindi, riguarda l'individuazione dei confini di tutela della libertà del Capo dello Stato nell'esercizio delle sue funzioni, con particolare riferimento al connesso regime immunitario previsto dall'art. 90 Cost. Per affrontare il nocciolo del problema, però, è opportuno interrogarsi preliminarmente sull'attuale ruolo e sull'esatta configurazione delle sfere di immunità costituzionalmente riconosciute ai titolari di organi politici, più volte evocate negli atti del giudizio e al centro di una (ormai) copiosa giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento all'insindacabilità parlamentare, ex art. 68, primo comma, Cost., nonché, da ultimo, ai reati ministeriali, ex art. 96 Cost.⁵

Come appare del tutto evidente, infatti, la soluzione del conflitto in questione (collegata anche alla lettura della connessa giurisprudenza costituzionale) dipende in larga parte proprio dalla lettura offerta in materia di immunità costituzionali. Ebbene, a parere di chi scrive le immunità si inseriscono pienamente nel quadro costituzionale di definizione dei rapporti tra poteri dello Stato, mirando a garantire la loro reciproca autonomia e indipendenza nell'esercizio delle peculiari funzioni attribuite a ciascuno. Non, quindi, deroghe eccezionali a principi costituzionali (quasi un “corpo estraneo” ai principi del costituzionalismo) ma, anzi, diretta attuazione degli stessi.⁶ Correttamente intese quali

4 Sul tema, più in generale, si vedano ora le riflessioni ospitate nel volume a cura di A. Ruggeri, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011.

5 Per non parlare, poi, delle note vicende connesse all'approvazione della legge n. 140/2003 e della successiva legge n. 124/2008, dichiarate incostituzionali dalla Corte con le note sentt. nn. 24/2004 e 262/2009 (su cui, tra gli altri, si vedano i contributi pubblicati nel volume a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, P. Veronesi, *Il lodo ritrovato*, Torino, 2009).

6 E' solo il caso di ricordare che tali esigenze di tutela non erano affatto sconosciute agli stessi rivoluzionari francesi, se è vero che l'art. 1 della Dichiarazione del 1789, proclamava: “Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. *Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune*”. Sul punto, in piena sintonia con quanto ricordato, si veda anche il Preambolo alla successiva

vere e proprie prerogative (e non meri privilegi personali), esse sono finalizzate alla tutela delle specifiche attribuzioni dell'organo costituzionale cui si riferiscono, e appaiono conseguentemente strutturate in modo differenziato e peculiare a seconda delle diverse ipotesi costituzionalmente previste.⁷

In questo senso, quindi, la sede privilegiata di disciplina delle sfere di immunità riconosciute ai titolari di organi politici a tutela del libero esercizio delle rispettive funzioni deve necessariamente essere la stessa Carta costituzionale che quei poteri e quelle funzioni istituisce e disciplina, nella piena consapevolezza che (a volte) gli istituti immunitari potranno rappresentare una limitazione di alcuni principi o diritti costituzionali potenzialmente in conflitto con essi, conseguenza del complessivo sistema di equilibrio tra poteri prefigurato dal Costituente del 1948. Da questo punto di vista, allora, il riferimento alla necessaria tutela del principio di eguaglianza, ex art. 3 Cost., tende a sfumare, alla luce della constatazione che la posizione di coloro che ricoprono uffici pubblici di rilievo politico-costituzionale è del tutto peculiare e non equiparabile a quella degli altri cittadini, alla luce del doveroso esercizio di funzioni costituzionali che li caratterizza, e che giustifica il fondamento costituzionale del relativo regime immunitario.⁸

Coerentemente con tale approccio, la sent. n. 262/2009 della Corte costituzionale ha recentemente affermato in modo chiaro l'esistenza, in materia di immunità politiche, di una sostanziale riserva di disciplina costituzionale, dovendo il legislatore ordinario limitarsi a dare attuazione, con particolare riferimento agli aspetti procedurali, ai principi stabiliti nella nostra Carta fondamentale.⁹ Secondo tale ricostruzione, infatti, "le prerogative

Costituzione del 1791, laddove viene espressamente stabilito che "Non vi è né nobiltà, né paria, né distinzioni ereditarie, né distinzioni di ordini, né regime feudale, né giustizie patrimoniali, né alcuno dei titoli, denominazioni e prerogative che ne derivavano, né alcun ordine cavalleresco, né alcuna delle corporazioni o decorazioni, per le quali si esigevano delle prove di nobiltà, o che supponevano delle distinzioni di nascita, né *alcun'altra superiorità, all'infuori di quella dei funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni*".

