

# Brevi riflessioni sull'intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica

(24 novembre 2012)

Daniele Chinni

*Dottore di ricerca in giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una certezza: la responsabilità del Capo dello Stato per gli atti extrafunzionali. – 3. Una diversa questione: l'intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica. – 4. Una ulteriore e ancora diversa questione: l'intercettazione casuale di conversazioni del Presidente della Repubblica. – 5. Considerazioni conclusive, con un auspicio.

## 1. Premessa

Affrontare il tema oggetto del conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente della Repubblica nei confronti della Procura della Repubblica di Palermo è operazione scientifica certamente complessa, ruotando essa attorno a questioni problematiche e di incerta soluzione quali sono la responsabilità, il ruolo e le prerogative del Capo dello Stato, sulle quali in Costituzione è detto assai poco e quasi mai in modo tale da non lasciare spazio a dubbi.

Le brevi riflessioni che seguono, pertanto, non vogliono affatto, né avrebbero potuto, esprimere convinzioni incrollabili. È con questa consapevolezza che chi scrive partecipa a questo dibattito virtuale, credendo di ben interpretare lo spirito di questa e delle tante iniziative analoghe che negli anni l'hanno preceduta: esprimere dubbi e presentare argomenti, piuttosto che manifestare convincimenti e dispensare certezze.

## 2. Una certezza: la responsabilità del Capo dello Stato per gli atti extrafunzionali.

Nella indubbia complessità del tema vi sono però alcune, anche se poche, certezze. Una prima è la seguente: il Presidente della Repubblica è responsabile per gli atti compiuti al di fuori dell'esercizio delle funzioni; o, il che è lo stesso, il Capo dello Stato gode, per converso, di irresponsabilità, salvo i casi di alto tradimento e attentato alla Costituzione, per i soli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni<sup>1</sup>.

Militano in favore di questa opzione interpretativa, oltre a una piana lettura del testo costituzionale, due diversi elementi.

Viene in rilievo, innanzitutto, il diritto positivo. La disciplina posta dalla l. n. 219 del 1989 circa la messa in stato d'accusa del Capo dello Stato per i reati di cui all'art. 90 Cost. presuppone, infatti, una responsabilità presidenziale per i reati extrafunzionali: solo così, infatti, trova spiegazione l'art. 8, co. 2, ove è previsto che il Comitato per le accuse dichiara la propria incompetenza «ove ritenga che il reato sia diverso da quelli previsti dall'art. 90 della Costituzione» letto in combinato disposto con il successivo co. 3, ove è disposto che in caso di dichiarazione di incompetenza da parte del Comitato gli atti del procedimento sono trasmessi all'autorità giudiziaria; l'art. 9, co. 3, ove si stabilisce che l'autorità giudiziaria, quando ritenga che i fatti per cui sta procedendo il Comitato o il Parlamento in seduta comune siano diversi da quelli previsti dall'art. 90 Cost., «pronuncia ordinanza con la quale ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale per la risoluzione del conflitto»; l'art. 10, co. 1, ai sensi del quale «qualora ritenga che il reato sia diverso da quelli previsti dall'art. 90 della Costituzione il

---

<sup>1</sup> Sul rapporto tra responsabilità e irresponsabilità nella lettura dell'art. 90 Cost. cfr. L. CARLASSARE, *Art. 90*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1983, 149 ss.

Parlamento in seduta comune dichiara la propria incompetenza e trasmette gli atti all'autorità giudiziaria»<sup>2</sup>.

È tuttavia dalla giurisprudenza costituzionale che viene la più rilevante indicazione nel senso della responsabilità extrafunzionale del Presidente della Repubblica. Decidendo un conflitto di attribuzione tra l'ex Presidente Cossiga e la Corte di Cassazione relativo a talune esternazioni rese dal primo durante il settennato e per le quali era stato chiamato a rispondere in sede civile<sup>3</sup>, nella sent. n. 154 del 2004 la Corte costituzionale ha recisamente affermato che «l'art. 90 della Costituzione sancisce la irresponsabilità del Presidente - salve le ipotesi estreme dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione - solo per gli "atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni". È 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 tali funzioni, restano addebitabili, ove forieri di responsabilità, alla persona fisica del titolare della carica, che conserva la sua soggettività e la sua sfera di rapporti giuridici, senza confondersi con l'organo che *pro tempore* impersona»<sup>4</sup>.

### 3. Una diversa questione: l'intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica.

I dubbi cominciano allorché ci si chiede se sia possibile intercettare le conversazioni del Presidente della Repubblica. Anche qui, tuttavia, può darsi una certezza: l'art. 7 della l. n. 219 del 1989 vieta le intercettazioni di conversazioni telefoniche del Capo dello Stato quando si proceda nei suoi confronti per alto tradimento o attentato alla Costituzione, se non previa messa in stato d'accusa e, soprattutto, sospensione dalla carica ad opera della Corte costituzionale<sup>5</sup>. La *ratio* che sta dietro a questa disciplina sembra possa essere identificata nella garanzia della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, le cui conversazioni non debbono essere intercettate a tutela della posizione e, soprattutto, delle delicate funzioni che il Capo dello Stato è chiamato a svolgere<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Si tenga presente poi che, significativamente, analoga scelta era stata fatta dal legislatore ordinario già con la legge 25 gennaio 1962, n. 20 e, successivamente, con la legge 10 maggio 1978, n. 170.

