

AMICUS CURIAE 2012

IMMUNITÀ DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E INTERCETTAZIONI “CASUALI”:

SILENZI NORMATIVI E PREVISIONI ESPRESSE

(13 novembre 2012)

di Daniele Vicoli*

SOMMARIO: 1. Il *petitum* del ricorso. – 2. La vicenda. – 3. La tesi dell’Avvocatura dello Stato. – 4. Immunità presidenziale ed indagini eterodirette. – 5. Il caso delle intercettazioni “fortuite”. – 6. Le forme per la distruzione: il ruolo del giudice.

1. Il petitum del ricorso.

Trova origine nelle intercettazioni telefoniche eseguite dalla Procura di Palermo nell’ambito delle indagini relative alla c.d. “trattativa Stato-mafia” il conflitto fra poteri ritenuto ammissibile dalla Corte costituzionale con l’ordinanza n. 218 del 2012.

Non vi è dubbio che il caso coinvolga un tema dalle molteplici implicazioni: l’ampiezza della sfera d’immunità riconosciuta al Presidente della Repubblica e, quindi, dei limiti imposti all’esplicarsi della funzione giudiziaria.

In verità, la decisione della Corte non sembrerebbe destinata ad influire sull’esito della specifica vicenda processuale: è lo stesso ufficio del pubblico ministero a riconoscere che le conversazioni captate sono prive di rilevanza per l’accertamento degli illeciti penali ipotizzati. Al riguardo, tuttavia, è bene chiarire sin da ora che il punto di vista dell’accusa non pone alcuna ipotesi: in linea teorica, non può escludersi l’interesse di una o più degli imputati a chiedere la trascrizione dei dialoghi registrati. E’ questa un’eventualità che proprio la scelta del pubblico ministero di ritenere applicabile il meccanismo dell’art. 268 c.p.p. – se dovesse uscire indenne dall’esame della Corte costituzionale – finirebbe per assecondare.

Nell’economia del ricorso, comunque, la sostenuta inutilizzabilità delle conversazioni intercettate rappresenta uno snodo solo intermedio: serve a far luce sulla vera posta in gioco,

* Ricercatore in Procedura penale nell’Università degli Studi di Bologna

cioè le forme da seguire per distruggerle. Che questo debba essere il destino delle registrazioni non è controverso : il pomo della discordia sta nelle modalità da osservare. In tal senso, è chiaro il *petitum* rivolto alla Consulta: le si chiede di statuire 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.».

2. La vicenda.

Il principio alla base del ricorso è senz'altro denso di significati: «una immunità sostanziale e permanente imputata all'organo costituzionale e posta a protezione della persona fisica che ne è titolare». Di qui, un *vulnus* dovuto ad intercettazioni che presentano una peculiare natura: oltre a non essere state disposte nei confronti del Capo della Stato, non possono qualificarsi nemmeno come “indirette”, effettuate – cioè – su utenze di suoi interlocutori abituali. Entrambe le parti in causa sono d'accordo nel riconoscere che l'attività captativa delle conversazioni alle quali ha partecipato il Presidente della Repubblica sia di natura occasionale, fortuita¹.

Al riguardo, è utile riassumere la cornice fattuale della controversia. La Procura di Palermo, nel condurre le indagini sopra menzionate, ottiene dal giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione ad intercettare – tra le altre – diverse utenze in uso all'ex senatore Nicola Mancino. Nel periodo che va dal 21 dicembre 2011 al 9 maggio 2012 risultano captate ben 9.295 conversazioni telefoniche: solo quattro di queste avvengono con il Presidente della Repubblica. Tali colloqui, poiché reputati superflui ai fini investigativi, non sono trascritti, neppure in termini sommari, dalla polizia giudiziaria; i “nastri”, però, sono conservati in attesa che venga avviato l'*iter* volto a sancirne il carattere irrilevante, vale a dire nelle forme – secondo il pubblico ministero procedente – dell'art. 268 c.p.p.; preludio di una successiva distruzione in base alla disciplina dell'art. 269 comma 2 c.p.p.