7 Si vedano, in particolare, gli artt. 68, 90, 96 e 122, quarto comma, Cost.

8 Sul punto, più ampiamente, sia consentito un rinvio a T.F. Giupponi, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005.

9 In senso sostanzialmente analogo, si veda anche la successiva sent. n. 87/2012, in base alla quale "Lo Stato costituzionale pone a fondamento delle proprie dinamiche istituzionali, infatti, i soli poteri legali che derivano la propria legittimità dalla conformità alle norme superiori dell'ordine costituzionale, e ne modella lo *status* di garanzia con riguardo all'esigenza di preservare l'integrità di quest'ultimo attraverso il sereno ed equilibrato compimento delle funzioni dei primi: non vi è spazio nell'ordinamento per potestà sorte in forza di criteri di legittimazione estranei al sistema delle fonti costituzionali. La prerogativa stessa, anziché

costituzionali (o immunità in senso lato, come sono spesso denominate) si inquadrano nel *genus* degli istituti diretti a tutelare lo svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali attraverso la protezione dei titolari delle cariche ad essi connesse. Esse si sostanziano [...] in una specifica protezione delle persone munite di *status* costituzionali, tale da sottrarle all'applicazione delle regole ordinarie. Le indicate prerogative possono assumere, in concreto, varie forme e denominazioni [...] 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. Si tratta, dunque, di istituti che configurano particolari *status* protettivi dei componenti degli organi; istituti che sono, al tempo stesso, fisiologici al funzionamento dello Stato e derogatori rispetto al principio di uguaglianza tra cittadini".¹⁰

3. *L'irresponsabilità presidenziale e l'art. 90 Cost. La problematica sorte degli atti extrafunzionali*

Sulla base di tali premesse, occorre ora interrogarsi sulla natura e sui confini dell'irresponsabilità presidenziale prevista dall'art. 90 Cost. La nostra Carta fondamentale, infatti, in questo caso appresta un peculiare regime di tutela delle specifiche attribuzioni del Capo dello Stato, quale organo rappresentativo dell'unità nazionale, titolare di funzioni di garanzia istituzionale. Non è un caso, allora, che la citata sfera di immunità risulti essere la più ampia forma di prerogativa costituzionale attualmente prevista dal nostro ordinamento: tutela sostanziale che comporta l'esenzione totale dalla giurisdizione in relazione a tutti gli "atti" compiuti nell'esercizio delle funzioni.¹¹ Tale particolare forma di

protezione offerta alla persona, è elemento costitutivo della funzione da quest'ultima esercitata, che ne limita al contempo l'ambito".

10 Così, in particolare e da ultimo, la sent. n. 262/2009: "Gli indicati istituti di protezione [...] sono anche diretti a realizzare un delicato ed essenziale equilibrio tra i diversi poteri dello Stato, potendo incidere sulla funzione politica propria dei diversi organi. Questa complessiva architettura istituzionale, ispirata ai principi della divisione dei poteri e del loro equilibrio, esige che la disciplina delle prerogative contenuta nel testo della Costituzione debba essere intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né *in peius* né *in melius*. Tale conclusione, dunque, non deriva dal riconoscimento di una espressa riserva di legge costituzionale in materia, ma dal fatto che le suddette prerogative sono sistematicamente regolate da norme di rango costituzionale".