<sup>3</sup> Cfr. le decisioni del Tribunale civile di Roma del 22 giugno 1993 (in *Rass. dir. civ.* 1994, 653 ss., con nota di L. CHIEFFI, *Esternazioni extrafunzionali e responsabilità del Presidente della Repubblica*) e del 14 maggio 1994 (in *Dir. informazione e informatica* 1994, 1749 ss., con nota di V. LENOCI, *Sulla responsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti compiuti al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni*), di condanna nei confronti dell'ex Presidente Cossiga; le decisioni della Corte d'Appello, che riformarono entrambe le sentenze, del 21 aprile 1997 (in *Giur. cost.* 1998, 2829 ss. con nota di A. PIZZORUSSO, *La discutibile immunità del Presidente linguacciuto*) e del 16 marzo 1998 (in *Foro It.* 1998, I, 2988 ss.); le sentenze della Corte di Cassazione, che annullarono con rinvio le pronunce della Corte d'Appello, del 27 giugno 2000 (n. 8733, in *Giur. cost.* 2000, 3407 ss. con nota di F.S. MARINI, *Controfirma ministeriale e irresponsabilità del Presidente della Repubblica nell'esercizio del potere di esternazione*; n. 8734, in *Giur. cost.* 2000, 2948 ss., con nota di M. PIAZZA, *Il Presidente della Repubblica è giuridicamente responsabile, in sede civile, per le sue «esternazioni» ingiuriose e/o diffamatorie*). Per le questioni, di ordine processuale e sostanziale, prospettate dall'insolito conflitto di attribuzione, si veda R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il "caso Cossiga". Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, Torino 2003.

<sup>4</sup> Corte cost., 26 maggio 2004, n. 154, in *Giur. cost.* 2004, 1582 ss., con note di L. ELIA, *Il Presidente iracondo e i limiti della sua responsabilità*; A. D'ANDREA, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato non è pari all'insindacabilità dei parlamentari: la Corte «distingue» e rilancia l'interpretazione restrittiva dell'immunità*; E. MALFATTI, *La «doppia» pronuncia sul «caso Cossiga»: di molte strade percorribili, la Corte non sceglie la più lineare*. Ma v. anche A. PUGIOTTO, *Ben oltre il "caso Cossiga": le importanti novità della sentenza n. 154 del 2004, in *forumcostituzionale.it**; T.F. GIUPPONI, *"Uno, nessuno e centomila". Personaggi e interpreti dell'immunità presidenziale di fronte alla Corte costituzionale*, ivi; F. SALMONI, *L'intervento in giudizio del terzo offeso, la legittimazione attiva dell'ex Presidente della Repubblica ed altre novità nei ricorsi per conflitti fra poteri: la "storia infinita" del c.d. caso Cossiga, in *federalismi.it**.

<sup>5</sup> Solo in casi eccezionali di necessità e di urgenza, ai sensi del co. 4 della medesima disposizione, il Presidente del Comitato parlamentare può disporre, in via provvisoria, l'intercettazione di conversazioni del Capo dello Stato, riferendone tuttavia immediatamente al comitato stesso, che deve convalidare il provvedimento del Presidente entro dieci giorni; qualora non sia adottata detta convalida, il provvedimento del Presidente del Comitato si intende revocato e resta privo di ogni effetto.

<sup>6</sup> Il Ministro di Giustizia Flick, il 7 marzo 1997, rispondendo nell'aula del Senato a più interpellanze circa una intercettazione casuale che aveva captato una conversazione dell'allora Presidente della Repubblica Scalfaro (v. *infra* nt. 33), rilevò che «essendo la libertà di comunicazione e di corrispondenza un connotato essenziale dell'esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica, appare ovvio ritenere che la libertà e la segretezza delle comunicazioni e conversazioni del Presidente della Repubblica non possano essere soggette ad alcuna limitazione [...] neppure da altra autorità».

Ma al di là di ciò, resta il nodo della possibilità di sottoporre a intercettazioni il Presidente della Repubblica quando si proceda nei suoi confronti per reati diversi da quelli di cui all'art. 90 Cost. Come è noto, le posizioni sono essenzialmente due<sup>7</sup>: da un lato, c'è chi sostiene che se il legislatore ha posto un divieto di intercettazione per i gravissimi reati di cui all'art. 90 Cost., a maggior ragione deve ritenersi implicito analogo divieto per qualsiasi altro reato<sup>8</sup>; dall'altro lato, si rileva che, stante la responsabilità presidenziale per i reati extrafunzionali, quando si proceda per questi ultimi ben possono essere disposte le intercettazioni telefoniche<sup>9</sup>.

Chi scrive ritiene poco convincente questa seconda opzione interpretativa e, in particolare, l'assunto secondo il quale, stante la responsabilità presidenziale per gli atti extrafunzionali, per ciò solo possono, relativamente a questi casi, essere intercettate le conversazioni del Capo dello Stato<sup>10</sup>.

