

**ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE**

**Memoria illustrativa**

**(ric. confl. n. 4 del 2012)**

della **Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo** (proff. avv.ti Alessandro Pace, Giovanni Serges e Mario Serio)

contro il **Presidente della Repubblica** (Avv. gen. Stato)

**nel giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri**

promosso dal **Presidente della Repubblica** con ricorso notificato il 20 settembre 2012.

\* \* \*

**1. Ancora sulla inammissibilità del ricorso**

**1.1.** È opportuno svolgere qualche ulteriore considerazione sul punto relativo all'inammissibilità del presente conflitto.

Nel decreto del 16 luglio 2012 che affida la rappresentanza in giudizio all'Avvocatura dello Stato il Presidente della Repubblica precisa di aver ritenuto che *«le intercettazioni di conversazioni cui partecipa il Presidente della Repubblica, ancorché indirette od occasionali, sono invece da considerarsi assolutamente vietate e non possono quindi essere in alcun modo valutate, utilizzate e trascritte e di esse il pubblico ministero deve immediatamente chiedere al giudice la distruzione»*.

Osserva poi che *«comportano lesione delle prerogative costituzionali del presidente della Repubblica, quantomeno sotto il profilo della loro menomazione, l'avvenuta valutazione sulla rilevanza delle intercettazioni ai fini della loro eventuale utilizzazione (investigativa o processuale), la permanenza delle intercettazioni agli atti del procedimento e l'intento di attivare una procedura camerale che – anche a ragione della instaurazione di un contraddittorio sul punto- aggrava gli effetti lesivi delle precedenti condotte»*.

Precisa, infine, di aver assunto *«la determinazione di sollevare conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale, si sensi dell'art. 134 della Costituzione avverso la decisione della procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo di valutare la rilevanza di conversazioni del Presidente della Repubblica e di mantenerle agli atti del procedimento penale perché, nel contraddittorio tra le parti, siano successivamente sottoposte alle determinazioni del giudice ai fini della loro*

*eventuale acquisizione».*

Nonostante si precisi che la determinazione di sollevare il conflitto consegua alla “**decisione**” della Procura della Repubblica di sottoporre le conversazioni alle determinazioni del giudice, il conflitto assume, già dal decreto iniziale, una chiara connotazione di un conflitto sollevato in via preventiva, ossia di un conflitto che non si rivolge contro un atto (non era stata infatti assunta alcuna decisione formale) bensì contro “**l’intento di attivare una procedura camerale**”, intento dal quale deriverebbe la menomazione delle attribuzioni costituzionali.

Questa posizione è ovviamente sviluppata nel ricorso, in primo luogo, dove si affronta il “**profilo oggettivo**” (ric., § 1.2, p. 6) ed, in particolare, dove si sottolinea che *«la intercettazione, l’ascolto, la valutazione, la utilizzazione o la distruzione con la procedura prevista dall’art. 268 c.p.p. finirebbe per ledere le prerogative contemplate dall’art. 90 della Costituzione».*

Successivamente, nella parte in cui si affronta il **merito del ricorso**, l’Avvocatura esamina, nei §§ 2.1 e 2.2, le ragioni che, a suo dire, condurrebbero a ritenere un divieto delle intercettazioni anche indirette e casuali, quali diretta conseguenza dell’interpretazione dell’art. 90 Cost. congiunta a quella dell’art. 7 comma 3, della l. n. 219 del 1989, e, al § 3 (p. 12), trae le conclusioni rispetto ad una simile ricostruzione.

In particolare, viene sottolineato che se il divieto di intercettazioni costituisce conseguenza diretta dell’immunità presidenziale *«è evidente che si debba ritenere la inutilizzabilità e procedere alla distruzione immediata del testo intercettato, ai sensi dell’art. 271 c.p.p. secondo cui “i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati quando le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge e il giudice dispone che la documentazione delle intercettazioni (...) sia distrutta”».*

Varrebbero, aggiunge il ricorso, le stesse tutele e la medesima disciplina prevista per le intercettazioni del difensore e, pertanto, dovendosi ritenere la intercettazione presidenziale quale intercettazione illegittima dovrebbe necessariamente procedersi ai sensi del richiamato art. 271 c.p.p.

Questo assunto viene poi ulteriormente rafforzato con l’affermazione che, nella specie, non sarebbero «applicabili né l’art. 268, comma 4 (...), né l’art. 269 c.p.p. (...), né l’art. 270 c.p.p.».

Infine, nel paragrafo conclusivo (**ric., § 2.4, p. 15**), si afferma che «è sufficiente la portata dell'immunità derivante, secondo quanto si è argomentato in precedenza, dall'irresponsabilità prevista dall'art. 90 della costituzione per orientare in senso ad essa conforme l'interpretazione dell'insieme delle norme in materia di utilizzazione delle intercettazioni, **ritenendo quindi pienamente applicabile alle intercettazioni di conversazioni del Presidente della Repubblica soltanto l'art. 271 c.p.p.**».

È allora evidente che l'intero arco delle ragioni poste a fondamento del ricorso è finalizzato alla dimostrazione dell'assunto secondo cui, dovendosi ritenere illegittima qualsiasi forma di intercettazione, anche indiretta o casuale, nei confronti del Presidente della Repubblica l'unica norma (e l'unica procedura) applicabile dovrebbe pertanto considerarsi quella contenuta nell'art. 271 c.p.p. la quale prescrive che il **giudice**, una volta accertata siffatta illegittimità, ordini la distruzione dell'intercettazione.

In altri termini nel ricorso si riconosce, più volte, che **solo la decisione del giudice avrebbe potuto disporre la distruzione di intercettazioni asseritamente illegittime.**

Da quanto fin qui si è osservato possono dedursi ulteriori profili di inammissibilità.

Un primo aspetto riguarda la circostanza che il conflitto è stato sollevato nei confronti della Procura della Repubblica di Palermo sulla base del mero intento esplicitato da quest'ultima di procedere alla distruzione “con l'osservanza delle formalità di legge” (così si legge nella nota del Procuratore Capo, dott. Messineo, del 6 luglio 2012, trasmessa all'Avvocatura dello Stato).

L'intento di procedere “con l'osservanza delle formalità di legge” rappresenterebbe, allora, espressione di quel cattivo uso del potere idoneo a menomare le attribuzioni presidenziali; ciò in quanto quell'intenzione sarebbe, in realtà, diretta a configurare un successivo procedimento secondo il rito camerale *ex art. 268 c.p.p.* e non già secondo il rito camerale *ex art. 271 c.p.p.*, unico ritenuto idoneo a garantire la immediata distruzione delle intercettazioni e, conseguentemente, l'immunità del Presidente.

Ora, ad un simile ordine di argomentazioni può replicarsi, in primo luogo, ricordando che «non è compito della giurisdizione costituzionale stabilire i corretti criteri interpretativi e applicativi delle regole

*processuali*» (in questi termini Corte cost., sent. n. 225 del 2001) e che pertanto si rivela, comunque, inammissibile un conflitto diretto a censurare proprio i criteri e le scelte sulla norma processuale da applicare.

In secondo luogo, secondo una giurisprudenza costante occorre che *«sia contestata la riconducibilità della decisione [...] alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento di limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali»*; è necessario altresì che il conflitto nei confronti d'un atto giurisdizionale non si riduca *«alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato»*, giacché il conflitto di attribuzione *«non può essere usato per sindacare semplicemente i presunti errori in judicando o in procedendo nell'esercizio della funzione giudiziaria»* (così Corte cost., ord. n. 334 del 2008 ed ivi richiami alla conforme giurisprudenza sul punto).

Non può dunque concepirsi un conflitto intorno alla ipotetica scelta di una soluzione processuale anziché di un'altra perché una simile scelta, concernendo proprio l'essenza della funzione giurisdizionale, si traduce, se mai, in un *error in procedendo* insuscettibile di dar luogo ad un conflitto.

È stato di recente osservato, proprio con riguardo a quest'ultimo profilo, che per configurare un vizio rilevante nel conflitto, non è sufficiente un qualsiasi cattivo uso del potere, bensì *«occorre che tale cattivo uso determini, o sottintenda, un rapporto e che tale rapporto non sia conforme al disegno costituzionale dei rapporti tra poteri»*<sup>1</sup>.

\*

**1.2.** Un secondo aspetto consiste nell'aver prematuramente introdotto un conflitto, a tutela di attribuzioni costituzionali asseritamente menomate, nei confronti dell'autorità giudiziaria requirente (nell'ambito, peraltro, di una attività di indagine alla quale è del tutto estraneo il Presidente della Repubblica) e **non già nei confronti dell'autorità giudiziaria giudicante alla quale, per esplicita ammissione della stessa Avvocatura ricorrente, spetta in via esclusiva il potere di disporre in ipotesi la distruzione di intercettazioni.**

---

<sup>1</sup> In questi termini G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 438.

Il conflitto - come si è più volte sottolineato - è diretto censurare l'intenzione manifestata dalla Procura di Palermo di procedere alla distruzione delle intercettazioni «*con l'osservanza delle formalità di legge*».

La censura si rivela, dunque, assolutamente prematura perché rivolta nei confronti delle semplici intenzioni di un organo a procedere, per di più “*nelle forme di legge*”, alla distruzione di conversazioni ritenute irrilevanti e prive di qualsivoglia possibilità di utilizzazione processuale o investigativa.

La lesione, insomma, deriverebbe non già da un atto dotato di effetto giuridico bensì da un comportamento, meramente denotativo di una intenzione proiettata nel futuro, ed è pertanto del tutto carente di quel carattere concreto ed attuale dal quale, in ipotesi, può farsi derivare la menomazione di attribuzioni costituzionali.