11 E' solo il caso di ricordare, infatti, che l'unica altra forma di tutela che esclude, in radice, ogni forma di

tutela, connessa anche alla natura monocratica dell'organo e conseguenza della sostanziale irresponsabilità politica del Presidente (per i cui atti rispondono i ministri controfirmanti, ex art. 89 Cost.) trova un limite, come noto, esclusivamente nel caso di attivazione delle particolari forme di responsabilità penale-costituzionale per alto tradimento e attentato alla Costituzione, attraverso l'attivazione del procedimento d'accusa da parte del Parlamento in seduta comune.¹²

Come noto, però, le principali questioni problematiche in relazione all'immunità presidenziale hanno riguardato la sorte degli atti extrafunzionali, in relazione ai quali il dibattito si è polarizzato intorno a due differenti, opposte, letture: da un lato i sostenitori della piena responsabilità del Capo dello Stato, alla luce di una lettura restrittiva ed eccezionale delle sfere di immunità riconosciute in Costituzione; dall'altro, invece, coloro che ritengono implicitamente fondata in Costituzione una sfera di inviolabilità del Presidente in carica, da cui deriverebbe l'impossibilità (in pendenza del mandato) di procedere nei suoi confronti.¹³ La questione, al centro anche di due tentativi di intervento legislativo ordinario (entrambi dichiarati incostituzionali dalla Corte),¹⁴ non ha finora trovato soluzione definitiva, ed è stata affrontata, sul piano della prassi, in occasione delle note vicende che coinvolsero l'allora Presidente Scalfaro, nel 1993, e, successivamente, solo sfiorata dalla stessa Corte costituzionale in occasione del "caso Cossiga", nel 2004.

A prescindere dall'apporto che, in generale, si ritiene possa derivare dalla prassi nella configurazione degli dinamiche costituzionali (con particolare riferimento alla forma di governo),¹⁵ appare comunque rilevante il precedente del 1993, che vide la Procura della

responsabilità giuridica dei titolari della carica è l'insindacabilità dei parlamentari e dei consiglieri regionali (artt. 68, primo comma, Cost. e 122, quarto comma, Cost.), seppur limitatamente alle sole opinioni espresse e ai voti dati nell'esercizio delle loro funzioni (e non in relazione a tutti gli "atti", come previsto dall'art. 90 Cost.).

12 La consapevolezza di dover riconoscere forme peculiari di tutela risulta evidente anche dalla lettura degli atti dell'Assemblea Costituente, nell'ambito della quale lo *status* del Presidente e le sue prerogative immunitarie furono discusse approfonditamente. Da ultimo, per una lettura "critica" del dibattito in questione si veda A. Pace, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia*, in G. Fumu, M Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, Bologna, 2012.

13 Per una ricostruzione delle diverse posizioni cfr., se si vuole, T.F. Giupponi, *op. cit.*, pag. 370 ss.

14 Si tratta delle già citate leggi n. 140/2003 (in particolare l'art. 1) e n. 124/2008, dichiarate incostituzionali dalla Corte con le sentt. nn. 24/2004 e 262/2009.

15 A maggior ragione di fronte ad una giurisprudenza costituzionale che (come già evidenziato in apertura di queste brevi riflessioni) tutte le poche volte che ha visto il coinvolgimento del Capo dello Stato in sede di

Repubblica di Roma stralciare la posizione dell'allora Presidente Scalfaro al momento della trasmissione degli atti al Tribunale dei Ministri in merito alle indagini sui presunti fondi neri del SISDE, che avevano lambito lo stesso Capo dello Stato (in qualità di ex Ministro dell'interno). In quel caso, infatti, si affermò che nei confronti del Capo dello Stato in carica non si sarebbe potuta attivare alcuna forma di indagine per apposita previsione costituzionale, rilevando una sorta di improcedibilità dell'azione penale in pendenza del mandato.¹⁶

Diverso, invece, il già citato "caso Cossiga", che ha visto intervenire anche la stessa Corte costituzionale. In realtà, però, con la sent. n. 154/2004, il Giudice dei conflitti non ha affrontato espressamente, e in via definitiva, la questione della sorte processuale del Capo dello Stato in carica in relazione agli atti extrafunzionali, ma ha solo stabilito gli esatti confini della sua irresponsabilità, ex art. 90 Cost. Particolarmente significativo, in questo senso, un passaggio della decisione in questione che viene raramente sottolineato, con il quale la Corte afferma "che non viene qui in considerazione il diverso e discusso problema degli eventuali limiti alla procedibilità di giudizi (in particolare penali) nei confronti della persona fisica del Capo dello Stato durante il mandato, limiti che, se anche sussistessero, non varrebbero, appunto, se non fino alla cessazione della carica. Qui si discute invece dei limiti della *responsabilità*, che come tali valgono allo stesso modo sia durante il mandato presidenziale, sia, per gli atti compiuti durante il mandato, dopo la sua scadenza". Una decisione, quindi, non definitiva e per nulla risolutiva in relazione all'eventuale problema della improcedibilità dell'azione penale in pendenza del mandato presidenziale.