¹ Si deve a Corte cost., sent. n. 390 del 2007 la tripartizione delle intercettazioni in “dirette”, “indirette” e “casuali”. V., al riguardo, V. GREVI, *Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni «indirette» (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del Parlamento*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 4385 s. Sui successivi approdi della giurisprudenza costituzionale (pronunce n. 113 e 114 del 2010), v. D. NEGRI, *Intonazioni lontane dalla sentenza capostipite, nella coppia di pronunce con cui la Corte costituzionale riprende il tema delle intercettazioni “indirette” relative a parlamentari*, *ivi*, 2010, p. 2702 s.

Ebbene, in tali condotte, si anniderebbe una lesione delle prerogative costituzionali del Capo dello Stato. A determinarla sarebbe «l'aver quanto meno registrato le intercettazioni [...] unitamente alle circostanze (pacifiche e non contestate) che il testo delle telefonate è agli atti del processo e che ne è stata addirittura valutata l'(ir)rilevanza e, soprattutto, che si ipotizza lo svolgimento di un'udienza secondo le modalità indicate dall'art. 268 c.p.p. [...]»².

3. La tesi dell'Avvocatura dello Stato.

La tesi esposta nel ricorso alla Corte giunge a diagnosticare un radicale e generalizzato divieto di intercettare le comunicazioni del Presidente della Repubblica. Da tale assunto, si fa discendere, sul piano processuale, una drastica conseguenza: l'immediata distruzione dei supporti che custodiscano i colloqui illegittimamente captati. In quest'ottica, sarebbe preclusa l'operatività del filtro *ex art. 268 c.p.p.* (che impone forme partecipate e il ruolo decisorio del giudice): a decretare la fulminante cancellazione materiale dei dati registrati dovrebbe essere, alla luce dell'art. 271 c.p.p., il pubblico ministero.

Il ragionamento – sopra sintetizzato nei passaggi salienti – muove dagli «altissimi compiti» di garanzia del sistema costituzionale che il Presidente della Repubblica è chiamato a svolgere; ne deriverebbe l'indispensabile esigenza di assicurargli, anche in contesti non “formalizzati”, «il massimo di libertà di azione e di riservatezza».

Quando, però, dall'affermazione di principio si passa a delineare il fondamento normativo dell'invocata immunità il percorso diventa tortuoso. L'architrave è rappresentato dall'art. 90 Cost., che – come noto – esclude la responsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, se non nei casi di alto tradimento o

² Va ricordato come non sia la prima volta che il Presidente della Repubblica è “casualmente” intercettato. Due i precedenti. Uno riguarda lo stesso Napolitano: ad essere captati nell'aprile del 2009 furono alcuni colloqui con l'allora responsabile della Protezione civile Guido Bertolaso, le cui utenze erano state poste sotto controllo dalla Procura di Firenze nell'ambito delle indagini relative ai lavori per l'incontro del G8 sull'isola della Maddalena (v. G. CAPORALE, *Spunta un'altra registrazione con Bertolaso*, in *La Repubblica*, 17 luglio 2012; M. MUGNAINI, *Napolitano intercettato a Firenze. La Procura: stop dopo tre giorni*, *ivi*, 18 luglio 2012). Dell'altro – che ebbe una vasta eco tanto da sfociare in diverse interpellanze parlamentari (il Ministro della giustizia rispose nella seduta del Senato in data 7 marzo 1997) – fu protagonista il Presidente Scalfaro, ascoltato nel novembre del 1993 mentre interloquiva con l'allora amministratore delegato della Banca Popolare di Novara, nei cui confronti, per reati fallimentari, erano state disposte le intercettazioni su iniziativa della Procura di Milano (v. G. ROMA, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente della Repubblica? (il caso della cd. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro)*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2883 s.). In entrambe le vicende il caso non giunse all'esame della Corte costituzionale (e ciò sebbene, nella seconda, del dialogo telefonico fosse stato anche redatto e inserito nel fascicolo investigativo il c.d. “brogliaccio”, poi pubblicato su *Il Giornale* del 27 febbraio 1997).