Appare allora chiaro che solo rispetto ad una eventuale decisione del giudice - cui spetta, secondo una ormai consolidata giurisprudenza di codesta ecc.ma Corte (v., sul punto, sent. n. 154 del 2004, punto 5 del considerato in diritto e sent. n. 290 del 2007, punto 4 del considerato in diritto), l'accertamento in concreto dell'applicabilità della clausola di esclusione della responsabilità presidenziale - di omettere la distruzione delle intercettazioni avrebbe potuto proporsi il conflitto a tutela della menomazione di attribuzioni costituzionali.

Solo in quel momento si sarebbe, in altri termini, potuta configurare, in concreto, la possibile menomazione di attribuzioni presidenziali con il conseguente ricorso al conflitto, in quanto solo l'atto del giudice che avesse espresso, in modo chiaro e inequivoco, la volontà di non procedere alla distruzione di intercettazioni avrebbe potuto considerarsi dotato dei requisiti minimi di idoneità e lesività tali da determinare la possibile menomazione dell'altrui sfera di attribuzioni costituzionali.

La natura preventiva e prematura del conflitto, per un verso, costituisce autonomo profilo di inammissibilità del ricorso e, per altro verso, mette ancor meglio in risalto il profilo di inammissibilità, già evidenziato nella memoria di costituzione, concernente il contrasto insanabile tra “*petitum*” e “*causa petendi*”.

Ed infatti, per le ragioni che si sono poc'anzi messe in evidenza, il conflitto viene sollevato nei confronti della Procura della Repubblica in relazione al mero intento di procedere nelle forme di legge alla distruzione e

non ha, dunque, per oggetto l'annullamento di un atto ritenuto invasivo o, quanto meno, idoneo a menomare attribuzioni costituzionali.

In conseguenza di siffatta impostazione il *petitum* altra configurazione non avrebbe potuto avere se non quella di una richiesta alla Corte della dichiarazione di "non spettanza" di un potere.

Ed è proprio su questo punto che affiora, in tutta la sua evidenza, ad un tempo, l'inammissibilità in relazione al carattere prematuro del conflitto e l'inammissibilità per via dell'insanabile contraddizione tra le ragioni a sostegno della richiesta e la richiesta formulata.

A fondamento del ricorso, si invoca esclusivamente l'applicazione della procedura prevista dall'art. 271 c.p.p., quale unica disposizione in grado di evitare la menomazione di attribuzioni costituzionali, con la evidente conseguenza che la richiesta di "non spettanza" del potere di omettere la distruzione avrebbe dovuto essere rivolta nei confronti del solo soggetto che, nell'ambito di quella procedura, dispone di quel potere, ossia il giudice.

Senonché, dal momento che il conflitto è prematuramente proposto contro la Procura della Repubblica e dovendosi necessariamente prospettare un "*petitum*" di non spettanza, la richiesta viene formulata chiedendo alla Corte la dichiarazione di "non spettanza del potere di omettere la distruzione delle intercettazioni e di non spettanza di valutarne la (ir)rilevanza" **in capo alla Procura della Repubblica che di quel potere – per espresso riconoscimento dell'Avvocatura ricorrente – non dispone!**

Di guisa che, il *petitum* formulato, non è in realtà sorretto da alcuna ragione giustificatrice e rende pertanto inammissibile il ricorso.

\*

**1.3.** Né, in questo caso, può farsi ricorso a quella giurisprudenza costituzionale che consente di ricavare il *petitum* in relazione a «*qualsiasi espressione idonea a palesare, in modo univoco e chiaro, la volontà del ricorrente*» quando questo emerga, «*con chiarezza, dall'atto introduttivo, anche in assenza di una esplicita richiesta*» (sent. 97 del 2007), ovvero sottolinea che «*l'indicazione del petitum, pur ovviamente necessaria a pena di inammissibilità del ricorso, non richiede l'adozione di formule predeterminate, essendo al riguardo necessaria e sufficiente (...) qualsiasi espressione idonea a palesare, in modo univoco e chiaro, la volontà del*

*ricorrente di richiedere la decisione della Corte su un determinato conflitto di attribuzione tra i poteri» (sent. n. 28 del 2005).*

In tutti questi casi, infatti, ci si trovava dinanzi ad un *petitum* non chiaramente espresso, in virtù del principio della libertà di forma, ma desumibile dal contesto dell'atto e non già, come avviene nel presente conflitto, di un *petitum* chiaramente espresso e determinato ma posto in insanabile contraddizione con la *causa petendi*.

Del resto che il contrasto tra *petitum* e *causa petendi* debba condurre alla declaratoria di inammissibilità del ricorso si ricava chiaramente dalla sent. n. 26 del 2008 nella quale l'eccezione di inammissibilità, in relazione al suddetto contrasto, viene respinta, ma solo in considerazione della accertata insussistenza, nell'ambito di quel ricorso (proposto dall'a.g. contro una commissione parlamentare di inchiesta), di alcun elemento di contraddizione tra le ragioni poste a fondamento del ricorso e la richiesta formulata.

Le considerazioni in punto di inammissibilità del conflitto si rivelano, per quanto sopra esposto, del tutto assorbenti ed impediscono a codesta ecc.ma Corte l'esame nel merito del ricorso.

\* \* \*

## **2. La complessa fattispecie normativa applicabile alla specie. La non rispondenza ad essa della fattispecie concreta**

Nell'illustrare il profilo oggettivo del presente conflitto, l'Avvocatura generale dello Stato si è così espressa: *«Il conflitto in esame ha, dunque, per oggetto essenzialmente la corretta interpretazione dell'art. 90 della Costituzione ed anche della disposizione dell'art. 7, comma 3, della legge n. 219/1989 citata, di diretta attuazione ed integrazione della norma costituzionale predetta. La controversia si incentra, infatti, proprio sull'ambito di estensione dell'immunità, che, a proposito del regime delle intercettazioni, le norme citate riservano al Presidente della Repubblica. // Si ritiene, infatti, che la intercettazione, l'ascolto, la valutazione, la utilizzazione o la distruzione con la procedura prevista dall'art. 268 c.p. finirebbe per ledere le prerogative contemplate dall'art. 90 della Costituzione con riferimento all'insieme delle modalità attraverso le quali il Presidente della Repubblica esercita le delicate funzioni attribuitegli dalla Costituzione, tra cui quelle di massima rappresentanza a livello internazionale».*

Le due disposizioni citate (artt. 90 Cost. e 7 comma 3 l. 219 del 1989) non sono però sufficienti per risolvere il conflitto.

Amnesso pure - il che si contesta recisamente - che l'art. 7 comma 3 l. n. 219 del 1989 includa nel divieto anche le intercettazioni casuali (o accidentali), è del tutto evidente che la **complessa fattispecie normativa applicabile alla fattispecie concreta** è costituita oltre che dall'art. 90 Cost. e dall'art. 7 comma 3 l. n. 219 **da un lato** e dall'art. 112 Cost. (opportunamente richiamato da codesta Corte nell'ord. n. 218 del 2012) **dall'altro**, anche dalle disposizioni di legge ordinaria che, disciplinando la distruzione della documentazione delle intercettazioni da parte dell'a.g., integrano il parametro costituzionale. È infatti noto che le attribuzioni costituzionali dei poteri in conflitto non sono mai configurate esclusivamente dalle disposizioni costituzionali, ma, in forza di esse, dalle norme sia legislative che consuetudinarie che fondano le "competenze" degli organi confliggenti<sup>2</sup>.

Il che se è implicitamente ammesso dal ricorrente, che non ha richiamato, a fondamento delle sue attribuzioni costituzionali assertivamente menomate, il solo art. 90 Cost., è altrettanto vero per la resistente Procura di Palermo, in quanto le sue **attribuzioni costituzionali non sono desumibili dal solo art. 112 Cost.** ma nel contempo dalle disposizioni di legge che ne determinano (razionalmente) i limiti<sup>3</sup> e che, in forza dell'**art. 101 comma 2 Cost.**, ne garantiscono l'indipendenza (**v. mem. cost., § 1**).

Consegue allora da quanto premesso che se nel ricorso non è stata indicata, come **norma di competenza**, una disposizione legislativa attributiva specificamente al p.m. - evocato nel conflitto - del potere di disporre la distruzione dei documenti, ciò non è solo causa di inammissibilità del ricorso (**mem. cost., § 1**)<sup>4</sup>, ma costituisce **nel contempo** anche **causa di infondatezza nel merito di esso**. Il ricorrente non ha infatti dimostrato quale

---

<sup>2</sup> V. *ex multis* Corte cost., sentenze nn. 420 del 1995; 380 del 2003; 69, 106 e 174 del 2009; 40, 87 e 88 del 2012. In dottrina, per tutti, v. **A. Cerri**, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 410 ed ivi ulteriori citazioni di giurisprudenza.

<sup>3</sup> È infatti bensì vero che il legislatore può porre limiti all'azione penale, ma tali limiti devono rispondere a criteri di razionalità/ragionevolezza. V. le sentenze nn. 84 del 1979, 88 del 1991, 420 del 1995, 121 del 2009.

<sup>4</sup> Rilievi in tal senso sono in **F. Cerrone**, *Presidente della Repubblica e magistratura: conflitto o leale collaborazione?* In *Rivista telematica AIC*, 23 ottobre 2012.



sia la specifica norma di legge ordinaria<sup>5</sup>, violando la quale la Procura di Palermo avrebbe menomato le attribuzioni costituzionali del Presidente.