Una cosa, infatti, è stabilire una forma di immunità sostanziale, come prevede l'art. 90 Cost., la quale impedisce sul piano sostanziale l'attivazione di qualunque forma di responsabilità (politica e giuridica) in relazione agli atti compiuti dal Presidente della

conflitto di attribuzione tra poteri ha evidenziato uno specifico rilievo della prassi se non di vere e proprie consuetudini costituzionali. Sul punto, più in generale, si veda A. Barbera, T.F. Giupponi (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008.

¹⁶ Cfr., in questo senso, il discusso comunicato stampa del Procuratore Vittorio Mele del 12 novembre 1993.

Per una ricostruzione dell'intera vicenda, per tutti, si rinvia a G. Ferrara, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, I, Padova, 1995, pag. 585 ss.; nonché, criticamente, A. Pace, *op. cit.* La vicenda, come noto, fu al centro di una successiva denuncia da parte dell'ex Ministro della Giustizia, Filippo Mancuso, che portò alla riapertura delle indagini nel 1999 (una volta terminato il mandato presidenziale di Scalfaro), che furono definitivamente archiviate dal Tribunale dei ministri nel luglio del 2001.

Repubblica nell'esercizio delle sue funzioni; un'altra, invece, stabilire forme di inviolabilità temporanea sul piano processuale, a tutela della persona fisica del titolare *pro-tempore* della carica presidenziale.

4. *L'individuazione di una sfera di inviolabilità personale del Presidente della Repubblica.*

Profili problematici

Punto centrale del conflitto, allora, è proprio l'esistenza o meno di una garanzia di inviolabilità della sfera personale del Presidente della Repubblica, al fine di garantire il libero esercizio delle sue peculiari funzioni costituzionali. In particolare, per quanto qui interessa, il ricorso del Capo dello Stato nega in radice la possibilità di sottoporre ad intercettazioni, anche indirettamente, le conversazioni telefoniche del Presidente (come avvenuto, seppur occasionalmente, nell'ambito delle note indagini della Procura di Palermo). Secondo l'Avvocatura dello Stato, infatti, non spetterebbe alla magistratura inquirente, una volta captate occasionalmente intercettazioni che coinvolgono indirettamente il Presidente della Repubblica, valutarne la rilevanza o meno ai fini delle indagini, utilizzarle in qualsiasi modo, trascriverle, od "offrirle" al contraddittorio tra le parti nell'ambito dell'udienza prevista *ex art. 268 c.p.p.*¹⁷ Questo perché, considerate radicalmente inutilizzabili, andrebbero distrutte secondo le procedure previste dall'art. 271

¹⁷ Secondo cui, tra l'altro, "I verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero.

Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, essi sono depositati in segreteria insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga. [...] Ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato a norma dei commi 4 e 5, hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. Scaduto il termine, il giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano manifestamente irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Il pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima. Il giudice dispone la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie. Le trascrizioni o le stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento. I difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su nastro magnetico. In caso di intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche i difensori possono richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati, ovvero copia della stampa prevista dal comma 7".

c.p.p.¹⁸ e in modo da non aggravare gli effetti lesivi dell'avvenuta captazione occasionale di conversazioni del Capo dello Stato.