attentato alla Costituzione. Tale clausola di salvaguardia – si osserva – trova coerente sviluppo nella disciplina che regola l'*impeachment* del Capo dello Stato³: nei confronti di quest'ultimo, in base all'art. 7 comma 3 legge n. 219 del 1989, non possono essere disposte intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione (nonché misure limitative di altri diritti inviolabili), se non dopo che la Consulta lo abbia sospeso dalla carica.

Le incertezze, tuttavia, riguardano l'estensione dell'immunità che l'art. 90 Cost. – la cui attuazione si rinviene nella citata legge di rango subordinato – prevede. Al riguardo, non può negarsi che, ove si proceda nei confronti del Presidente della Repubblica per le specifiche ipotesi criminose dell'art. 90 Cost., il divieto sancito dalla fonte ordinaria riguardi anche le intercettazioni "indirette". Vale in questo senso l'indirizzo tracciato dalla Corte costituzionale nel segnare l'ambito applicativo della tutela accordata dall'art. 68 comma 3 Cost. ai membri del Parlamento: «[...] la norma costituzionale vieta di sottoporre ad intercettazione, senza autorizzazione, non le utenze del parlamentare, ma le sue comunicazioni: quello che conta [...] non è la titolarità o la disponibilità dell'utenza captata, ma la direzione dell'atto d'indagine. Se quest'ultimo è volto, in concreto, ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare, l'intercettazione non autorizzata è illegittima, a prescindere dal fatto che [...] le utenze sottoposte a controllo appartengano a terzi»⁴.

Ma per arrivare da tali approdi a riconoscere una diffusa e onnicomprensiva preclusione all'impiego di strumenti captativi servono due passaggi logici, la cui tenuta suscita non pochi interrogativi⁵. Si legge nel ricorso: «lo stesso divieto di uso e di utilizzazione dei medesimi mezzi di prova, certamente limitativi della libertà di comunicazione del Presidente, non può logicamente, anche nel silenzio della legge, non estendersi, ad altre fattispecie di reato che possano a diverso titolo coinvolgere il Presidente. Ed ancor più inammissibile è la possibilità di utilizzazione di conversazioni intercettate occasionalmente nell'ambito di fattispecie riguardanti reati che non possono essere addebitati al Presidente, come, appunto, si verifica nel caso del conflitto in esame».

³ Per un quadro di sintesi, v. A. CERRI, *Giudizio e procedimento di accusa*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, 1989, p. 7 s.

⁴ Corte cost., sent. n. 390 del 2007 (punto 5.3 del considerato in diritto).

⁵ Si vedano i rilievi in termini fortemente critici di F. CORDERO, *Le indagini e i limiti alle intercettazioni*, in *La Repubblica*, 2 agosto 2012; ID., *Le parole incaute del Colle*, *ivi*, 22 agosto 2012.

4. Immunità presidenziale ed indagini eterodirette.

Dunque, manca – lo riconosce la stessa Avvocatura dello Stato – un'espressa norma di legge; ma comunque la logica imporrebbe di ritenere che la dimensione comunicativa del Presidente della Repubblica sia assolutamente inviolabile.

Secondo quali categorie concettuali inquadrare tale ragionamento? Interpretazione costituzionalmente conforme? Argomentazione per principi? Estensione a casi analoghi non disciplinati?