**E ciò è accaduto per il semplice fatto che tale norma non sussiste.** Nella astratta e complessa fattispecie normativa applicabile alla specie manca infatti il “frammento” relativo alla norma legislativa di “competenza” concernente i contestati poteri del p.m.

**In conclusione, i fatti lamentati nel ricorso non costituiscono menomazione delle attribuzioni del Presidente della Repubblica.**

Al contrario è il ricorso a prefigurare, nel caso di suo denegato accoglimento, **una vera e propria “innovazione normativa” dell’art. 271 c.p.p. relativamente alla disciplina della distruzione della documentazione delle intercettazioni. Una disciplina - quella prefigurata nelle conclusioni del ricorso - che sostituirebbe il p.m. al giudice ed eliminerebbe il previo contraddittorio con le parti ritenuto doveroso sia da codesta ecc.ma Corte sia dalla Suprema Corte di cassazione.**

\* \* \*

### **3. Le risultanze del dibattito parlamentare sull’intercettazione indiretta ancorché casuale del Presidente Scalfaro**

Quanto rilevato al § 2 sulla necessità logica, ancor prima che giuridica, che le norme costituzionali che intestano le relative attribuzioni ai Poteri dello Stato siano integrate «con norme di legge ordinaria per gli istituti che richiedono un’attuazione legislativa»<sup>6</sup>, trova significativa conferma nello svolgimento al Senato<sup>7</sup>, in data 7 marzo 1997, delle interpellanze Cossiga<sup>8</sup>, De Carolis, Elia<sup>9</sup>, Novi-Contestabile, Novi-Pera-La

<sup>5</sup> E’ bensì vero che il ricorrente richiama a tal fine l’art. 7 comma 3 l. n. 219 del 1989, ma dando a tale disposizione un significato non solo irrazionale (il divieto del fatto fortuito!) ma anche contrario alla giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 390 del 2007, 113 e 114 del 2010).

<sup>6</sup> Così, ancora, **A. Cerri**, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 410.

<sup>7</sup> *Atti Sen*, 146<sup>^</sup> Seduta pubblica, *Resoconto stenografico*, venerdì 7 marzo 1997.

<sup>8</sup> Sen. **Cossiga** – *Al Ministro di grazia e giustizia*. – Per sapere: se ritenga conforme ai principi costituzionali:

- 1) l’intercettazione di una conversazione telefonica cui partecipi il Presidente della Repubblica ancorché effettuata su utenza ad altro intestata;
- 2) la trascrizione di detta conversazione in un verbale formale a cura di ufficiali di polizia giudiziaria;
- 3) il deposito di detta trascrizione per disposizione dell’autorità giudiziaria, ancorché senza rilevanza sostanziale o processuale del suo contenuto;

se invece il Ministro in indirizzo non ritenga che detti comportamenti costituiscano

Loggia-Contestabile e Salvi concernenti l'analogo caso dell'intercettazione indiretta e occasionale dell'allora Presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro effettuata il 12 novembre 1993 sull'utenza dell'amministratore delegato della Banca Popolare di Novara. Intercettazione disposta dalla Procura della Repubblica di Milano il cui contenuto venne pubblicato sul quotidiano *Il Giornale* il 27 febbraio 1997<sup>10</sup>.

Contrariamente a quanto sembrerebbe voler sostenere l'Avvocatura generale dello Stato citando alcune parole del più ampio intervento dell'allora Ministro Flick (**ric., p. 9 nota 7**), le conclusioni del dibattito parlamentare, pur denunciando talune perplessità giuridiche sollevate dalla vicenda soprattutto in conseguenza dell'avvenuta diffusione del contenuto dell'intercettazione sul quotidiano *Il Giornale*, non evidenziarono che le norme di legge allora (come ora) vigenti fossero state violate dalla Procura.

È bensì vero che l'interpellante sen. Cossiga ebbe a sostenere che non fosse necessario l'intervento del legislatore per evitare che analoghi fatti avessero a ripetersi<sup>11</sup>, ma tutti gli altri interpellanti, tranne il sen. Novi che si lamentò soprattutto dell'avvenuto deposito della registrazione dell'intercettazione nonostante la sua irrilevanza processuale, non mossero nessun preciso appunto alla Procura di Milano. Mentre il Presidente del Consiglio on. Prodi si limitò a condannare «*la pratica sempre più diffusa di*

---

violazione della garanzia delle inviolabilità che ormai autorevole giurisprudenza e dottrina pacificamente riconoscono attribuita al Capo dello Stato, in forza dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale;

quali misure nell'ambito delle sue competenze egli intenda eventualmente adottare a tutela delle prerogative del Presidente della Repubblica poste a protezione della sua indipendenza e libertà fisica, giuridica e morale nell'interesse dell'ordine fondamentale dello Stato. (2-00234).

<sup>9</sup> Sen. **Elia** - *Al Ministro di grazia e giustizia*. – Per conoscere le valutazioni e le eventuali iniziative del Governo in ordine alla intercettazione, alla trascrizione e al deposito del verbale relativo ad una conversazione telefonica cui avrebbe partecipato il Presidente della Repubblica, del quale va, in ogni caso, salvaguardata l'indipendenza per il libero esercizio delle sue altissime funzioni. (2-00240).

<sup>10</sup> I passi salienti dell'intercettazione e l'intera vicenda sono esattamente riportati e commentati da **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, p. 2883 ss.

<sup>11</sup> Così il sen. **Cossiga**, *ivi*, p. 15: «Forse non sarebbe male che il Ministro di grazia e giustizia intervenisse, senza ricorrere a leggi. Se facciamo dipendere l'efficacia dei principi costituzionali dall'emanazione di leggi di applicazione, vivaddio, allora dovremmo anche predisporre una norma precisa per quanto riguarda il potere di rinvio delle leggi del Capo dello Stato...». L'esempio non è tra i migliori, in quanto l'art. 74 Cost. non prevede un principio ma una regola.

*usare l'insinuazione per colpire nell'onore (...) anche nei confronti di chi, per obbligo costituzionalmente imposto, non può comunque difendersi», il Ministro di Grazia e Giustizia, pur stigmatizzando l'accaduto a livello di principi, nessun addebito mosse in concreto alla Procura a livello di legislazione ordinaria. Anzi egli dapprima ricordò un'iniziativa legislativa governativa intesa a superare la necessità del previo contraddittorio al fine di rendere più agevole, da parte del giudice, di disporre la distruzione delle registrazioni<sup>12</sup> e poi **concluse da un lato affermando di non ravvisare nella condotta dei magistrati aspetti di macroscopica inosservanza di norme di leggi o di loro abnorme interpretazione e dall'altro sottolineando ancora una volta la già citata iniziativa legislativa governativa**<sup>13</sup>.*

Ancor più puntuale fu poi l'intervento del sen. Elia che, dopo aver sottolineato, con preoccupazione, come le lacune della ormai lunga vicenda normativa finissero per danneggiare soggetti estranei alle indagini dei magistrati tra cui lo stesso Presidente della Repubblica, concluse ricordando l'importanza delle due iniziative legislative allora in corso, una parlamentare e l'altra governativa, con le quali si intendeva affrontare il problema della distruzione delle risultanze estranee all'oggetto delle indagini<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Così **Flick**, *Ministro di grazia e giustizia*, ivi, p. 10: «In questa direzione il Governo ha presentato un disegno di legge che è ora all'esame del Parlamento, nel quale, proprio per evitare che il diritto al contraddittorio sui risultati delle indagini possa divenire occasione di divulgazione di comunicazioni intercorse tra persone anche quando quei risultati non sono necessari o rilevanti per il procedimento, è prevista la inversione della sequenza, nelle operazioni di intercettazione, anticipando la fase dello stralcio delle intercettazioni non rilevanti rispetto a quella del loro deposito, nella garanzia del diritto di difesa e nel segreto, sia prima del deposito, sia successivamente per le parti non depositate».

<sup>13</sup> Così **Flick**, *Ministro di grazia e giustizia*, ivi, p. 12: «Va però precisato che tale ricostruzione è frutto di una interpretazione sistematica e non trova riferimenti letterali nella normativa codicistica. Allo stato, e nell'attesa di ricevere le informazioni che ho richiesto all'autorità giudiziaria, ritengo pertanto, per la parte di mia competenza, di non ravvisare nella condotta dei magistrati aspetti di macroscopica inosservanza delle disposizioni di legge o di loro abnorme interpretazione.

La disciplina in materia è, infatti, frammentaria e lacunosa e merita per più versi un intervento normativo chiarificatore, che potrebbe essere inserito nella nuova disciplina proposta con il disegno di legge n. 2773 presentato dal Governo il 27 novembre 1996, della quale mi auguro possa seguire l'approvazione del Parlamento, che prevede appunto la selezione preventiva a cura del pubblico ministero e del giudice, prima del deposito, dei risultati della intercettazione».

<sup>14</sup> Sen. **Elia**, ivi, p. 17 s.: «In questa ormai lunga vicenda normativa sono rimaste delle lacune che danneggiano i terzi, i cittadini non coinvolti, estranei alle indagini del magistrato. Questa mancanza di tutela, che coinvolge anche il Presidente della Repubblica, i parlamentari, gli esponenti degli organi costituzionali, va innanzi tutto sanata a profitto dei cittadini, di tutti i cittadini: è sul piano del diritto comune che bisogna preliminarmente agire. Purtroppo, qualche volta anche in Parlamento ad opera di parlamentari che abusano

Ma non meno importanti - per confermare **l'ineliminabilità dell'intervento del legislatore per l'eventuale modifica della disciplina codicistica delle modalità della distruzione delle intercettazioni ancorché irrilevanti** - furono le parole conclusive del dibattito pronunciate dall'allora Presidente del Senato Nicola Mancino, che suonano così: *«Adesso, proprio in presenza delle iniziative governative, tocca al Parlamento introdurre nell'ordinamento norme necessarie a garantire i due valori che ho appena indicato»*<sup>15</sup>.