L'esistenza di tale tutela, secondo il Capo dello Stato, sarebbe ricavabile da una lettura sistematica dell'art. 90 Cost. e dell'art. 7, terzo comma, della legge n. 219/1989:¹⁹ secondo tale impostazione, non essendo possibile, nell'ambito dei procedimenti per altro tradimento o attentato alla Costituzione, eseguire atti intrusivi nella sfera personale del Capo dello Stato in carica, se non successivamente alla sua sospensione deliberata dalla stessa Corte costituzionale, a maggior ragione ciò non sarebbe possibile al di fuori di tali eccezionali ipotesi di reato, al fine di garantire in ogni caso il libero esercizio delle funzioni presidenziali da parte del Capo dello Stato *pro-tempore*. La tutela, nel caso specifico, riguarderebbe quindi anche le intercettazioni telefoniche, sia dirette (che risulterebbero, quindi vietate, come ammesso anche dalla stessa Procura della Repubblica) sia "occasionalì", per le quali dovrebbe essere quanto prima attivata la procedura ex art. 271 c.p.p. (come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato ed escluso, invece, dai magistrati palermitani).

Un primo dato appare, quindi, evidente: nessuna delle parti in causa nega l'impossibilità di intercettare direttamente il Capo dello Stato, anche in assenza di puntuali regole in materia. Tale apparente lacuna, infatti, può essere colmata attraverso la ricostruzione, sul piano interpretativo-sistematico, di eventuali principi costituzionali rilevanti, come quello connesso alla necessità di tutelare il libero esercizio delle funzioni presidenziali, al riparo da eventuali condizionamenti o limitazioni della persona del Capo dello Stato. Tutto questo, però, non fa che smentire la presunta rilevanza, nell'ambito dell'eventuale individuazione di forme di inviolabilità della persona del Presidente in carica, della distinzione tra attività funzionali ed extrafunzionali.²⁰ Tale differenziazione, infatti,

18 Il quale, come noto, stabilisce che "i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge" e che "in ogni stato e grado del processo il giudice dispone che la documentazione delle intercettazioni [...] sia distrutta, salvo che costituisca corpo del reato".

19 In base al quale, come noto, "nei confronti del Presidente della Repubblica non possono essere adottati i provvedimenti" che dispongono intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione, ovvero perquisizioni personali o domiciliari, nonché quelli che applicano misure cautelari limitative della libertà personale, "se non dopo che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica".

20 Su cui, in particolare, sembra concentrarsi ampiamente la memoria di costituzione della Procura della Repubblica di Palermo, seppur con accenni in parte diversi nell'ambito di una valorizzazione delle garanzie di riservatezza delle comunicazioni private riconosciute a tutti i cittadini dall'art. 15 Cost.

ottiene esclusivamente al diverso problema dell'individuazione dei confini dell'irresponsabilità funzionale del Capo dello Stato, mentre appare inconferente in relazione alla (pur problematica) individuazione di forme di tutela sul piano esclusivamente processuale della persona del Presidente della Repubblica.²¹

Dunque, in questo caso, delle due l'una: o si riconosce l'esistenza di una tale forma di inviolabilità, in attuazione di un principio costituzionale implicito che conseguentemente conforma l'interpretazione delle (pur incomplete) norme legislative in materia, e allora essa vale sempre, anche alla luce della natura monocratica dell'organo; o la si nega in radice, alla luce dell'inesistenza di puntuali regole costituzionali (risultando invece illogico riconoscerla, sulla base di tale principio, in relazione alle intercettazioni dirette ed escluderla, alla luce dell'inesistenza di regole puntuali, in relazione a quelle meramente "occasional").

Come già anticipato, appare significativo che nessuna delle parti riconosca la possibilità di intercettare direttamente un Presidente della Repubblica in carica (o di limitarne in altro modo la sfera personale), e questo a prescindere dalla natura funzionale o meno dell'attività oggetto di indagine. A ben vedere, infatti, entrambe dimostrano di leggere nell'art. 7, terzo comma, della legge 219/1989 la puntualizzazione di un principio costituzionale ricavabile da disposizioni costituzionali, in base al quale la posizione di garanzia del Presidente della Repubblica impone forme di tutela del titolare *pro-tempore* della carica volte ad impedirne ogni limitazione al libero esercizio delle funzioni.