La risposta, con i relativi corollari, evoca temi difficili e aperti a più soluzioni. Un rilievo di fondo, tuttavia, non può sfuggire: la cadenze argomentative del ricorso disegnano, nell'ambito dell'azioni presidenziali, un'area funzionale estremamente vasta. Il confine tra la sfera riconducibile al ruolo istituzionale e quella da imputare alla persona⁶, sebbene in chiave teorica ribadito per via implicita, risponderebbe a regole di favore per l'alta carica: nell'art. 90 Cost. troverebbe fondamento «un'irresponsabilità politica diretta a garantire la piena libertà e la sicurezza di tutte le modalità di esercizio delle funzioni presidenziali»; di qui, «l'assoluta riservatezza di tutte le attività del Presidente della Repubblica che sono propedeutiche e preparatorie rispetto al compimento di atti tipici e pubblici attraverso i quali esercita formalmente i propri poteri».

Il criterio discrezionale che viene suggerito non appare del tutto in linea con le indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale: «[n]emmeno può condividersi, sul piano sostanziale, la tesi secondo cui anche gli atti extrafunzionali, o almeno tutte le dichiarazioni non afferenti alla sfera privata, del Presidente della Repubblica dovrebbero ritenersi coperti da irresponsabilità, a garanzia della completezza dell'alto ufficio da interferenze di altri poteri, o in forza della impossibilità di distinguere, in relazione alle esternazioni, il *munus* dalla persona fisica. [...] E' dunque necessario tenere ferma la distinzione fra atti e dichiarazioni inerenti all'esercizio delle funzioni e atti e dichiarazioni che, per non essere esplicitazione di

⁶ Al riguardo, con accenti diversi, v. L. CARLASSARE, *Art. 90*, in *Commentario della Costituzione, Il Presidente della Repubblica*, a cura di G. Branca, t. 2, Zanichelli, 1983, p. 157 s.; L. ELIA, *Il Presidente iracondo e i limiti della sua responsabilità*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1610; T.F. GIUPPONI, *Immunità presidenziale e «nesso funzionale» in un anomalo conflitto*, in AA. VV., *Il «caso Cossiga». Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Puggiotto-P. Veronesi, Giappichelli, 2003, p. 192 s.; M.E. MELE, *Il Capo dello Stato*, in AA. VV., *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di R. Orlandi-A. Puggiotto, Giappichelli, 2005, p. 74 s.; A. PUGGIOTTO, *Il «caso Cossiga» e la teoria dei vasi comunicanti*, in AA. VV., *Il «caso Cossiga»*, cit., p. 401 s.; A. RUGGERI, *L'ex Presidente della Repubblica come «potere dello Stato» e le sue (pseudo)esternazioni davanti alla Corte*, in AA. VV., *Il «caso Cossiga»*, cit., p. 10 s.

tali funzioni, restano addebitabili, ove forieri di responsabilità, alla persona fisica titolare della carica, che conserva la sua soggettività e la sua sfera di rapporti giuridici, senza confondersi con l'organo che *pro tempore* impersona»⁷. Discernere può risultare arduo; ma ciò non toglie che l'operazione sia necessaria⁸.

Al tempo stesso, però, va detto che insistere sulla distinzione in precedenza elaborata dalla Corte rischia di portare il ragionamento fuori strada. Nei rapporti tra il Capo dello Stato e l'autorità giudiziaria emergono piani che devono restare autonomi: un conto è chiedersi se il primo sia irresponsabile *ex art. 90 Cost.* o meno; un altro stabilire se, comunque, i poteri investigativi della seconda patiscano dei limiti. Il possibile equivoco sta nel pensare che, per entrambi i versanti, la soluzione ad ogni problema debba ricercarsi nell'art. 90 Cost. Ma – è palese – quest'ultimo nulla statuisce per quelle situazioni (diverse dall'alto tradimento e dall'attentato alla Costituzione) che fuoriescano dal perimetro dell'immunità. Potrebbe, quindi, risultare affrettata la conclusione per cui, se il Presidente della Repubblica è chiamato a rispondere di un certo atto, allora nessuna tutela gli è riconosciuta. In altre parole, nelle ipotesi di reati “comuni”, non può escludersi che sussistano degli ostacoli a compiere determinati atti d'indagine: a tale risultato si arriverebbe ove i divieti dell'art. 7 comma 3 l. n. 219 del 1989 – è la tesi dell'Avvocatura – venissero estesi in via interpretativa ad ogni procedimento penale nei confronti del Presidente della Repubblica⁹.