Deve evidenziarsi, innanzitutto, che mentre ben può farsi, per quanto ciò sia complesso<sup>11</sup>, una distinzione tra atti (e reati) funzionali e atti (e reati) extrafunzionali, è ovviamente impossibile, sul piano logico prima ancora che su un piano fattuale, distinguere tra intercettazioni funzionali e intercettazioni extrafunzionali, dal momento che ciò che potrà essere legato alle funzioni presidenziali sarà sempre e soltanto la conversazione captata cui ha preso parte il Capo dello Stato. Il punto è, però, che è impossibile valutare *ex ante*, ovvero prima di disporre l'intercettazione, quali conversazioni del Presidente della Repubblica saranno connesse all'esercizio delle sue funzioni e quali, invece, no e, di conseguenza, per quali conversazioni varrà il divieto posto dalla legge n. 219 del 1989 in attuazione dell'art. 90 Cost. e per quali, invece, il regime comune. Si dirà che tale distinzione potrà essere compiuta *ex post* dall'autorità giudiziaria e che, anzi, la strada da seguire è precisamente questa alla luce di quanto statuito dalla citata sent. n. 154 del 2004 della Corte cost., ove venne attribuito alla autorità giudiziaria,

---

<sup>7</sup> Non, a onor del vero, tra le due parti del conflitto: anche la Procura di Palermo, infatti, ritiene siano vietate intercettazioni dirette e indirette non casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica (cfr. par. 3 della memoria di costituzione).

<sup>8</sup> Cfr. T.F. GIUPPONI, *Il conflitto tra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo: problematiche costituzionali in tema di inviolabilità del Capo dello Stato*, in *forumcostituzionale.it*, Amicus curiae 2012 "Il Presidente intercettato", 5 ss., spec. 8; A. MANZELLA, *Conflitto di poteri. L'equilibrio smarrito*, in *La Repubblica*, 18 luglio 2012; U. DE SIERVO, *Ristabilire il senso del limite*, in *La Stampa*, 17 luglio 2012; M. AINIS, *Le istituzioni e le persone*, in *Corriere della sera*, 17 luglio 2012; V. ONIDA, nell'intervista rilasciata a M.A. CALABRÒ, «Un'iniziativa corretta. Si può ascoltare il Quirinale solo per alto tradimento», in *Corriere della sera*, 17 luglio 2012; F. PATERNITI, *Riflessioni sulla (im)possibilità di svolgere intercettazioni "indirette" nei confronti del Presidente della Repubblica. Il caso del conflitto di attribuzione contro la Procura di Palermo*, in *federalismi.it*, 22; C. PANNACCIULLI, *La riservatezza dei colloqui del Presidente della Repubblica nel conflitto di attribuzioni con la Procura di Palermo*, in *forumcostituzionale.it*, Amicus curiae 2012 "Il Presidente intercettato", 10. Nel senso del divieto di intercettazioni, quantomeno dirette, anche A. PACE, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del governo in Italia*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, 2422.

<sup>9</sup> Cfr. G. ROMA, *Un altro passo verso l'invioabilità del Presidente della Repubblica? (il caso della c.d. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro)*, in *Giur. cost.* 1999, 2915 ss.; M. RUOTOLO, *Napolitano intercettato. Quella volta che al telefono c'era Scalfaro...*, in *ilsussidiario.net*, 22 luglio 2012.; A. ANZON, *La motivazione del ricorso presidenziale contro la Procura di Palermo: qualche osservazione critica*, in *rivistaaic.it*, 7. Secondo questa prospettiva sembrerebbero porsi pure G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio della Costituzione*, in *La Repubblica*, 17 agosto 2012 e F. CERRONE, *Presidente della Repubblica e magistratura: conflitto o leale collaborazione?*, in *rivistaaic.it*, 4 ss. Seppur in forma interrogativa in tal senso è anche la traccia per la discussione, punto 2.1. Pur ritenendo esclusa la possibilità di compiere intercettazioni nei confronti del Presidente della Repubblica, ritiene che un tale divieto non possa trarsi da una interpretazione estensiva dell'art. 7 della l. n. 219 del 1989 R. ORLANDI, *Le parole del Presidente (a proposito del conflitto fra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo, circa il destino di comunicazioni casualmente intercettate)*, in *forumcostituzionale.it*, Amicus curiae 2012 "Il Presidente intercettato", 7.

<sup>10</sup> Nello stesso senso anche le riflessioni di T.F. GIUPPONI, *Il conflitto cit.*, 4 ss.; D. VICOLI, *Immunità del Presidente della Repubblica e intercettazioni "casuali": silenzi normativi e previsioni espresse*, in *forumcostituzionale.it*, Amicus curiae 2012 "Il Presidente intercettato", 6 e, ci sembra, R. ORLANDI, *Le parole cit.*, 3.

<sup>11</sup> La Corte costituzionale nella citata sent. n. 154 del 2004 ebbe anche modo di riconoscere che «operare la distinzione, nell'ambito delle "esternazioni", fra quelle riconducibili all'esercizio delle funzioni presidenziali e quelle ad esse estranee può risultare, in fatto, più difficile di quanto non sia distinguere nel campo dei comportamenti o degli atti materiali, o anche di quanto non sia distinguere fra opinioni "funzionali" ed "extrafunzionali" espresse dai membri di un'assemblea rappresentativa, che si differenzia dagli individui che ne fanno parte, laddove nel caso del Presidente l'organo è impersonato dallo stesso individuo: ma l'eventuale maggiore difficoltà della distinzione non toglie che essa sia necessaria».