La conclusione del ricordato dibattito parlamentare fu quindi indiscutibilmente nel senso che l'intercettazione indiretta e accidentale della conversazione del Presidente Scalfaro non costituiva la violazione di alcuna norma di legge da parte della Procura della Repubblica di Milano. E a tale conclusione si attenne il Presidente Scalfaro non sollevando al riguardo alcun conflitto di attribuzioni nei confronti della Procura di Milano, così come del resto ha fatto anche il Presidente Napolitano con riferimento alle due precedenti intercettazioni accidentali di sue interlocuzioni disposte dalla

---

della insindacabilità ma altre volte ad opera di magistrati, il rispetto dell'onore, della riservatezza dei cittadini non ha quella considerazione che nella nostra civiltà del diritto dovrebbe avere. E allora ecco le due iniziative che sono in corso attualmente; per quanto riguarda le proposte parlamentari mi riferisco, ovviamente, al disegno di legge di iniziativa dei senatori Zecchino ed altri, n. 1358 del settembre 1996, più o meno parallelo su questo punto all'iniziativa del Governo, con il quale si tende a superare quell'impasse in cui attualmente il cittadino in generale si trova a causa del fatto che la legge, mentre prevede lo stralcio e la distruzione delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione perché eseguiti fuori dai casi consentiti dalle legge o in violazione delle norme del provvedimento di intercettazione o della sua esecuzione, per le risultanze estranee all'oggetto delle indagini si limita invece a prevedere che gli interessati possano chiederne la distruzione quando la documentazione non è necessaria per il procedimento. Si dà il caso che generalmente gli interessati non conoscono affatto la realtà di questo coinvolgimento e quindi si tratta di una norma in larga misura del tutto inapplicata ed inapplicabile; si intende allora avviare a tale vistosa anomalia, sia da parte del Governo sia da parte delle iniziative parlamentari di cui ho parlato, stabilendosi che, prima del deposito in segreteria dei verbali e delle registrazioni, il pubblico ministero trasmetta tali atti al giudice il quale ordina lo stralcio e l'immediata distruzione di quelle parti che riguardano persone, fatti o circostanze estranei alle indagini.

<sup>15</sup> Pres. Mancino, ivi, p. 22: «Con il dibattito odierno il Senato ha inteso sottolineare un problema che, per un verso riguarda la tutela delle istituzioni nell'esercizio pieno e libero dei loro compiti e, per l'altro, attiene alla garanzia a presidio della sfera privata dei cittadini. Questo è un punto molto importante: non si tratta solo di tutela dello *status* di chi svolge attività politica o è chiamato a ruoli costituzionali, ma di tutela tout-court della *privacy* dei cittadini, soprattutto in materia di intercettazioni aventi contenuto estraneo al rapporto processuale.

A noi, come legislatori, probabilmente, dopo la discussione di oggi, spetta un'attenzione più specifica a problematiche di tanto rilievo, anche se personalmente ritengo che i principi sono già previsti dal nostro ordinamento e potrebbero essere applicati da subito. Adesso, proprio in presenza delle iniziative governative, tocca al Parlamento introdurre nell'ordinamento norme necessarie a garantire i due valori che ho appena indicato».

Procura di Firenze, e richiamate nella parte in fatto della memoria di costituzione<sup>16</sup> (v. **mem. cost.**, § II).

Il che costituisce, anche sotto il profilo della prassi (notoriamente rilevante nel conflitto tra poteri dello Stato), un importante dato che conferma la correttezza della resistente Procura di Palermo.

\* \* \*

**4. La non praticabilità degli argomenti «a fortiori» e «de maiori ad minus» asseritamente deducibili dalla irresponsabilità funzionale del Presidente della Repubblica**

La formulazione letterale dell'art. 90 Cost., nella parte in cui fa espressamente riferimento alla irresponsabilità per gli «*atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni*», appare inequivoca nel senso di escludere la responsabilità del Presidente della Repubblica per i soli reati che lo stesso commetta nell'esercizio dei poteri e delle prerogative che gli vengono riconosciuti dalla Costituzione stessa (è richiesto, in altri termini, un nesso di strumentalità o comunque di connessione funzionale tra potere esercitato in concreto e reato, non essendo viceversa sufficiente la mera occasionalità o la sola coincidenza temporale).

La norma, al contrario, non fornisce alcuno spunto letterale valorizzabile al fine di estendere la suddetta immunità all'ipotesi di c.d. **reati comuni** (o extra-funzionali).

Nonostante la chiarezza del dato letterale e la significativa uniformità dell'interpretazione dottrinale che ne è scaturita<sup>17</sup>, è opportuno domandarsi

<sup>16</sup> Le intercettazioni sembrerebbero essere state effettuate tra il 6 marzo e il 9 aprile 2009. V. in tal senso gli articoli «*Spunta un'altra registrazione con Bertolaso*», in *Repubblica.it* – Archivio, 2012. 07.17 (**doc. n. 2**); «*Napolitano intercettato a Firenze. La Procura: Stop dopo tre giorni*», in *Repubblica.it* – Archivio, 2012. 07.18 (**doc. n. 3**).

<sup>17</sup> *Ex plurimis*, nel senso della piena responsabilità del Presidente per i reati extra-funzionali, v. tra i penalisti **A. Pagliaro**, voce *Immunità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 214; **C. Taormina**, *Procedimenti e giudizi di accusa*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 86; **F. Antolisei**, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2000, p. 142; **M. Romano**, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 84, secondo cui «*se anche in ciò fosse da ravvisarsi una concreta lacuna dal punto di vista dell'opportunità politica, non sembrerebbe comunque possibile porvi rimedio, su un punto sul quale la Costituzione, in genera abbastanza loquace in materia, si fa totalmente silente*»; **G. Fiandaca** e **E. Musco**, *Diritto penale*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 125, secondo cui «*nessun valore giuridico può infatti attribuirsi alla sua posizione formale di superiorità rispetto agli altri poteri dello Stato e quindi alla giurisdizione*» (gli aa. citano la conforme posizione, sul punto, espressa da **C. Mortati**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, p. 444); **E. Aprile**, sub *art. 3 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di **G. Marinucci** e **E. Dolcini**, Giuffrè, Milano, 2006, p. 102.

se vi siano ulteriori e diversi criteri ermeneutici che consentano di estendere il raggio operativo dell'immunità presidenziale anche agli atti che non rivelino alcuna connessione con l'attività funzionale.

In linea meramente astratta, potrebbe infatti sostenersi che se l'art. 90 Cost. ha sancito l'immunità (e dunque la non praticabilità degli strumenti investigativi ordinari) per gli atti funzionali del Presidente, *a fortiori* tale prerogativa potrebbe riguardare gli atti extra-funzionali: il ricorso dell'argomento «*a fortiori*» (ovvero a quello «*de maiori ad minus*») finisce per trasformare la disposizione dell'art. 90 Cost. in una mera specificazione di un principio più generale che, insito nel sistema costituzionale complessivamente considerato, deporrebbe per l'irresponsabilità totale del Presidente della Repubblica<sup>18</sup>.

Fin da ora, può osservarsi che questa opzione interpretativa appare scorretta già sotto il profilo metodologico: ed infatti, essa contraddice in

---

Tra i costituzionalisti v. *ex multis* nello stesso senso: **A. Amorth**, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 125; **C. Giannattasio**, in **G. Baschieri**, **L. Bianchi D'Espinosa**, **C. Giannattasio**, *La Costituzione italiana*, Nocchioli, Firenze, 1949, p. 328; **C. Mortati**, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, IX ed., Cedam, Padova, 1975, p. 542; **L. Carlassare**, *Art. 90*, in *Commentario della Costituzione* a cura di **G. Branca**, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1983, p.151 ss.; **Id.**, *Genesis, evoluzione e involuzioni delle immunità politiche in Italia*, in *Immunità politiche e giustizia penale* a cura di **R. Orlandi** e **A. Pugiotto**, Giappichelli, Torino, 2005, p. 58; **T. Marchi**, *Il Capo dello Stato*, in **P. Calamandrei** e **A. Levi** (cur.), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, vol. II, Barbera, Firenze, 1950, p. 122; **A. Bozzi**, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Giuffrè, Milano, 1981, p. 184; **V. Crisafulli**, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Cedam, Padova, 1984, p. 458; **G. Di Raimo**, voce *Reati ministeriali*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1159; **F. Dimora**, *Alla ricerca della responsabilità del Capo dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 112; **G. Ferrara**, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova, 1995, p. 592 ss.; **A. Pizzorusso**, *Istituzioni di diritto pubblico*, III ed., Jovene, Napoli, 1997, p. 462 ss.; **G. Roma**, *Un altro passo verso l'invulnerabilità del Presidente* cit., p. 2897 ss.; **A. Pace**, *I limiti del potere*, Jovene, Napoli, 2008, p. 24 ss.; **Id.**, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia* (2010), in **G. Fumu** e **M. Volpi** (cur.), *Le immunità penali della politica*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 29 ss.; **P. Veronesi**, voce *Responsabilità penale costituzionale del Presidente della Repubblica (giudizio sulla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1997, p. 278; **L. Paladin**, *Diritto costituzionale*, III ed., Cedam, Padova, 1998, 455; **A. Spadaro**, *Art. 90*, in **R. Bifulco**, **A. Celotto**, **M. Olivetti** (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 1755; **L.A. Mazzarolli**, *Art. 90*, in *Commentario breve alla Costituzione*, II ed. a cura di **S. Bartole** e **R. Bin**, Cedam, Padova, 2008, p. 819 ss.; **V. Onida** e **M. Pedrazza Gorlero** (cur.), *Compendio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 213; **C. Rossano**, *Manuale di diritto pubblico*, III ed., Jovene, Napoli, 2009, p. 341; **F. Politi**, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 230; **M. Volpi**, *Introduzione* in **G. Fumu** e **M. Volpi** (cur.), *Le immunità penali della politica*, cit., p. 12.