Queste osservazioni, tuttavia, non sono sufficienti ad inquadrare il caso di specie. Il tema dell'irresponsabilità si pone ove al Capo dello Stato sia rivolta una contestazione; così non è, invece, quando si lamenti un *vulnus* che troverebbe origine nell'impiego eterodiretto degli strumenti investigativi e di ricerca della prova. Lo dimostra proprio la vicenda delle intercettazioni “casuali”: al Presidente non si muove alcun addebito di rilevanza penale, eppure ne è stato leso il diritto alla segretezza dei colloqui.

Di conseguenza, in simili fattispecie, l'art. 90 Cost. tende a rimanere sullo sfondo; e a poco serve ribadire che l'immunità va saldamente ancorata alla tutela delle funzioni

⁷ Corte cost., sent. n. 154 del 2004 (punto 6 del considerato in diritto).

⁸ Corte cost., sent. n. 154 del 2004: «[...] l'eventuale maggiore difficoltà della distinzione non toglie che essa sia necessaria» (punto 6 del considerato in diritto).

⁹ Si vedano, in questo senso, le considerazioni di A. PACE, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia*, in AA. VV., *Le immunità penali della politica*, a cura di G. Fumu-M. Volpi, Il Mulino, 2012, p. 38.

istituzionali. L'assunto ben si presta a fungere da bussola se la disputa verte – è il caso al centro della sentenza n. 154 del 2004 – su una condotta del Capo dello Stato e la qualificazione della stessa. Ma nel conflitto che la Corte è oggi chiamata dirimere lo scenario è molto diverso: le indagini riguardano altre persone e il Presidente della Repubblica è una mera “comparsa”. Il nodo da sciogliere, pertanto, non ha un nesso immediato con l'art. 90 Cost., né con l'art. 7 comma 3 l. n. 219 del 1989. Gli interrogativi illuminano un profilo ulteriore: ove non si ipotizzi la responsabilità del Capo dello Stato, l'esercizio di quei poteri investigativi che, tuttavia, dovessero toccare la sfera personale subisce o meno dei vincoli?

Per rispondere a tale quesito, sembra di scarso aiuto anche la recente storia dei c.d. “lodi”, poi dichiarati illegittimi con le sentenze n. 24 del 2004¹⁰ e n. 262 del 2009¹¹. Quei provvedimenti legislativi, senza dubbio, dimostrano che vi è un'area – distinta dai due casi dell'art. 90 Cost. – estranea all'ambito operativo dell'immunità¹². Su questo specifico versante, per l'appunto, andava a spiegare effetti il meccanismo di sospensione del processo. Bastano questi rapidissimi cenni per evidenziare la diversità del contesto evocato, tale – cioè – da implicare che al Presidente della Repubblica si attribuisca un reato extrafunzionale.

In termini più generali, i congegni pensati per garantire forme di temporanea improcedibilità vanno a regolare le ipotesi in cui il Capo dello Stato sia ritenuto autore di un illecito penale e non quelle che lo vedano semplice terzo destinatario – suo malgrado – di un atto d'indagine. Le due prospettive, quindi, risultano asimmetriche: conclusione che esclude possibili ragionamenti per analogia.

5. Il caso delle intercettazioni “fortuite”.

La peculiarità – nel senso sopra esplicitato – della fattispecie all'esame della Corte emerge in modo chiaro ove si valuti la natura delle captazioni “casuali”. L'intrusione nella segretezza dei colloqui deve ritenersi “fortuita” quando risulti imprevedibile, occasionale:

¹⁰ V., tra i numerosi commenti, A. PUGGIOTTO, *Improcedibilità e sospensione del processo per le alte cariche dello Stato*, in AA. VV., *Immunità politiche*, cit., p. 471 s.