in prima istanza, il compito di valutare la *funzionalità* o meno dell'attività presidenziale<sup>12</sup>. Ma - al di là del fatto che una cosa è valutare le esternazioni presidenziali, che sono dichiarazioni pubbliche (destinate al pubblico), altra invece sembra essere valutare comunicazioni e/o conversazioni riservate, non pubbliche (non destinate al pubblico)<sup>13</sup> - non verrebbe così violato il divieto di intercettazioni telefoniche previsto dalla l. n. 219 del 1989? Non sarebbe paradossale verificare *ex post* che talune conversazioni del Presidente della Repubblica non avrebbero dovuto essere intercettate? Ancora, non sarebbe paradossale che l'organo *competente* a procedere per i reati di cui all'art. 90 Cost. - il Comitato per le accuse, per conto del Parlamento in seduta comune - non possa neppure disporre intercettazioni nei confronti del Capo dello Stato, se non dopo la sua messa in stato d'accusa e sospensione dalla carica, mentre l'organo *non competente* per quei reati - l'autorità giudiziaria - possa trovarsi a valutare se conversazioni del Presidente della Repubblica direttamente intercettate siano o meno connesse alle funzioni? Soprattutto, non verrebbe così tradita la *ratio* che sta dietro al divieto posto dalla l. n. 219 del 1989, dal momento che la possibilità di sottoporre a intercettazione il Capo dello Stato per (supposti) reati extrafunzionali è in contrasto con la opposta esigenza di garantire la riservatezza delle sue comunicazioni in ragione delle delicate funzioni che egli è chiamato a svolgere?

Interpretare la l. n. 219 del 1989 nel senso che essa pone un generale divieto di intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica, salvo ovviamente che si proceda per i reati di cui all'art. 90 Cost., non deve necessariamente portare a concludere, però, che il Capo dello Stato gode, durante il settennato, di una sostanziale inviolabilità. Il divieto d'intercettazione di conversazioni del Capo dello Stato poco ha a che vedere con la responsabilità presidenziale extrafunzionale: ciò che dovrebbe considerarsi vietato è l'utilizzo, quale mezzo di ricerca della prova, della intercettazione, rimanendo invece legittime indagini penali nei confronti del Presidente della Repubblica per reati extrafunzionali<sup>14</sup>. Detto in altri termini, ciò che è vietato all'autorità giudiziaria ordinaria non è procedere nei confronti del Capo dello Stato per reati diversi da quelli di cui all'art. 90 Cost., ma compiere indagini circa quei reati sottoponendo a intercettazione le conversazioni del Presidente della Repubblica.

D'altra parte, non sarebbe certo questo l'unico caso, nel nostro ordinamento, in cui l'utilizzo delle intercettazioni viene limitato non in ragione del reato per cui si procede, come è generalmente previsto dall'art. 266 c.p.p., ma in ragione delle persone soggette a indagine penale.

Il riferimento è, come è ovvio, in primo luogo all'art. 68 co. 3 Cost., che prevede che per sottoporre i membri del Parlamento a intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni è richiesta l'autorizzazione della Camera di appartenenza: non è certo in discussione la possibilità per l'autorità giudiziaria di esercitare l'azione penale, ma viene limitato l'utilizzo delle intercettazioni<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> In tal senso M. RUOTOLO, *Napolitano intercettato cit.*; A. PIROZZOLI, *L'immunità del Presidente della Repubblica davanti alla Corte costituzionale: i dubbi della vigilia*, in *forumcostituzionale.it*; D. GALLIANI, *Il difficile conflitto: le intercettazioni al pari delle esternazioni?*, in *forumcostituzionale.it*, Amicus curiae 2012 "Il Presidente intercettato", 11.

<sup>13</sup> Sulla distinzione tra esternazione e manifestazione del pensiero cfr. T. MARTINES, *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, ora in ID., *Opere*, III, Milano 2000, 238 ss. e M. DOGLIANI, *Il «potere di esternazione» del Presidente della Repubblica*, in M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna 1997, 221 ss.

<sup>14</sup> È senz'altro vero, come ha osservato T.F. GIUPPONI, *Il conflitto cit.*, 4 s., che alla responsabilità extrafunzionale non debba necessariamente accompagnarsi la procedibilità nei confronti del Capo dello Stato già durante il settennato. E tuttavia la tesi della improcedibilità, che pure vanta il precedente del 1993, quando l'allora Procuratore della Repubblica di Roma ritenne non esistesse la possibilità «per disposizioni costituzionali» di procedere ad indagini nei confronti dell'allora Presidente Scalfaro, per supposti reati da lui compiuti quand'era Ministro dell'interno, ci sembra trovi un insormontabile ostacolo nel dettato dell'art. 90 Cost. In argomento, con diversi accenti, v. L. CARLASSARE, *Art. 90 cit.*, 150 ss.; G. FERRARA, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova 1995, 585 ss.; U. DE SIERVO, *La responsabilità penale del Capo dello Stato*, in M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna 1997, 345 ss.; M. CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato*, Milano 2008, 137 ss.; A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, Torino 2010, 151 ss.; A. PACE, *Le immunità*, cit.

<sup>15</sup> Si potrà dire, semmai, che il novellato art. 68, co. 3, Cost. ha poco senso, dal momento che le intercettazioni intanto sono un efficace mezzo di ricerca della prova in quanto il loro utilizzo sia ignoto al soggetto intercettato.