<sup>18</sup> Per analoghe considerazioni critiche alla tesi sostenuta nel ricorso in quanto presupporrebbe l'esistenza di una «*immunità generale e assoluta di ogni attività presidenziale*», v. **A. Anzon Demmig**, *La motivazione del ricorso presidenziale contro la Procura della Repubblica di Palermo: qualche osservazione critica*, in *Rivista AIC*, 15 novembre 2012, p. 4 s. In questo senso v. anche **L. Carlassare**, *Intercettazioni legittime, niente immunità*, ne *Il Manifesto*, 21 settembre 2012.

radice il carattere pacificamente «**eccezionale**» – riconosciuto dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>19</sup> – che contrassegna l'immunità prevista dall'art. 90 Cost. e che di conseguenza per essa impone uno statuto di interpretazione restrittiva (che esclude la praticabilità tanto dell'*analogia legis*, quanto dell'*analogia iuris*).

Nonostante l'ostacolo costituito dal carattere pacificamente eccezionale dell'immunità sancita dalla Costituzione, appare comunque opportuno, per scrupolo di analisi, spingersi a verificare se sia o meno possibile – utilizzando i più diffusi criteri ermeneutici che normalmente assistono l'opera dell'interprete – giungere alla pretesa praticabilità dell'argomento «*a fortiori*» e quindi a ritenere che, con la formulazione semantica dell'art. 90 Cost., il Costituente «*minus dixit quam voluit*».

L'argomento logico-razionale, dal quale è opportuno partire, conferma pienamente l'assoluta ragionevolezza della ristretta formulazione letterale fatta propria dal Costituente.

Nel vigente sistema costituzionale, la *ratio* logico-giuridica sottesa all'immunità dell'art. 90 Cost. deve certamente essere rintracciata nella necessità di consentire una completa e libera esplicazione delle funzioni che la Costituzione stessa attribuisce al Presidente della Repubblica. Può anche

---

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 154 del 2004, ove si sostiene che la controversia sulle attribuzioni del Presidente della Repubblica e sulla loro ipotizzata lesione si risolve sostanzialmente in una «*controversia circa l'applicabilità, nel caso concreto, di una norma costituzionale la cui portata si sostanzia nell'escludere o nel limitare, in via di eccezionale prerogativa, la responsabilità della persona fisica titolare della carica costituzionale per atti da essa compiuti*». E' proprio sulla scorta di tale essenziale presupposto che la Consulta ha ritenuto, nella menzionata sentenza, di non potere accogliere la «*tesi secondo cui l'autorità giudiziaria ordinaria difetterebbe radicalmente di competenza giurisdizionale in ordine alla qualificazione degli atti del Presidente della Repubblica, al fine di verificare l'applicabilità o meno della clausola di esclusione della responsabilità di cui all'art. 90 della Costituzione. Tale clausola non fa che recare, infatti, una eccezione alla regola della responsabilità di ciascuno per gli atti compiuti in violazione di diritti altrui*».

In linea con tale fondamentale decisione v. anche Corte cost., sent. n. 87 del 2012, nella quale si ribadisce che «*la prerogativa stessa, anziché protezione offerta alla persona, è elemento costitutivo della funzione da quest'ultima esercitata, che ne limita al contempo l'ambito. Per tali ragioni, che si collocano alle fondamenta dello Stato costituzionale, questa Corte è sempre stata costante nell'escludere che le immunità costituzionali possano trasmodare in privilegi, come accadrebbe se una deroga al principio di uguaglianza innanzi alla legge potesse venire indotta direttamente dalla carica ricoperta, anziché dalle funzioni inerenti alla stessa. Questo principio è stato affermato in tutti i casi in cui la Costituzione prevede forme di immunità, sia che si tratti delle gaurentigie dei membri del Parlamento (sentenze n. 10 e n. 11 del 2000), o del Consiglio regionale (sentenza n. 289 del 1997), sia che venga in gioco la responsabilità penale del Capo dello Stato (sentenza n. 154 del 2004)*». Le conseguenze applicative e processuali di tale principio sono così nitidamente individuate: «*le generali regole del processo, assistite dalle correlative sanzioni, e soggette nella loro applicazione agli ordinari rimedi processuali, si profilano perciò indefettibili, non appena sia stato valicato il confine della immunità*».

dirsi che l'immunità in oggetto (che si risolve, in sostanza, in una chiara forma di **irresponsabilità giuridica**) non è altro che una conseguenza necessitata della **irresponsabilità politica** che pacificamente va riconosciuta al Presidente. Tra le due fattispecie si instaura una connessione biunivoca che non può essere alterata: l'irresponsabilità politica costituisce allo stesso tempo il **fondamento costitutivo** e il **limite insuperabile** dell'irresponsabilità giuridica. Ove venga in rilievo un atto extra-funzionale, che per definizione non richiede alcuna garanzia di irresponsabilità politica del Presidente, non può specularmente invocarsi alcuna forma di irresponsabilità giuridica, che, in una fattispecie del genere, verrebbe ad essere irragionevolmente sganciata dalla propria *ratio* ispiratrice.

Gli argomenti appena formulati trovano fondamento inequivocabile - come già ricordato nella memoria di costituzione (§ 7.2.) - in primo luogo nei lavori dell'Assemblea costituente, ivi ampiamente richiamati<sup>20</sup>. Essi sono poi confermati, sul piano della legislazione ordinaria, dagli artt. 12, 13 e 14 l. n. 20 del 1962 e dall'**art. 10 comma 1 l. n. 219 del 1989** dai quali si deduce la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria nelle ipotesi di reato extrafunzionale<sup>21</sup>. Sempre sul piano della legislazione ordinaria una loro conferma si ricava chiaramente dalle più **recenti leggi n. 140/2003** (c.d. lodo Schifani-Maccanico) e **n. 124/2008** (c.d. lodo Alfano), con le quali si è tentato di introdurre un meccanismo di sospensione dei processi penali che

---

<sup>20</sup> E' opportuno sottolineare altresì che tutti gli emendamenti trovarono la ferma opposizione della maggioranza dei rappresentanti dell'Assemblea; al riguardo, le motivazioni addotte furono: alcuni richiamarono la deliberata scelta della Commissione dei settantacinque di non dettare un'apposita disciplina per i reati extra-funzionali; altri ancora rivendicarono la necessità di non intaccare - con un allargamento dell'immunità asseritamente indebito - l'area di controllo riservata al potere giudiziario (on. **Calosso**: «*Io non vedo la necessità di costituire al Capo dello Stato una posizione speciale. Noi abbiamo una magistratura che è sovrana ed è uno dei poteri dello Stato. Ora, la stessa immunità parlamentare mi pare che sia sorta in antico, soprattutto come una difesa del potere sovrano. Esiste una magistratura, ed io non capisco perché le si debba togliere questa funzione*»). In ordine alla problematica in esame, significativa è la posizione espressa dal Presidente **Ruini**, che continuò a sostenere l'opportunità di non introdurre una disciplina volta ad espandere l'ambito di efficacia dell'immunità (seduta del 24 ottobre 1947: «*Onorevole Monticelli, il Comitato dei diciotto prima di tutto, voglio ripeterlo, non può che mantenere la originaria proposta di non mettere nulla nella Costituzione, proposta deliberata a suo tempo per le considerazioni così largamente svolte in seno alla seconda Sottocommissione. Certo è che, dopo aver parlato della irresponsabilità negli atti di ufficio, non si dice nulla di quelli fuori ufficio; si deve ritenere per essi la responsabilità; ma la Sottocommissione ha ritenuto che o si tratterà di violazioni lievi, e non si darà corso ai procedimenti; o di violazioni gravi, che rendono impossibile la sua permanenza in ufficio: nei quali casi si avrà una delle figure dell'impedimento, di cui parla altrove la Costituzione*»).

<sup>21</sup> Sul punto v. già **L. Carlassare**, *Art. 96*, in *Commentario della Costituzione* a cura di **G. Branca**, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1994, p. 492 nota 15.



eventualmente riguardino le più alte cariche istituzionali dello Stato (tra le quali entrambe le discipline hanno espressamente indicato anche quella del Presidente della Repubblica). Di là dalla declaratoria di incostituzionalità che ha colpito entrambe le leggi, va sottolineato che con esse il Parlamento ha ritenuto necessario introdurre un meccanismo di sospensione del processo penale eventualmente instaurato nei confronti del Presidente della Repubblica, così riconoscendo pienamente la possibilità della sottoposizione del Presidente all'azione penale per i reati extrafunzionali e ciò, evidentemente, in ragione della assoluta condivisione della natura meramente «funzionale» dell'immunità prevista *ex art. 90 Cost.*

Infine, siffatti argomenti, trovano conferma nella già richiamata giurisprudenza di codesta ecc.ma Corte (in particolare la sent. n. 154 del 2004) nonché tra l'altro, nella giurisprudenza di legittimità che ha affrontato, in maniera approfondita, la questione dei limiti applicativi dell'art. 90 Cost.<sup>22</sup>.