¹¹ V. A. MORRONE, *La Corte costituzionale sul “lodo Alfano”: una risposta tardiva*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1 s.; R. ORLANDI, *Illegittimi privilegi*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 42 s.; A. PUGGIOTTO, *La seconda volta*, *ivi*, p. 55 s.

¹² Lo si ricava, del resto, già dagli artt. 8 e 10 legge n. 219 del 1989, che prevedono una declaratoria d'incompetenza, rispettivamente, da parte del Comitato al quale sono attribuiti i poteri investigativi e del Parlamento in seduta comune, con trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria.

l'autorità giudiziaria lede il diritto della persona – potrebbe dirsi – senza volerlo¹³. In questo senso, l'ipotesi è paradigmatica delle ripercussioni che un'iniziativa processuale volta ad accertare la responsabilità di altri può avere nella sfera del Capo dello Stato. In simili evenienze, se e quali garanzie riconoscere al Presidente della Repubblica? Il problema – come visto – non trova nell'art. 90 Cost. il crocevia normativo di riferimento; l'interprete, dunque, è chiamato ad un compito difficile.

L'alternativa è che si tratti di una «lacuna» da riempire guardando ai principi per «trarre da questi le regole che occorrono» ovvero di un «“consapevole silenzio”» foriero di una applicazione della disciplina comune¹⁴. Di fronte al dubbio, comunque, un punto fermo lo si può ricavare dalla sentenza della Corte n. 262 del 2009: le prerogative a garanzia del titolare di uno specifico *status* devono avere le radici nella Costituzione. La chiave, dunque, è se al ruolo ed alle funzioni che la Carta fondamentale assegna al Presidente della Repubblica sia consentaneo uno “scudo” da ogni interferenza che le finalità di accertamento della responsabilità altrui possano determinare¹⁵.

Un problema analogo si è posto – come detto – sul terreno dell'art. 68 comma 3 Cost. Al riguardo, proprio il carattere “casuale” delle intercettazioni è stato decisivo nel giustificare la minore forza della tutela, che si traduce nella necessità di un *placet* della Camera di appartenenza solo postumo e sempre che i risultati debbano essere utilizzati contro il parlamentare¹⁶. Sul piano concreto, la verifica può presentare margini di valutazione più o meno ampi, ma resta imprescindibile stabilire la natura dell'attività captativa¹⁷.

L'idea, però, di un perfetto parallelismo con la figura del Capo dello Stato è poco calzante: troppa la distanza tra i due casi. Si tenga a mente un rilievo di fondo: attraverso il singolo parlamentare, viene salvaguardata la libertà politica dell'assemblea a cui appartiene; il Presidente della Repubblica, invece, è organo monocratico, del quale serve «garantire

¹³ Corte cost., sent. n. 390 del 2007 (punto 5.3 del considerato in diritto).

¹⁴ L'interrogativo è posto da G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione*, in *La Repubblica*, 17 agosto 2012.

¹⁵ La tesi affermativa è radicalmente avversata nella memoria di costituzione della Procura di Palermo (v., in particolare, il punto 7.2).

¹⁶ Art. 6 legge n. 140 del 2003, nel testo risultante da Corte cost., sent. n. 390 del 2007. Di tale disciplina F. CORDERO, *Le indagini*, cit., nonché *Le parole incaute*, cit., sostiene l'applicazione in via analogica al caso del conflitto che la Corte è chiamata a dirimere.

¹⁷ A dettare i possibili criteri guida sono Corte cost., sent. n. 113 e 114 del 2010. V. D. NEGRI, *Intonazioni lontane*, cit., p. 2707 s.

“operativamente” [il] ruolo *super partes*», al fine di impedire che «la sua persona possa essere in qualche modo sottoposta ad indebite pressioni»¹⁸.