Ma il riferimento è, anche, all'art. 3, co. 2, l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, che dispone che finché durano in carica i giudici della Corte costituzionale godono della immunità accordata nel secondo comma dell'art. 68 della Costituzione ai membri delle due Camere. È ben noto come, dopo la revisione costituzionale di detto articolo avvenuta nel 1993, non sia affatto chiaro se l'immunità di cui godono i giudici costituzionali sia ancora quella originariamente prevista dai costituenti per i parlamentari o, invece, sia corrispondente a quella di cui al vigente art. 68 Cost.<sup>16</sup>. Quel che qui interessa porre in luce è che, quale che sia l'opzione interpretativa prescelta, non sembrano esserci dubbi che il regime delle intercettazioni nei confronti dei giudici costituzionali è diverso da quello comune: a seguire la prima linea di pensiero, esse dovrebbero intendersi del tutto vietate, non potendosi aprire nei loro confronti neppure un procedimento penale; a seguire la seconda, esse sarebbero soggette alla previa autorizzazione della Corte costituzionale.

Certo, esistono differenze significative tra questi due casi e il divieto di intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica che si è tratto dalla l. n. 219 del 1989: normativa di rango costituzionale quella riguardante i primi, di rango ordinaria quella che prevede il secondo; organi collegiali le Camere e la Corte costituzionale, organo monocratico il Capo dello Stato; infine, limite alla disposizione di intercettazioni superabile dietro autorizzazione del collegio di appartenenza quello previsto dagli artt. 68, co. 3, Cost. e 3, co. 2, l. cost. cit.<sup>17</sup>, divieto generale, salvo che si proceda per alto tradimento o attentato alla Costituzione, quello ricavabile dalla l. n. 219 del 1989. Tuttavia, l'esigenza che starebbe dietro a questo divieto – tutelare la riservatezza del Presidente della Repubblica in ragione delle delicate funzioni che gli sono attribuite dalla Costituzione: si pensi soltanto, tra le molte, alla Presidenza del Consiglio supremo di difesa – sembra poter giustificare un siffatto regime. Anche perché, ci sembra importante ripeterlo, tale divieto non delineerebbe una irresponsabilità (anche) extrafunzionale del Capo dello Stato, rendendolo esente dalla giurisdizione penale, ma impedirebbe soltanto l'utilizzo durante le indagini penali delle intercettazioni quale mezzo di ricerca della prova. Insomma, trattamento sì derogatorio rispetto al regime comune, ma che ci sembra non irragionevole e, comunque, non tale da estendere alle attività extrafunzionali del Presidente della Repubblica l'irresponsabilità prevista dall'art. 90 Cost. solo per gli atti funzionali.

D'altro canto, se si ritenesse implausibile questa interpretazione non potrebbe che concludersi nel senso che in relazione alle intercettazioni di conversazioni e/o comunicazioni il Presidente della Repubblica ha una tutela assai inferiore a quella di ciascun parlamentare e di ciascun giudice costituzionale: il che francamente, in virtù del ruolo che svolge nel nostro ordinamento costituzionale il Capo dello Stato, ci sembrerebbe fuor di logica.

#### **4. Una ulteriore e ancora diversa questione: l'intercettazione casuale di conversazioni del Presidente della Repubblica.**

Quanto siamo andati sinora dicendo potrebbe senz'altro impedire, in diritto, che siano disposte nei confronti del Presidente della Repubblica intercettazioni *dirette*, ovvero intercettazioni effettuate ponendo sotto controllo le sue utenze, e intercettazioni *indirette*, ovvero intercettazioni effettuate ponendo sotto controllo le utenze dei suoi interlocutori abituali con l'intenzione di accedere nella sua sfera di comunicazione<sup>18</sup>, ma non può impedire che siano casualmente, e dunque imprevedibilmente,

---

<sup>16</sup> Cfr. sul punto, anche per indicazioni bibliografiche, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 48 s.

<sup>17</sup> Sempre che, ovviamente, per i giudici costituzionali si accolga la seconda delle opzioni interpretative cui si è sopra fatto cenno.

<sup>18</sup> Si osservi, peraltro, che su questa posizione sembra porsi anche la difesa della Procura della Repubblica di Palermo: cfr. § 3.

captate una o più sue conversazioni<sup>19</sup>: quest'ultimo fatto non può essere impedito perché, come ha lucidamente messo in evidenza la difesa della Procura di Palermo, «un divieto può avere ad oggetto una condotta volontaria, non un fatto fortuito»<sup>20</sup>. Ciò, tuttavia, non crediamo possa far venir meno l'esigenza di garantire il massimo grado di riservatezza alle comunicazioni del Presidente della Repubblica – sempre che, ovviamente, si ritenga condivisibile quanto si è affermato nel § 3<sup>21</sup> – di modo che si è portati a ritenere che eventuali intercettazioni fortuite di conversazioni del Capo dello Stato dovrebbero essere distrutte, con modalità tali che il loro contenuto non possa essere in alcun modo reso conoscibile né tantomeno di dominio pubblico<sup>22</sup>.

Il nodo è, allora, esattamente questo, che poi è lo stesso che è sotteso al conflitto tra Presidente della Repubblica e Procura della Repubblica di Palermo, traendo la vicenda origine proprio dalla intercettazione casuale di conversazioni telefoniche del primo<sup>23</sup>. Tale nodo riguarda, come si sa, la sorte di dette intercettazioni casuali, ovvero, nel silenzio del legislatore, quale sia il procedimento da seguire per distruggerle: se quello previsto dall'art. 268 c.p.p., come vorrebbe la Procura di Palermo, o se quello previsto dall'art. 271 c.p.p., come ritiene invece il Capo dello Stato.