\* \* \*

##### **5. La irrilevanza nella specie, dell'irresponsabilità del Presidente della Repubblica per reati funzionali**

Da quanto puntualmente ribadito nel paragrafo precedente deriva l'inesattezza della tesi dell'Avvocatura generale dello Stato secondo la quale *«Il perseguimento delle finalità costituzionali caratterizza, dunque, l'attività, sia formalizzata sia non formalizzata, del Presidente della Repubblica*

---

<sup>22</sup> Viene in rilievo la pronuncia di Cass., sez. III, 27 giugno 2000, n. 8734, che, annullando la decisione di appello che aveva affermato l'irresponsabilità del Capo dello Stato, ha avuto modo di delineare un essenziale principio di diritto che vale la pena riportare integralmente: *«il principio dell'irresponsabilità del Capo dello Stato, fissato dall'art. 90 della Carta Costituzionale, rappresenta un istituto tipico delle forme di governo parlamentare, e costituisce il logico corollario della particolare posizione che la nostra Costituzione assegna alla figura dello stesso, rendendola avulsa da qualsiasi coinvolgimento in attività di indirizzo politico-amministrativo e delineaandola nei termini di un'attività eminentemente rappresentativa e di custodia e garanzia della Costituzione medesima. A differenza inoltre di quanto accadeva nel precedente ordinamento monarchico, nel quale l'irresponsabilità del monarca (art. 4 Stat. Albertino) era assoluta e risultava concessa "ratione personae", nell'attuale ordinamento repubblicano, l'irresponsabilità del Presidente della Repubblica risulta strettamente connessa all'esercizio delle funzioni presidenziali e si delinea pertanto "ratione materiae". Queste prerogative presidenziali, siccome fissate dall'art. 90, primo comma citato, da un lato coprono solo gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni, e tengono fuori quindi quelli ad esse estranei, i quali pertanto non vanno immuni, e, dall'altro, attengono sia alla responsabilità penale che a quelle civili e amministrative, traducendosi pertanto - sia pur nei termini e nei limiti fissati dallo stesso art. 90 - in una generale forma di irresponsabilità giuridica. Ad un tal riguardo l'autorità giudiziaria ha il potere di accertare se il singolo atto compiuto sia "funzionale" o "extrafunzionale", salva la facoltà per il Presidente della Repubblica di sollevare il conflitto di attribuzione per menomazione».*

*connotandola in senso funzionale, così che la protezione derivante dall'immunità prevista dall'art. 90 della Costituzione ricomprende tutti gli atti presidenziali, nei quali siano appunto rinvenibili quelle finalità» (ric., p. 8).*

**Tale tesi, nella misura in cui sostiene che le conversazioni telefoniche del Capo dello Stato sarebbero sempre effettuate nell'esercizio delle funzioni presidenziali ai fini e per gli effetti dell'art. 90 Cost.<sup>23</sup>, è però irrilevante nel presente giudizio.**

Infatti la responsabilità penale del Capo dello Stato non è mai venuta in discussione, nemmeno ipoteticamente, dinanzi ai magistrati di Palermo<sup>24</sup>. E infatti, proprio con riferimento al presente conflitto, si è giustamente osservato che «(l)a distinzione fra atti funzionali e non funzionali ha senso quando ci si muove sul piano (sostanziale) della responsabilità da atto illecito (penale, civile, etc.) (...). Non ha senso, invece, porsi questo problema quando il Presidente si trova ad essere bersaglio di un atto o di un'operazione giudiziaria, che ne minacciano o ne limitano le libertà individuali (libertà personale, domiciliare, di comunicazione e corrispondenza)»<sup>25</sup>.

**È allora assolutamente evidente come il ricorso avverso si fondi su un duplice equivoco:**

da un lato l'Avvocatura generale estende l'irresponsabilità del Capo dello Stato fino a farla coincidere con una sua pretesa inviolabilità (v. *supra* § 4);

dall'altro confonde la disciplina della (ir)responsabilità del Presidente della Repubblica come autore di reati funzionali ed extrafunzionali (ric., p. 11) - che qui non viene in considerazione - con la disciplina delle garanzie del Capo dello Stato di fronte al compimento di atti e di operazioni processuali relative ad un terzo soggetto<sup>26</sup>, nelle quali egli sia

<sup>23</sup> Per acute osservazioni critiche sul punto v. **M. Ruotolo**, *Napolitano intercettato. Quella volta che al telefono c'era Scalfaro*, in *Il sussidiario.net*, 22 luglio 2012.

<sup>24</sup> V. già, per acute considerazioni in tal senso, **G. Roma**, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente* cit., p. 2913.

<sup>25</sup> In tal senso v. **R. Orlandi**, *Le parole del Presidente (a proposito del conflitto fra Presidente della Repubblica di Palermo, circa il destino di comunicazioni casualmente intercettate)*, in *Amicus curiae* 2012, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 3.

<sup>26</sup> Così ancora, con grande incisività, **R. Orlandi**, *Le parole del Presidente*, cit., p. 3.

accidentalmente coinvolto.

Invece, poiché la direzione delle indagini è data dalle conversazioni telefoniche del soggetto sottoposto a indagini e quest'ultimo, nella specie, era un comune cittadino (ancorché ex senatore, ex ministro ed ex Presidente del Senato), la disciplina costituzionale della libertà e segretezza delle comunicazioni interindividuali era ed è soltanto quella riconosciuta a tutti dall'art. 15 Cost.: **una disciplina che non muta qualora l'interlocutore sia non un comune cittadino bensì un'Alta carica dello Stato.**

D'altra parte le speciali garanzie contro le intercettazioni che assistono ex art. 68 Cost. i parlamentari (nonché il Presidente del Consiglio e i Ministri in quanto parlamentari) ed ex art. 7 l. n. 219 del 1998 il Presidente della Repubblica concernono - come ha statuito codesta ecc.ma Corte con riferimento ai primi (sentenze nn. 390 del 2007, 113 e 114 del 2010) - **le sole intercettazioni dirette nonché quelle indirette ma non casuali (v. *infra* § 6).** Non concernono invece le intercettazioni indirette che siano meramente accidentali.

\* \* \*

**6. L'identità di tutela funzionale dell'art. 7 comma 3 l. n. 219 del 1989 e dell'art. 68 Cost. Differenza strutturale delle intercettazioni indirette ancorché casuali da quelle dirette**

**6.1.** Secondo il ricorrente, il divieto dell'art. 7 comma 3 l. n. 219 del 1989 concernerebbe tutte le forme di intercettazione ivi incluse le intercettazioni casuali; e ciò in quanto tale norma **tutelerebbe una funzione** (quella del Presidente della Repubblica) laddove la l. n. 140 del 2003 e l'art. 68 Cost. (in relazione ai quali si è espressa codesta ecc.ma Corte con la sent. n. 390 del 2007) **tutelerebbero la mera *privacy* dei parlamentari (ric., p. 14).**

La premessa da cui muove l'Avvocatura generale è inesatta. È infatti pacifico che **anche l'art. 68 Cost.**, non meno degli artt. 90 Cost. e 7 l. n. 219, **tutela le funzioni (delle Camere) e non la persona del parlamentare**, con la conseguenza, a tutti nota, che i ricorsi per conflitto di attribuzione in tema di insindacabilità parlamentare lo sollevano le Camere e non i singoli deputati e senatori.

Ma se l'art. 68 Cost. tutela **funzioni costituzionali** (quelle dei parlamentari e dei membri del Governo che siano stati eletti) non diversamente da quanto fa l'art. 7 commi 2 e 3 della l. n. 219 del 1989 per il

Capo dello Stato, non è sostenibile nemmeno l'altra tesi dell'Avvocatura dello Stato (inversa rispetto alla tesi precedente), secondo la quale quanto affermato da codesta ecc.ma Corte nella sent. n. 390 del 2007 a proposito dell'esclusione delle intercettazioni casuali dall'art. 68 Cost., non potrebbe ripetersi per il Presidente della Repubblica con riferimento all'art. 7 l. n. 219 del 1989.

\*

**6.2.** La conclusione che precede è confermata da un'ulteriore assorbente argomentazione.

La *ratio* dell'esclusione delle intercettazioni indirette ancorché casuali dalla disciplina delle intercettazioni dirette ha un fondamento **strutturale e non giuridico**.

Mentre l'acquisizione di elementi di prova mediante un'intercettazione diretta consegue dalla scelta (volontaria) della direzione dell'atto di indagine, l'acquisizione di elementi di prova in conseguenza di un'intercettazione casuale non consegue da una scelta volontaria e quindi in essa non gioca alcun ruolo lo *status*, più o meno privilegiato, dell'interlocutore.

Ma proprio perché la *ratio* dell'esclusione dalla garanzia dell'art. 68 Cost. non è giuridica ma **strutturale**, di essa non v'è cenno, né può esservi cenno - contro quanto si osserva *ex adverso* (**ric., p. 13 s.**) - né negli artt. 2 ss. l. n. 140 del 2003 e nemmeno nell'art. 7 commi 2 e 3 l. n. 219 del 1989. E ciò per la semplice ragione (**v. §§ 9 e 10**) che le intercettazioni casuali non possono di per sé essere oggetto di divieti o di imposizioni.

\* \* \*

**7. Il preteso “surplus di garanzia” connesso all'immunità funzionale riconosciuta al Presidente della Repubblica. Conseguenze paradossali della tesi**

Nel ricorso si è ripetutamente prospettato che il divieto di intercettazioni indirette ancorché casuali delle conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica costituirebbe il contenuto della specifica **immunità funzionale** spettante al Presidente della Repubblica (**ric., pp. 6, 7, 8, 9, 11, 12 e 15**).