L'individuazione di tale principio, come già accennato, è particolarmente rilevante in una materia, come quella delle immunità, sottoposta ad una sostanziale riserva di disciplina costituzionale, e in relazione alla quale la Corte ha riconosciuto l'impossibilità di un intervento ampliativo da parte della legge ordinaria.²² Necessità che, a ben vedere,

21 Analogamente a quanto avviene, a ben vedere, in relazione all'inviolabilità dei membri della Camere che, come noto, mira ad impedire eventuali abusi da parte del potere giudiziario attraverso il filtro dell'autorizzazione parlamentare di specifici atti limitativi delle libertà fondamentali del deputato o del senatore, a prescindere dalla rilevanza funzionale o meno degli atti oggetto di indagine (art. 68, secondo e terzo comma, Cost.). In questo senso, in particolare, si svolgono le argomentazioni del ricorso del Presidente della Repubblica.

22 Tale preoccupazione, in particolare, appare evidente in diverse decisioni, da ultimo richiamate dalla già citata sent. n. 262/2009, e in particolare nelle sentt. nn. 148/1983, 120/2004 e 149/2007. Nel primo caso, in relazione alla c.d. insindacabilità dei componenti del CSM, la Corte "ha affermato il principio secondo cui il legislatore ordinario non ha competenza nella materia delle immunità, perché queste abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali". Di conseguenza, "la legge ordinaria è fonte idonea a prevedere l'indicata insindacabilità solo in considerazione del fatto che

appare ancora più rilevante di fronte a norme, come quelle relative alle sfere di immunità dei titolari di cariche politiche, per le quali non appare ipotizzabile il ricorso ad alcuna forma di analogia (come invece sostenuto dalla Procura palermitana, in relazione alla diversa disciplina delle intercettazioni “occasional” di un parlamentare, di cui all'art. 6 della legge n. 140/2003).²³

Ebbene, alla luce dell'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali rilevanti in materia, nonché in base alla giurisprudenza costituzionale già citata, l'esistenza di un principio costituzionale volto alla tutela della sfera personale del titolare *pro-tempore* della Presidenza della Repubblica appare coerente con il ruolo e le attribuzioni che il nostro ordinamento riconosce al Capo dello Stato nell'ambito degli assetti connessi alla nostra forma di governo parlamentare. Diversi, in sintesi, gli elementi che possono rappresentare “indizi” dell'esistenza di tale principio: a) la natura monocratica dell'organo, che comporta forme peculiari di tutela della sua libertà d'azione; b) la peculiarità delle funzioni riconosciute al Presidente dall'art. 87 Cost. e da altre disposizioni costituzionali, volte a configurarlo come un organo, autonomo e indipendente, di garanzia dell'equilibrio del complessivo sistema istituzionale, con poteri che attengono all'esercizio di tutte le principali funzioni statali; c) lo stesso art. 90 Cost., che riconosce al Capo dello Stato (e solo a lui nel nostro ordinamento) una esenzione totale da ogni forma di responsabilità per tutti gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni.²⁴

Da ultimo, ancora una volta, anche la prassi sembra andare in tale direzione, come dimostrato dalla vicenda che coinvolse nel 1997 l'allora Presidente Scalfaro, intercettato

quest'ultima trova una precisa copertura costituzionale, essendo rigorosamente circoscritta alle sole manifestazioni del pensiero funzionali all'esercizio dei poteri-doveri costituzionalmente spettanti ai componenti il Consiglio superiore della magistratura e realizza un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco”. Analogamente, negli altri due casi, la Corte ha ravvisato nelle disposizioni della legge n. 140/2003 ragionevole attuazione, sul piano procedurale, del disposto di cui all'art. 68, primo comma, Cost.

23 Evocata unitamente alla relativa giurisprudenza costituzionale, a partire dalle sentt. nn. 390/2007, 113/2010 e 114/2010.

24 Tracce di tale principio, a ben vedere, sono rinvenibili in materia penale, sia sul piano sostanziale sia sul piano processuale. Dal primo punto di vista, infatti, si ricorda l'art. 277 c.p., che punisce chiunque “attenta alla libertà del Presidente della Repubblica”; dal secondo, invece, si segnala l'art. 205 c.p.p, il quale prevede forme particolari di assunzione della testimonianza del Presidente della Repubblica, che deve essere sentito “nella sede in cui egli esercita la funzione di Capo dello Stato”. Disposizioni, tutte, che sembrano fare emergere (pur in ambiti e con finalità differenti) la necessità di dover garantire la libertà e continuità dell'esercizio delle funzioni presidenziali, al riparo da ogni di coercizione della sua persona.