---

<sup>19</sup> Per la distinzione tra intercettazione dirette, indirette e casuali (o fortuite) v. Corte cost. sent. n. 390/2007.

<sup>20</sup> Memoria difensiva, § 8, ma analogamente nel § 6.

<sup>21</sup> *Contra*, ad es., F. CERRONE, *Presidente cit.*, 3; A. ANZON, *La motivazione cit.*, 9 s.

<sup>22</sup> Del procedimento attraverso il quale, forse, può giungersi alla distruzione si dirà *infra* nel testo. Vogliamo qui immediatamente segnalare che ci rendiamo conto che questo è un punto assai delicato della questione controversa, forse anche il più delicato, giacché detta distruzione impedirebbe la tutela della posizione dei terzi (*recte*, delle persone sottoposte a indagini), che dal contenuto delle intercettazioni potrebbero in ipotesi ottenere un vantaggio processuale (è la preoccupazione manifestata, in particolare, da M. RUOTOLO, *Napolitano intercettato cit.* e A. PIROZZOLI, *L'immunità cit.*, 8). In altri termini, l'esigenza di riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato farebbe premio sul diritto di difesa dei soggetti sottoposti a indagini, che verrebbe totalmente sacrificato. È evidente che in questo modo le intercettazioni casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica verrebbero poste su di un piano assai diverso rispetto a quello sul quale si collocano le intercettazioni casuali di conversazioni dei parlamentari, in relazione alle quali la Corte costituzionale ha escluso la conformità a Costituzione di «un meccanismo integralmente e irrimediabilmente demolitorio che omette qualsiasi apprezzamento delle posizioni dei terzi, anch'essi coinvolti in quelle conversazioni» (Corte cost., sent. n. 390/2007). Tuttavia, potrebbe osservarsi che questo diverso regime non necessariamente sarebbe irragionevole. Innanzitutto, dovrebbe tenersi nel debito conto che la normativa vigente, quando prevede la distruzione delle intercettazioni inutilizzabili, già contempla l'ipotesi della irrilevanza del contenuto di una conversazione intercettata; tra l'altro, dalla distruzione di una intercettazione dichiarata inutilizzabile ben potrebbe derivare il sacrificio degli interessi di alcuni dei soggetti sottoposti a indagini: si pensi al caso di una intercettazione che dimostrasse l'estraneità ai fatti contestati di uno dei soggetti coinvolti nel procedimento penale, ma inutilizzabile perché la conversazione registrata intercorreva tra un difensore e altro soggetto sottoposto a indagini. In secondo luogo, dovrebbe considerarsi che, come si vedrà *infra* nel testo, qualora siano disposte ed eseguite intercettazioni dirette e indirette non casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica, dovrà in ogni caso procedersi alla loro distruzione, *indipendentemente dal loro contenuto*, perché eseguite in violazione del divieto posto dalla l. n. 219 del 1989; anche in tali circostanze, peraltro, potrebbero venire sacrificati gli interessi di un terzo: si pensi al caso in cui intercettazioni del genere abbiano captato una conversazione del Presidente della Repubblica con altro soggetto sottoposto a indagini, il quale potrebbe ritenere che il contenuto di detta conversazione presenti significativi elementi a suo favore. Infine, potrebbe riflettersi sulla circostanza per cui tra i due interessi in gioco – la riservatezza delle comunicazioni presidenziali e il diritto di difesa dei soggetti sottoposti a indagini – il primo è diretto alla tutela non tanto della persona fisica Presidente della Repubblica, quanto delle delicate funzioni che egli esercita e, con esse, degli interessi nazionali sottesi.

<sup>23</sup> Crediamo peraltro utile e necessario fare una precisazione sul punto. La tesi che andiamo sostenendo implica il divieto di intercettazione di qualsivoglia conversazione del Presidente della Repubblica e la necessaria distruzione delle intercettazioni fortuite, *indipendentemente e, anzi, a prescindere dal loro contenuto*. Tale posizione è, per questa parte, analoga a quella sostenuta dal Capo dello Stato nel ricorso con il quale è sollevato il conflitto (cfr. in particolare 2.2., ove si afferma che il divieto di utilizzare le intercettazioni “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”). Diversa sembra essere invece la posizione della Procura della Repubblica di Palermo, che quando dichiara che “avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento qualsivoglia eventuale comunicazione telefonica in atti diretta al Capo dello Stato non ne prevede alcuna utilizzazione investigativa o processuale, ma esclusivamente la distruzione da effettuare con l'osservanza delle formalità di legge” sembra implicitamente affermare che, laddove le intercettazioni fossero state ritenute rilevanti ai fini del procedimento, esse sarebbero state utilizzate.