Affiora una differenza già sottolineata dalla Consulta sul versante dei meccanismi che governano l'immunità *ex art. 90 Cost.* Lì, la natura di organo-persona lascia nelle mani del giudice il potere di qualificare l'atto controverso, allo scopo di stabilire se sia funzionale o meno; poi, nella seconda ipotesi, il Capo dello Stato può rivolgersi alla Corte costituzionale, sollevando il conflitto di attribuzione¹⁹. Qui gli approdi potrebbero essere di segno opposto, in termini – cioè – di un rafforzamento della tutela. Il tema della responsabilità implica che venga isolato uno specifico episodio della “vita” presidenziale: su queste basi è possibile distinguere il *munus* dal soggetto che lo riveste. Ove, invece, si fuoriesca da simili coordinate di riferimento, sembrerebbe delinarsi una continuità temporale nell'esercizio delle funzioni. Da queste premesse – se accolte – deriverebbe il riconoscimento di un'assoluta inviolabilità.

6. *Le forme per la distruzione: il ruolo del giudice.*

Da ultimo, va affrontato il nodo delle modalità secondo cui le registrazioni andrebbero distrutte.

Si considerino, più nel dettaglio, i termini del conflitto. Ad avviso della Procura di Palermo, la strada da seguire sarebbe indicata dall'art. 268 c.p.p. E' questa la procedura di “stralcio”, i cui tratti sono: la *discovery* in favore delle parti, un'udienza camerale, il vaglio del giudice al fine di selezionare le comunicazioni da acquisire e trascrivere mediante perizia. Nel quadro di tali cadenze, il pubblico ministero e la difesa giocano un ruolo fondamentale: ove manchi l'impulso – mediante una specifica indicazione dei colloqui reputati rilevanti – dell'uno o dell'altra, al giudice è preclusa ogni iniziativa²⁰. E' chiaro, dunque, il motivo per cui – come si diceva all'inizio – le valutazioni già anticipate dalla Procura di Palermo circa la superfluità dei dialoghi tra l'ex senatore Mancino e il Capo dello Stato non ne escludono l'eventuale acquisizione: a giustificarla potrebbero essere le istanze difensive di una delle persone imputate. Per di più, nell'ottica considerata, a disciplinare il regime delle registrazioni

¹⁸ T.F. GIUPPONI, *Immunità presidenziale*, cit., p. 186-187.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 154 del 2004 (punto 5 del considerato in diritto). V. A. PUGGIOTTO, *Ben oltre il “caso Cossiga”: le importanti novità della sentenza n. 154 del 2004*, in www.forumcostituzionale.it, p. 3.

²⁰ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, p. 218; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 1997, p. 145.

sarebbe l'art. 269 2 c.p.p.: esse sono conservate dal pubblico ministero fino alla sentenza irrevocabile; tuttavia, gli interessati, a tutela della riservatezza, possono chiederne la distruzione al giudice, che decide secondo il rito camerale dell'art. 127 c.p.p.²¹

Simile *iter* è, invece, oggetto di censura nel ricorso alla Corte: in base al divieto derivante dall'affermata immunità presidenziale, le intercettazioni risulterebbero avvenute fuori dei casi consentiti dalla legge (art. 271 comma 1 c.p.p.); quindi, i supporti che ne conservano memoria fonica dovrebbero essere distrutti senza indugio alcuno dallo stesso pubblico ministero.

Gli approdi ai quali perviene l'Avvocatura dello Stato sembrano pagare il prezzo di un errore prospettico. E' vero che le registrazioni illegittimamente eseguite viaggiano su binari diversi rispetto a quelle i cui risultati siano privi di rilevanza ma comunque utilizzabili. Mentre per queste ultime si applica l'art. 269 c.p.p., le altre, salvo che costituiscano corpo del reato, vanno distrutte (art. 271 comma 3 c.p.p.). Non ne deriva, tuttavia, la titolarità in capo al pubblico ministero del potere di ordinarne la distruzione. E' per tale ragione che la Procura di Palermo eccepisce, in via pregiudiziale, l'inammissibilità del ricorso in quanto basato su un *petitum* giuridicamente impossibile.