Una volta però che si sia chiarito - come si è chiarito - che l'art. 68 Cost. e gli artt. 2 ss. della l. n. 140 del 2003 tutelano la funzione dei parlamentari così come l'art. 90 Cost. e l'art. 7 commi 2 e 3 l. n. 219 del

1989 tutelano la funzione del Presidente della Repubblica, **diventa evidente come tale tesi - implicante un *surplus* di garanzia in danno dell'obbligatorietà dell'azione penale, del diritto di difesa, del principio del contraddittorio nonché del diritto di cronaca<sup>27</sup> - finisca per provare troppo.**

Se il divieto di intercettazioni indirette ancorché casuali costituissero davvero **un'immunità connessa all'esercizio delle funzioni degli organi costituzionali** non si vede allora come mai essa non caratterizzerebbe quanto meno (*ex art. 68 Cost.*) anche lo *status* del Presidente del Consiglio, quello dei Ministri e quello degli stessi deputati nell'esercizio delle loro funzioni.

La tesi criticata conduce perciò ad una conseguenza doppiamente paradossale:

- **nei confronti dei parlamentari.** Essendo tutelati dall'art. 68 Cost. (come interpretato dalla sent. n. 390 del 2007), essi non verrebbero a godere del ***surplus di garanzia*** ipotizzato dall'Avvocatura generale dello Stato con riferimento al Presidente della Repubblica;

- **nei confronti del Presidente del Consiglio e dei Ministri, parimenti tutelati *ex art. 68 Cost.* quanto alle intercettazioni.** Essi non verrebbero a godere di tale ***surplus di garanzia*** ancorché i loro poteri, **dal punto di vista operativo**, siano addirittura più importanti di quelli del Presidente della Repubblica, in quanto **poteri attivi** (a differenza di quelli **non attivi**<sup>28</sup> del Presidente della Repubblica)<sup>29</sup> e le loro funzioni<sup>30</sup> siano, **operativamente**, di imprescindibile importanza per il sistema politico-istituzionale.

Qualora invece si eliminasse siffatta discriminazione estendendo il ***surplus di garanzia*** al Presidente del Consiglio e agli indicati Ministri, è di

<sup>27</sup> Il punto è esattamente colto da **F. Cerrone**, *Presidente della Repubblica e magistratura: conflitto o leale collaborazione?* cit.

<sup>28</sup> Poteri che proprio perché **non attivi** non implicano la responsabilità politica e giuridica del Presidente della Repubblica, questa gravando sui Ministri controfirmanti (art. 89 Cost.).

<sup>29</sup> ...ma in poteri di controllo e di freno, di stimolo e di impulso all'attuazione della Costituzione, in poteri tendenti alla copertura e al funzionamento degli organi costituzionali ecc., per seguire la concettualità di uno studioso che ha maggiormente insistito sulla spettanza al Presidente della Repubblica di una funzione di indirizzo politico costituzionale. In questo senso **P. Barile**, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 317 ss., seguito tuttora da **Id.**, **E. Cheli** e **S. Grassi**, *Istituzioni di diritto pubblico*, XIII ed., Cedam, Padova, 2011, p. 234 ss.

<sup>30</sup> Oltre alle funzioni determinanti del Presidente del Consiglio si pensi quanto meno a quelle dei Ministri degli Affari esteri, dell'Interno, della Giustizia, della Difesa, dello Sviluppo economico nonché dell'Economia e finanze.

tutta evidenza che ne verrebbero ad essere, a dir poco, centuplicate le conseguenze pregiudizievoli per il nostro ordinamento e, specificamente, per la giustizia penale, già illustrate nella parte finale dell'atto di costituzione (**mem. cost., § 10**).

\* \* \*

### **8. La "casualità" delle intercettazioni delle conversazioni del Presidente della Repubblica**

**8.1.** Nelle conclusioni del ricorso si chiede a codesta ecc.ma Corte di dichiarare «*che non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo omettere l'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica né spetta valutarne la irrilevanza offrendole all'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p.*». A ciò si aggiunga che nel decreto 16 luglio 2012 e in tutto il ricorso (pp. 3, 10, 11, 13, 14 e 16) il riferimento è fatto soltanto alle intercettazioni **occasionali** o **casuali**.

**Deve allora ritenersi pacifico in causa che le quattro intercettazioni indirette nelle quali è stato casualmente coinvolto il Capo dello Stato sono indiscutibilmente da qualificarsi come occasionali o casuali.**

Se il ricorrente le avesse qualificate **come indirette ma non casuali**, non avrebbe certamente formulato le rassegnate conclusioni come invece ha fatto.

\*

**8.2.** Ciò non dimeno, ancorché per mero tuziorismo, deve essere sottolineato che l'esposizione dei fatti, già effettuata nella memoria di costituzione, dimostra che tutte le intercettazioni di cui si discute esibiscono il carattere della assoluta **casualità**. Il che, ancora una volta, esclude la possibilità di essere previste e prevenute.

In particolare, è da osservare che le modalità di esecuzione e registrazione elettronica delle captazioni è tale che il loro ascolto non necessariamente avviene nel momento in cui la conversazione si svolge - salvo che ciò sia richiesto da specifiche esigenze investigative (nella specie inesistenti) - ed anzi ha carattere sporadico ed occasionale in quanto è normalmente differito nel tempo secondo scansioni variabili. Il che esclude la possibilità di intervento immediato.

Dagli atti depositati dalla Procura della Repubblica in esecuzione

dell'ordinanza istruttoria della Corte è altresì emerso, a conferma della casualità delle intercettazioni, che le due prime conversazioni con il Presidente della Repubblica avvennero su un'utenza del sen. Mancino della quale la stessa Procura non chiese l'autorizzazione a prorogare l'ascolto, una volta conosciuta l'esistenza delle precedenti telefonate.

Il carattere casuale di tutte le intercettazioni si riscontra tenendo conto, altresì, dei principi elaborati sul tema dalla giurisprudenza costituzionale e da quella della Corte di Cassazione.

In particolare, come già sottolineato nella memoria di costituzione, codesta ecc.ma Corte ha affermato che ciò che distingue le intercettazioni è la **direzione dell'atto d'indagine**, dovendosi definire indirette **ma non casuali** quelle volte ad accedere nella sfera delle comunicazioni di persona diversa da quella la cui utenza sia sottoposta a controllo.

A questa stregua, nessun elemento di carattere logico o storico potrebbe autorizzare tale conclusione nel caso di specie. Ed infatti, come si evince dagli atti depositati in giudizio su richiesta di codesta ecc.ma Corte, l'indagine non è mai stata, in qualsiasi modo o forma, diretta nei confronti del Presidente della Repubblica. Né esisteva una qualsiasi ragione per cui una siffatta indagine dovesse essere, anche surrettiziamente, disposta. Non è mai stata posta in essere un'attività del genere, come appare inequivocabilmente dagli atti depositati.

Analogamente, le intercettazioni costituenti oggetto del presente conflitto ben possono definirsi casuali alla luce dei principi chiaramente enunciati in materia dalla giurisprudenza ordinaria. Giova, al riguardo, ricordare che, muovendo nel medesimo solco interpretativo delle sentenze nn. 390 del 2007 e 113 e 114 del 2010, la Corte di Cassazione, con sentenza 9 settembre 2010 n. 34.244 <sup>31</sup>, ha stabilito che, al fine di affermare o escludere la casualità dell'intercettazione, occorre aver riguardo ad una **molteplicità di parametri**, riconducibili: al tipo di rapporti intercorrenti tra il terzo e la persona direttamente sottoposta a controllo telefonico; all'attività criminosa oggetto d'indagine; al numero delle conversazioni intercorse tra il

---

<sup>31</sup> In *Cass. pen.*, 2011, fasc. n. 3, p. 937 ss., con commento critico di **C. Cesari**, *Un nuovo fronte problematico delle intercettazioni indirette nei confronti di parlamentari: le ambiguità irrisolte della l. n. 140 del 2003 all'esame della Corte di cassazione*, sulle potenziali aree di immunità conseguenti ad una inesatta applicazione della sent. n. 390 del 2007.

terzo e la persona sottoposta ad intercettazione; all'arco di tempo entro il quale tale attività di captazione è avvenuta anche rispetto ad eventuali proroghe delle autorizzazioni; al momento in cui sono sorti indizi a carico della persona munita di una speciale condizione giuridica rispetto alla possibilità di essere sottoposta ad intercettazione telefonica.

Ora, ciascuno di tali parametri, isolatamente considerato ed aggregato agli altri, conclama ancora una volta il carattere casuale delle intercettazioni in parola.

Invero, l'analitica rassegna dei parametri in questione e la relativa applicazione alla fattispecie conduce alle seguenti, agevoli conclusioni.

In primo luogo, la **natura dei rapporti** tra la persona sottoposta alle intercettazioni ed il Presidente della Repubblica non poteva certamente lasciare immaginare preventivamente che essi si sarebbero sviluppati - **come in effetti non si svilupparono** - con cadenze di particolare intensità, frequenza, abitualità, tenuto conto che la persona sottoposta ad intercettazioni era ormai da tempo cessata da qualsiasi carica pubblica o istituzionale ed agiva da privato cittadino.

In secondo luogo, come ripetutamente detto (**v. anche supra § 5**), la persona del Presidente della Repubblica è completamente estranea all'attività criminosa oggetto d'indagine e mai e per nessuna ragione è stata collegata ad essa.