A dirla tutta, il legislatore è silente anche per il caso di eventuali intercettazioni dirette o indirette di conversazioni del Presidente della Repubblica che siano state autorizzate dal giudice o, anche, disposte dal p.m. nel caso di cui all'art. 267, co. 2, c.p.p.<sup>24</sup> Tuttavia, in casi del genere sembrerebbe possibile l'estensione in via analogica della disciplina prevista dall'art. 271 c.p.p., poiché si potrebbe sostenere che intercettazioni del genere siano state (disposte ed) eseguite «fuori dei casi consentiti dalla legge», come per l'appunto recita la disposizione in esame. Anzi, l'illegittimità di intercettazioni del genere sarebbe talmente radicale che, forse, potrebbe addirittura applicarsi l'art. 240 c.p.p., che detta la disciplina da seguire per la distruzione delle intercettazioni illegali<sup>25</sup>. Sarebbe da chiedersi, semmai, se il procedimento previsto dall'art. 271 c.p.p., soltanto il giudice potendo autorizzare la distruzione, sia in grado di garantire la riservatezza delle conversazioni del Presidente della Repubblica, facendo in modo che esse siano distrutte senza che il loro contenuto sia conoscibile né tantomeno reso pubblico. La Corte di Cassazione, difatti, ha affermato che «ove la questione sorga davanti al g.i.p. e sia costui competente a ordinare la distruzione (avendo dichiarato l'inutilizzabilità) la procedura che deve seguire non può che essere quella camerale, ex art. 127 c.p.p., l'unica in grado, in questa fase, di garantire il più ampio contraddittorio fra le parti»<sup>26</sup>. A tale riguardo, potrebbe ritenersi che dinanzi al giudice il contraddittorio non dovrebbe vertere, appunto, sul contenuto delle conversazioni registrate – che sarebbe in ogni caso irrilevante, se si reputa preminente l'esigenza di tutelare la riservatezza delle conversazioni del Capo dello Stato - ma soltanto sulla sussistenza o meno della causa di inutilizzabilità: in altre parole, sulla circostanza che sono state intercettate conversazioni del Presidente della Repubblica<sup>27</sup>.

Ma torniamo alla vicenda concreta e, dunque, alle intercettazioni casuali. Se si ritiene costituzionalmente necessario tutelare la riservatezza delle conversazioni del Capo dello Stato, l'applicazione dell'art. 268 c.p.p. per procedere alla loro distruzione, come vorrebbe la Procura, non sembra essere una soluzione convincente: difatti, tanto la valutazione sulla rilevanza delle intercettazioni che il giudice è chiamato a compiere quanto quella serie di operazioni che detta disposizione prevede (trascrizione sommaria del contenuto delle comunicazioni; ascolto delle registrazioni ad opera delle parti interessate; eventuale trascrizione integrale delle stesse) andrebbero decisamente nel senso contrario a quella esigenza. Soprattutto, la scelta di seguire il procedimento previsto dalla disposizione in esame, da un lato, presuppone l'utilizzabilità delle intercettazioni casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica se rilevanti per le indagini o il processo penale<sup>28</sup>, e, dall'altro, non esclude che uno o più degli imputati manifesti l'interesse a che siano trascritte le conversazioni registrate<sup>29</sup>: il che, evidentemente, sarebbe ancor più in contrasto con quella primaria esigenza.

Esclusa pertanto l'utilizzabilità della procedura di cui all'art. 268 c.p.p., bisognerà valutare se anche per le intercettazioni casuali sia utilmente applicabile l'art. 271 c.p.p. che, se interpretato nel senso di cui si è detto, potrebbe consentire di tutelare l'esigenza di riservatezza delle comunicazioni del Presidente della

---

<sup>24</sup> Il silenzio del legislatore, d'altra parte, si estende anche al caso delle intercettazioni eccezionalmente disposte, ex art. 7, co. 4, l. n. 219 del 1989, dal Presidente del Comitato parlamentare per le accuse: tale disposizione, difatti, si limita a stabilire che in caso di mancata convalida da parte del Comitato del provvedimento con il quale il Presidente ha disposto le intercettazioni, detto provvedimento s'intende revocato e resta privo d'ogni effetto, senza dire nulla dunque sulla sorte delle eventuali registrazioni che nel frattempo siano state effettuate.

<sup>25</sup> In tal senso anche F. PATERNITI, *Riflessioni cit.*, 27 ss., che sembra però ritenere utilizzabile tale disposizione anche per il caso delle intercettazioni casuali (sulle quali v. invece quanto si dirà subito *infra*).

<sup>26</sup> Cass., sez. II, 26 maggio 2009, n. 25590, citata da R. ORLANDI, *Le parole cit.*

<sup>27</sup> Una siffatta interpretazione dell'art. 271 c.p.p. è stata proposta, in una intervista a *La Repubblica* del 30 luglio 2012 (“Per il Colle come per gli avvocati quelle telefonate vanno distrutte”) dal Procuratore della Repubblica di Catania Giovanni Salvi. Cfr. altresì M. AINIS, *Le istituzioni cit.* e M. PETRINI, *Intercettazioni telefoniche senza pace: il conflitto di attribuzioni tra Capo dello Stato e Procura della Repubblica di Palermo*, in *Archivio Penale*, 3/2012, 3 ss.

<sup>28</sup> Cfr. nt. 23.

<sup>29</sup> Il punto è colto altresì da D. VICOLI, *Immunità cit.*, 1.