In effetti, gli indici normativi sembrano chiari nell'imporre, anche per il caso di intercettazioni *contra legem*, l'intervento giurisdizionale. In linea generale, la trama codicistica non è limpida nel distinguere il meccanismo dello "stralcio" dall'ipotesi che l'art. 271 comma 3 c.p.p. prevede. Una certa commistione nasce dall'art. 268 comma 6 c.p.p.: il giudice, anche d'ufficio, deve escludere (e quindi non acquisire) le registrazioni e i verbali di cui sia vietata l'utilizzabilità²². In ogni caso, una volta riconosciuta l'autonomia applicativa dell'art. 271 comma 3 c.p.p., un dato resta fermo: è il giudice a statuire che il materiale relativo ad intercettazioni vietate venga distrutto.

Da questo punto di vista, serve a poco – come si fa nel ricorso – il richiamo all'art. 103 comma 5 c.p.p. nella parte in cui stabilisce che non è consentito intercettare i dialoghi tra il difensore e la persona assistita. La disposizione enuclea un divieto, a sua volta presidiato dall'inutilizzabilità che colpisce gli elementi eventualmente raccolti (art. 103 comma 7 c.p.p.).

²¹ V. A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., p. 243 s.; L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., p. 162 s.

²² Secondo A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., p. 219, lo stralcio delle intercettazioni inutilizzabili «servirebbe ad eliminare immediatamente quelle stesse comunicazioni, distruggendole».

Tuttavia, le forme da osservare per la distruzione restano, pur sempre, quelle dell'art. 271 comma 3 c.p.p., che appunto attribuisce al giudice – e non al pubblico ministero – il compito di ordinarla.

In definitiva, la tesi dell'immunità – se anche accolta – non potrebbe sfociare nelle conseguenze sostenute dall'Avvocatura dello Stato. Per sancire l'obbligo d'immediata distruzione ad opera del pubblico ministero, la Corte dovrebbe ritagliare una disciplina speciale *ad hoc*. Questa strada, però, sembra praticabile solo se la Consulta dovesse decidere di sollevare davanti a sé una questione di legittimità costituzionale del regime normativo che regola la sorte delle intercettazioni vietate. Al di là dei molti interrogativi legati a tale ipotesi, è nel merito che la soluzione va scartata. D'ostacolo non è tanto il totale sacrificio al quale andrebbero incontro le garanzie partecipative – riconducibili all'art. 24 comma 2 Cost. – dei soggetti potenzialmente interessati all'uso dei colloqui²³; si potrebbe replicare, del resto, che all'art. 271 comma 3 c.p.p. è già estranea simile forma di tutela²⁴. A non trovare appigli è il ruolo che si vorrebbe attribuire al pubblico ministero: quello – cioè – di statuire l'inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito per poi disporre l'eliminazione. Si tratta di poteri che i principi cui s'ispira il sistema suggeriscono di riservare al giudice, organo imparziale ed equidistante dalle parti.

²³ Si vedano, in questo senso, i rilievi di A. PIROZZOLI, *L'immunità del Presidente della Repubblica davanti alla Corte costituzionale: i dubbi della vigilia*, in www.forumcostituzionale.it, p. 8. Nella giurisprudenza costituzionale, valorizza le esigenze di tutela del diritto di difesa Corte cost., sent. n. 463 del 1994. Degna di nota è anche Corte cost., sent. n. 173 del 2009, che ha dichiarato illegittima la disciplina in tema di distruzione delle intercettazioni illegali dettata dall'art. 240 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore; va tenuto a mente, però, un significativo elemento differenziatore: nel caso di captazioni originate da un'attività illecita, le relative registrazioni rappresentano il corpo del reato, la cui eliminazione materiale è ipotesi davvero eccezionale (in questo senso, si consideri la clausola di salvezza con la quale esordisce l'art. 271 comma 3 c.p.p.).

²⁴ Tale esegesi non è accolta da L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., p. 214, sul presupposto – da condividere – che la *ratio* sia identica a quella sottesa all'art. 269 comma 2 c.p.p.