In terzo luogo, è infinitesimale il **numero delle telefonate** tra la persona sottoposta ad intercettazioni ed il Presidente della Repubblica rispetto al totale di quelle intercettate (rispettivamente quattro e 9295): non poteva, pertanto, sorgere né interesse né prevedibile occasione per l'effettuazione delle intercettazioni oggetto di conflitto.

Infine, non solo il numero delle intercettazioni si è rivelato straordinariamente esiguo, ma esso deve altresì essere rapportato ad un **arco di tempo** ultrasemestrale, a dimostrazione della loro episodicità, imprevedibilità, discontinuità, occasionalità.

\* \* \*

### **9. Il fatto fortuito non può costituire oggetto di divieto**

La pretesa avanzata dal ricorrente, secondo la quale dovrebbe essere disposta la distruzione delle intercettazioni delle conversazioni nelle quali il Presidente della Repubblica era interlocutore del sen. Mancino, si fonda sulla



premessa che «*le conversazioni cui partecipa il Presidente della Repubblica, ancorché indirette od occasionali, sono invece da considerarsi assolutamente vietate*» (decreto 16 luglio 2012; ric., pp. 3, 11, 15). Affermazione, questa, che suscita un quesito dirimente per l'accoglimento del ricorso: *come si può sostenere, con il ricorrente, che un fatto fortuito possa costituire l'oggetto di un divieto?*

Dall'angolo visuale della teoria generale del diritto è sufficiente osservare che **una norma che imponesse di vietare un comportamento fortuito sarebbe priva di contenuto normativo. In altre parole sarebbe una non-norma.** Il che è particolarmente evidente in casi come quello di specie, nel quale le intercettazioni vengono automaticamente registrate da un elaboratore elettronico (v. mem. cost., § III), senza quindi alcun intervento umano.

Ne consegue che un precetto normativo - sia esso un divieto o l'imposizione di un obbligo - in tanto può essere dettato con riguardo ad una determinata condotta individuale (anche di astensione) **in quanto tale condotta sia effettivamente riconducibile all'agente** e cioè non connotata da casualità alcuna. A voler opinare diversamente, il precetto sarebbe infatti *inutiliter* dato, dal momento che la sua osservanza dipenderebbe da fattori esterni rispetto alla volontà umana ed indipendenti da qualsiasi coefficiente psichico.

A riprova di quanto appena detto e dell'universalità del predetto principio secondo cui, tra l'altro, non può essere vietata una condotta rispetto alla quale il destinatario del precetto *non agit, sed agitur*, valga quanto segue con specifico riferimento al nostro ordinamento positivo.

Nel **diritto penale**, sul piano del nesso di derivazione causale tra condotta ed evento tipizzato nella norma incriminatrice,

a) ...vi è chi esprime tale principio aderendo alla c.d. teoria della causalità umana, secondo la quale possono essere imputati all'uomo solo i risultati di cui egli sia causa, dal momento che «*gli altri effetti, cioè quelli che si svolgono al di fuori del raggio di azione dell'uomo e che per tale motivo non possono essere da lui controllati, non sono opera sua, dovendo ascrivere alle forze cieche della natura*»<sup>32</sup>: una tesi seguita anche in

<sup>32</sup> V. in questo senso F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 1982, 205 ss.

giurisprudenza, tra le altre, da Cass. pen, sez. IV, 3 aprile 2008, n. 13.939, la quale, sulla scia dell'orientamento dottrinale appena ricordato, conclude nel senso che non può essere attribuita all'uomo la causazione di quegli eventi che si sottraggono alla sua signoria, e cioè quei fatti connotati dal carattere della eccezionalità;

b) ...vi è chi ritiene, sia pure dal diverso angolo prospettico della teoria c.d. della causalità adeguata<sup>33</sup> (rispetto alla quale, come è noto, la teoria della causalità umana, alla quale aderisce la precedente teoria, è più restrittiva), che *«i risultati eccezionali dell'operare non possono imputarsi all'agente»*;

c) ...vi è infine chi riconduce il medesimo principio alla più ampia tematica del caso fortuito (o della forza maggiore), *ex art. 45 c.p.*, ritenendo per tale via che il nesso di derivazione causale tra una data condotta ed un evento sia interrotto da tutti quegli eventi che rendano *«eccezionalmente possibile il verificarsi di un evento che, al momento della condotta, si presentava come conseguenza del tutto inverosimile secondo la miglior scienza ed esperienza»*<sup>34</sup>.

Nel **diritto civile** il principio della causalità rileva sotto i suindicati profili, in quanto, nell'illecito aquiliano, al fine della sussistenza del nesso eziologico tra condotta ed evento, **il giudice deve ricorrere agli stessi criteri di derivazione causale dettati in materia penale dagli artt. 40 e 41 c.p.**<sup>35</sup>, sempre che non si ricada in un'ipotesi di responsabilità oggettiva, che, com'è noto, consente di attribuire *comunque* al soggetto la violazione del *neminem laedere* anche se, sul piano strettamente eziologico, nessun addebito potrebbe essergli mosso. Il che, però, nulla toglie al generale principio, secondo cui non può costituire oggetto di un precetto normativo (ivi incluso un divieto) una condotta che non sia in alcun modo riconducibile, sotto il profilo oggettivo ovvero soggettivo, al soggetto agente.

**Ne segue che il divieto delle «conversazioni cui partecipa il Presidente della Repubblica, ancorché indirette od occasionali» si risolverebbe in una proposizione in contrasto col principio costituzionale**

<sup>33</sup> V. in questo senso **G. Bettiol**, *Diritto penale*, XII ed., Cedam, Padova, 1986, p. 318.

<sup>34</sup> V. in questo senso **F. Mantovani**, *Diritto penale*, Cedam, Padova 1979, p. 174.

<sup>35</sup> Così Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2011, n. 8430; Id., 8 luglio 2010, n. 16123; Id., 30 aprile 2010, n. 10607; Id., sez. lav., 14 aprile 2010, n. 8885.

**di razionalità/ragionevolezza e col principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.).**

\* \* \*

**10. Conclusioni. La Procura ha agito nel pieno rispetto delle norme di legge. Inesistenza di qualsivoglia menomazione delle attribuzioni costituzionali**

Essendo l'intercettazione casuale un **fatto giuridico** (involontario) e non un **atto giuridico** o un **comportamento** (volontario), segue, da quanto detto nel § precedente, che l'ordinamento giuridico come non può imporre una intercettazione casuale, così non può nemmeno vietarla. L'ordinamento può invece disciplinarne le conseguenze, e cioè l'eventuale sua inutilizzabilità, **la quale deve però essere prevista espressamente** (così ad es. l'art. 7 comma 3 l. n. 219 del 1989 con riferimento alle sole intercettazioni "dirette" e così anche l'art. 271 comma 1 c.p.p. a proposito del quale la S.C. ha statuito l'applicabilità nei soli casi di violazione di divieti normativi espressi<sup>36</sup>: **v. mem. cost., §§ 3 e 4**).

La Procura di Palermo ha quindi agito più che correttamente effettuando **esclusivamente** una valutazione di irrilevanza delle quattro intercettazioni indirette del Presidente della Repubblica ma **doverosamente omettendone la distruzione**<sup>37</sup>, la decisione sul punto spettando al g.i.p. ai sensi dell'art. 269 comma 2 c.p.p. (ovvero, nell'ipotesi gradita da Controparte, ai sensi del successivo art. 271 comma 3). «Anzi, se avesse agito diversamente - si è giustamente osservato in dottrina - avrebbe violato una previsione codicistica la cui ratio è anche quella di evitare che il p.m. possa, senza controlli del giudice, distruggere i verbali di intercettazioni che potrebbero presentare, elementi favorevoli alla difesa dell'indagato»<sup>38</sup> (**v. mem. cost., § 4**).

Quanto fin qui argomentato dovrebbe perciò condurre codesta ecc.ma Corte - a sommo avviso della Procura di Palermo - a ribadire le esatte statuizioni contenute nella sent. n. 390 del 2007. Vale a dire che è

<sup>36</sup> Cass., sez. IV, 27 maggio 2005, n. 20130.

<sup>37</sup> Alla stessa conclusione perviene, nonostante la diversità delle premesse, **R. Orlandi**, *Le parole del Presidente*, cit., p. 13 s.

<sup>38</sup> In tal senso v. acutamente **M. Ruotolo**, *Napolitano intercettato. Quella volta che al telefono c'era Scalfaro*, in *Il sussidiario.net*, 22 luglio 2012.

costituzionalmente inammissibile, al fine di «*neutralizzare gli effetti della diffusione delle conversazioni*» casualmente intercettate, delineare «*un meccanismo integralmente e irrimediabilmente demolitorio, omettendo qualsiasi apprezzamento delle posizioni dei terzi, anch'essi coinvolti in quelle conversazioni*».

P. T. M.

nonché per tutte le altre ragioni illustrate nella memoria di costituzione da ritenersi qui integralmente riprodotta, la Procura della Repubblica di Palermo insiste per l'accoglimento delle già rese conclusioni.

Si depositano, insieme con la presente memoria, i seguenti documenti:

**n. 2:** articolo «*Spunta un'altra registrazione con Bertolaso*», in *Repubblica.it* – Archivio, 2012. 07.17;

**n. 3:** articolo «*Napolitano intercettato a Firenze. La Procura: Stop dopo tre giorni*», in *Repubblica.it* – Archivio, 2012. 07.18.

Roma, 23 novembre 2012

Prof. Avv. Alessandro Pace

Prof. Avv. Giovanni Serges

Prof. Avv. Mario Serio