Repubblica<sup>30</sup>. Tuttavia, in questo caso a prima vista appare più complicata una estensione in via analogica della disciplina ivi prevista: ciò perché per il loro essere imprevedibili le intercettazioni casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica non possono considerarsi vietate, di modo che neppure potrebbero ritenersi eseguite «fuori dei casi consentiti dalla legge». Per ritenere applicabile la disposizione in esame potrebbe però farsi leva sulla circostanza per cui l'art. 271 c.p.p. è rubricato «divieti di utilizzazione» e non «divieti di acquisizione» e che, pertanto, il legislatore con la formula «fuori dei casi consentiti dalla legge» si è voluto riferire non soltanto alle intercettazioni illegittime, ovvero acquisite in violazione di un divieto, ma anche a quelle «acquisite *secundum legem*, divenute inutilizzabili per circostanze o situazioni successive all'operazione acquisitiva»<sup>31</sup>, tra le quali allora potrebbero farsi rientrare le intercettazioni casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica.

## 5. Considerazioni conclusive, con un auspicio.

Ammesso che l'esito del percorso di riflessione appaia convincente, fondato com'è su un'esigenza di riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica implicitamente ricavabile dal sistema costituzionale a tutela della posizione e delle delicate funzioni che il Capo dello Stato è chiamato a svolgere, quel che sembra difficilmente contestabile è che in tema d'intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica la l. n. 219 del 1989 detta pochissime regole e che solo con un notevole sforzo interpretativo, dagli esiti incerti, possono ricavarsi per via analogica altre regole che possano disciplinare altri casi e, in particolare, quello da cui è scaturita la vicenda che ha dato origine all'*Amicus curiae* virtuale. Ben si comprendono, allora, quegli interventi che ritengono che la Corte costituzionale potrebbe, prima di risolvere il conflitto, sollevare dinanzi a sé questione di legittimità costituzionale delle norme del codice di procedura penale o, forse più correttamente, della l. n. 219 del 1989<sup>32</sup>, per dettare poi – o attraverso una sentenza interpretativa o, anche, con una sentenza additiva – la regola che si ritenga costituzionalmente obbligata<sup>33</sup>.

Perseguire questa strada, peraltro, crediamo avrebbe significativi vantaggi.

Innanzitutto, attraverso un intervento diretto sul significato normativo di disposizioni di rango legislativo verrebbe individuata una regola certa, che non sia fonte di incerte interpretazioni. È vero che ciò potrebbe accadere anche solo decidendo il conflitto, la cui soluzione necessariamente dovrebbe essere preceduta dalla individuazione, appunto, della regola applicabile al caso. È noto, però, come in tal modo la regola individuata sarebbe vincolante solo per la vicenda oggetto del conflitto, mentre potrebbe fungere solo da precedente, anche se senza dubbio particolarmente qualificato, per eventuali casi analoghi futuri.

Soprattutto, un intervento manipolativo della Corte costituzionale giustificerebbe gli opposti esiti interpretativi cui sono giunti la Procura della Repubblica di Palermo e la Presidenza della Repubblica<sup>34</sup>:

---

<sup>30</sup> Nel caso delle intercettazioni casuali, difatti, sembra radicalmente da escludere la possibilità di fare riferimento all'art. 240 c.p.p. relativo alle intercettazioni illegali.

<sup>31</sup> R. ORLANDI, *Le parole del Presidente cit.* 11. Cfr. altresì C. PANNACCIULLI, *La riservatezza cit.*, 11 s., che ritiene che la distruzione potrebbe essere ordinata dal gip in assenza di contraddittorio.

<sup>32</sup> Sulla autoremissione quale possibile soluzione v. M. RUOTOLO, *Napolitano intercettato cit.*; L. CARLASSARE, nell'intervista rilasciata a B. BORROMEO, *“Il verdetto della Corte non è affatto scontato”*, in *Il fatto quotidiano*, 14 settembre 2012; A. PIROZZOLI, *L'immunità cit.*, 8 s. e, ora, A. ANZON, *La motivazione cit.*, 10 s.

<sup>33</sup> Tra l'altro, ci sembra che nel caso in esame un intervento manipolativo della Corte neppure potrebbe considerarsi invasivo della competenza del Legislatore: analoga vicenda, come è noto, s'era già verificata durante la Presidenza Scalfaro e, nonostante in quel caso la conversazione del Capo dello Stato fosse stata addirittura pubblicata su un quotidiano e la questione fosse stata oggetto di diverse interpellanze parlamentari, sfociate anche nell'intervento in Aula dell'allora Ministro della Giustizia Flick, in quindici anni il Parlamento non ha ritenuto di dettare alcuna norma in materia. Sulla vicenda v. l'accurata ricostruzione, con note critiche, di G. ROMA, *Un altro passo cit.*, 2883 ss.

<sup>34</sup> Si può notare, al riguardo, che al medesimo esito interpretativo era giunta, nel caso riguardante il Presidente Scalfaro, la Procura della Repubblica di Milano. Il Procuratore Borrelli, difatti, dichiarò: «tutte le risultanze di un procedimento penale



la regola individuata dalla Corte consentirebbe di risolvere il caso concreto che ha dato origine alla vicenda e, conseguentemente, il giudice dei conflitti potrebbe non doversi più pronunciare sul merito.

Forum di Quaderni Costituzionali

---

non possono non essere messe a disposizione delle parti. Poi potranno essere distrutte dal g.i.p., ma c'è sempre un primo momento in cui devono essere messe a disposizione (...), se c'è una norma che mi impone di cancellare le intercettazioni, fatemelo sapere» (le parole sono riportate da G. ROMA, *Un altro passo cit.*, 2891, nt. 22).