“occasionalmente” nell’ambito di un procedimento penale avviato presso al Procura della Repubblica di Milano in relazione ad indagini sulla Banca Popolare di Novara. Ebbene, come noto, chiamato a rispondere ad una specifica interpellanza in materia, l’allora Ministro della Giustizia, Flick, intervenne affermando che “essendo la libertà di comunicazione e di corrispondenza un connotato essenziale dell’esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica, appare ovvio ritenere che la libertà e la segretezza delle comunicazioni e conversazioni del Presidente della Repubblica non possano essere soggette ad alcuna limitazione”.²⁵

5. In conclusione. I possibili esiti del conflitto, tra leale collaborazione e supremazia della Costituzione

Quali, di conseguenza, i possibili esiti del conflitto? Un elemento utile, forse, ci può esser offerto dalla stessa Corte costituzionale che, con ordinanza istruttoria del 20 settembre 2012, ha chiesto l’acquisizione di tutta una serie di documenti relativi all’attività di intercettazione che ha coinvolto indirettamente il Presidente della Repubblica.²⁶ Ebbene,

²⁵ Cfr. l’intervento in aula del 7 marzo 1997: “l’ovvietà di tale affermazione che discende già dalla interpretazione sistematica delle norme che regolano la posizione e le attribuzioni costituzionali della figura istituzionale del Presidente della Repubblica importa che la libertà di determinazione e comunicazione non possa subire alcuna limitazione neppure da parte di altra autorità. Non si tratta di un privilegio della persona ma della conseguenza della collocazione istituzionale del Capo dello Stato quale supremo garante della Costituzione [...] Del resto, se è previsto che per i reati di attentato alla Costituzione o di alto tradimento l’intercettazione possa essere disposta solo dopo la sospensione dalla carica, a maggior ragione deve prefigurarsi una tutela piena in rapporto ad ipotesi di reati comuni e, a fortiori, rispetto a qualsiasi fatto penalmente irrilevante. Ne discende [...] che il divieto di intercettazione, come quello di altri mezzi di acquisizione della prova invasivi, pure vietati dal citato articolo 7, è assoluto. Nei confronti del Capo dello Stato le esigenze delle indagini cedono dunque il passo rispetto alle prerogative costituzionali che richiedono una libertà di determinazione e di comunicazione inconciliabile con qualsiasi forma intrusiva di acquisizione della prova. Per la stessa ragione deve ovviamente ritenersi che il divieto di intercettazione si riferisca non solo alle cosiddette intercettazioni dirette, ossia su utenze di cui il Presidente abbia la disponibilità, ma anche alle cosiddette intercettazioni indirette, ossia quelle riguardanti comunicazioni a cui il Presidente partecipa o perché chiamato da una utenza intercettata o perché comunque partecipa della conversazione intercettata”. Per una ricostruzione dell’intera vicenda si vedano le osservazioni critiche di G. Roma, *Un altro passo verso l’invulnerabilità del Presidente della Repubblica? (Il caso della c.d. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, pag. 2883 ss.

²⁶ Con particolare riferimento: al numero e alla data di captazione delle intercettazioni che hanno coinvolto il

nel richiedere copia integrale e autentica dei verbali e delle eventuali relazioni della polizia giudiziaria relativi alle citate intercettazioni, la Corte ha avuto cura di escludere espressamente le “parti relative al contenuto delle conversazioni alle quali abbia partecipato il Presidente della Repubblica”, affermando la sua volontà di non prenderne conoscenza. Per quale motivo? Perché le considera irrilevanti ai fini della sua decisione (dimostrando di non condividere la sostenuta importanza della loro riconduzione o meno all'esercizio delle funzioni); o, piuttosto, perché anch'essa si ritiene vincolata dal rispetto delle prerogative presidenziali?

In ogni caso, e a prescindere da tali considerazioni, occorre interrogarsi sulle specifiche richieste del Presidente della Repubblica, e sulle connesse ricadute processuali. Senza entrare nel merito della presunta applicabilità o meno al caso specifico dell'art. 271 c.p.p. e delle relative procedure (alla luce di una sua interpretazione orientata sulla base del citato principio costituzionale, laddove fosse ritenuto esistente), sembra che il giudizio della Corte, nell'ambito dei conflitti di attribuzione, non debba necessariamente spingersi fino all'individuazione, in positivo, di puntuali regole di condotta in merito ai poteri dello Stato coinvolti, né debba arrivare ad una puntuale valutazione delle conseguenze (sul piano processuale) dell'eventuale annullamento di atti viziati da incompetenza (qualora esistenti).²⁷

In sostanza, la Corte non è affatto obbligata ad individuare regole puntuali volte a disciplinare (in modo stabile e duraturo) la materia oggetto del conflitto,²⁸ ma a risolvere, caso per caso, specifiche controversie, dichiarando la spettanza o meno dell'esercizio di determinate attribuzioni (o di specifiche modalità attuative delle stesse). Da questo punto di vista, come noto, un utile parametro di riferimento potrà forse essere dato dal principio di leale collaborazione,²⁹ cui spesso la Corte si è richiamata nel dirimere i conflitti di

Presidente della Repubblica; alle singole richieste del Pubblico ministero, ai provvedimenti di autorizzazione del Gip e alle eventuali proroghe concesse; ai provvedimenti di separazione adottati nell'ambito de procedimento penale in questione; dei verbali e delle eventuali relazioni della polizia giudiziaria relativi alle citate intercettazioni. Gran parte dei dati richiesti, come noto, sono poi confluiti nella memoria di costituzione della Procura della Repubblica di Palermo del 12 ottobre 2012.

27 In questo senso, come noto, appare particolarmente significativa la giurisprudenza sul c.d. caso Previti, relativa al legittimo impedimento a comparire in udienza del parlamentare-imputato e, in particolare, le sent. n. 451/2005.

28 Come farebbe, invece, nel caso in cui decidesse di sollevare davanti a se stessa questione di costituzionalità dello stesso art. 271 c.p.p., nella parte in cui non prevede la sua applicazione anche alle intercettazioni di conversazioni del Capo dello Stato.

29 Sul punto, in particolare, insiste F. Cerrone, *op. cit.*, pag. 6 ss.

attribuzione interorganici. In base a tale principio, infatti, i poteri dello Stato devono esercitare le proprie attribuzioni ispirandosi a canoni di correttezza e lealtà reciproca.

Dunque, qualora il succitato principio costituzionale venisse riconosciuto dalla Corte, rimarrebbe da valutare se il concreto comportamento dei magistrati palermitani sia stato rispettoso del principio di leale collaborazione, e cioè se (non appena avuto contezza di aver captato occasionalmente conversazioni del Capo dello Stato) abbiano attuato tutti i rimedi processuali possibili per evitare l'ulteriore menomazione della sfera personale del Capo dello Stato, con particolare riferimento alla necessaria riservatezza delle sue conversazioni.

Questo, ancora una volta, nella consapevolezza che ogni attività interpretativa deve necessariamente garantire (finché risulta possibile) la conformità costituzionale delle norme legislative ordinarie, e che mai, invece, dovrebbe avvenire l'inverso, interpretando la Costituzione alla luce delle disposizioni legislative ad essa subordinate, pena il venir meno della stessa supremazia della nostra Carta fondamentale.³⁰ Cosa che, nel caso specifico, potrebbe anche spingere la Corte (nel risolvere il conflitto a favore del Capo dello Stato) a richiamare il Parlamento ad un sollecito intervento chiarificatore, volto all'individuazione di puntuali regole normative, in attuazione dei citati principi costituzionali.

* Straordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna – tommaso.giupponi@unibo.it

30 Come, seppur fugacemente, sembra fare invece la Procura di Palermo, laddove evoca le (non risolutive) disposizioni della legge n. 219/1989 (e in particolare il suo articolo 10) al fine di individuare il regime giuridico degli atti extrafunzionali del Capo dello Stato.