

INTERCETTAZIONI TELEFONICHE FORTUITE E MENOMAZIONE DELLE ATTRIBUZIONI PRESIDENZIALI*

1. Premessa. – 2. Tre considerazioni preliminari. – 3. I fatti all'origine del conflitto. – 4. Le basi giuridiche del conflitto. I vizi procedimentali. – 5. L'infondatezza del ricorso nel merito e le critiche della sentenza su di esso. – 6. Le contraddizioni della sentenza. La discutibile "rilettura" dell'art. 271 c.p.p. – 7. Il riconoscimento al giudice del potere di valutare le intercettazioni. – 8. Quesito finale: e la riservatezza del Premier e dei ministri?

1. Premessa

Sono grato al prof. Francisco Balaguer e all'Università di Granada – di cui ho avuto già l'onore di essere stato ospite più volte, sin da quando vi insegnava l'indimenticabile Juan José Ruiz Rico – per l'invito ad introdurre l'odierno seminario sulla sentenza 15 gennaio 2013, n. 1 della Corte costituzionale italiana: una sentenza di grande importanza in quanto affronta per la prima volta, non solo in Italia, il problema particolarissimo della disciplina delle intercettazioni "accidentali" (o "fortuite" o "casuali") delle comunicazioni telefoniche del Capo dello Stato.

Confesso che non sarebbe stata mia intenzione di prendere parte al dibattito scientifico su tale decisione, avendo, con altri colleghi, difeso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo nel giudizio promosso dal Presidente della Repubblica dinanzi alla Corte costituzionale.

Tuttavia, l'aver associato nello stesso giorno a questo seminario la presentazione dei recenti "Scritti" in mio onore – il che mi lusinga oltre ogni dire – ha fatto venir meno, come nebbia al sole, tutti i miei scrupoli anche perché la discussione di questo problema in un'ottica comparatistica può essere particolarmente fruttuosa dal punto di vista scientifico.

2. Tre considerazioni preliminari

Talune premesse sono d'obbligo: 1) con riferimento al contesto politico-istituzionale nel quale la sentenza è stata resa; 2) al rilievo particolare, come "parte in causa" del Presidente della Repubblica nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato; 3) alle differenze intercorrenti tra una sentenza resa nel conflitto tra poteri e una sentenza resa nel giudizio di legittimità costituzionale di una disposizione di legge.

Con riferimento al primo punto, deve essere tenuto presente il particolarissimo ruolo svolto dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano a seguito delle dimissioni da Presidente del Consiglio rassegnate da Silvio Berlusconi e della successiva nomina di Mario Monti. Essendo la maggioranza parlamentare del Governo Monti "trasversale" perché composta dei tre maggiori partiti presenti in Parlamento: PDL, PD e UDC (di cui i due all'opposizione), il Capo dello Stato ha svolto a partire dal novembre 2011 e per tutta la durata del Governo Monti, un indiscusso ruolo di sostegno del Governo, legittimato dalla unanime stima dei maggiori partiti e dalla grande popolarità nell'opinione pubblica. Di qui la preoccupazione, non del solo Presidente Napolitano, che la diffusione del contenuto delle intercettazioni casuali, come già era avvenuto in

* Introduzione al seminario di studio su «La sentenza della Corte costituzionale italiana n. 1 del 2013 e l'immunità del Presidente della Repubblica» (Università di Granada, Facoltà di giurisprudenza, 22 marzo 2013).

precedenza al Presidente Scalfaro¹, potesse danneggiare, insieme con popolarità del Presidente, la stabilità del Governo in un momento di gravissima crisi economico-finanziaria.

Con riferimento al secondo punto non può che condividersi, almeno nei casi in cui vengano in discussione le prerogative del Capo dello Stato, quanto osservato da Gustavo Zagrebelsky con la sua autorità di costituzionalista e di ex Presidente della Corte costituzionale. Nella recente riedizione della *Giustizia costituzionale*, egli sottolinea che, essendo anche il Presidente, come la Corte, sia pure a titolo diverso, “custode della Costituzione”, c’è «qualcosa che stona, quando il Presidente della Repubblica è parte attiva del conflitto». E aggiunge: «È inimmaginabile che, nel giudizio da lui promosso, possa soccombere. Sarebbe un fatto contrario alla saldezza delle istituzioni costituzionali, istituzioni che entrambi sono tenuti a difendere. In questi casi, il conflitto si trasforma, di fatto, da giudizio a parità delle armi tra i contendenti, in uno strumento del presidente, imbarazzante per la Corte, per ottenerne un avallo, o una copertura»².

Le stesse perplessità l’autorevole studioso le aveva coraggiosamente espresse già prima, in un ampio articolo sul quotidiano *La Repubblica*³ (poco dopo il deposito del ricorso del Presidente Napolitano in Corte costituzionale) che però avevano suscitato le reprimende di Eugenio Scalfari, fondatore ed ex direttore di quel quotidiano⁴, dalle quali traspariva la preoccupazione che il non accoglimento del ricorso avrebbe potuto determinare le dimissioni del Presidente Napolitano.

Infine, con riferimento al terzo punto, deve essere evidenziato che la decisione in commento è stata resa dalla Corte costituzionale in occasione di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. La Corte, all’esito di tale giudizio, statuisce se un potere dello Stato – intendendosi con esso l’organo costituzionale deputato a dichiarare “definitivamente” la volontà del potere cui appartiene – abbia invaso o comunque menomato le attribuzioni spettanti ad un contrapposto potere. E la Corte lo fa dichiarando la “spettanza” o la “non spettanza” del potere in contestazione e, se del caso, disponendo l’annullamento dell’atto lesivo delle attribuzioni costituzionali. L’accertamento della spettanza del potere viene effettuato alla luce delle “norme” costituzionali, per tali intendendosi i principi e le disposizioni costituzionali, le disposizioni legislative che le integrano nonché le norme consuetudinarie costituzionali.

Proprio perché la Corte deve decidere se c’è stata o meno una “violazione” con conseguente “menomazione” del potere ricorrente, la decisione della Corte, in questo tipo di giudizio, deve pertanto essere “netta”: o sì o no. In altre parole, il dispositivo non può basarsi sulla “manipolazione” del significato normativo della disposizione legislativa determinativa della “competenza”, rilevante ai fini della decisione. Per contro la “manipolazione” del significato normativo della disposizione legislativa sottoposta al giudizio della Corte è possibile, anzi frequente, in sede di giudizio di legittimità costituzionale sia nelle sentenze di accoglimento che in quelle di rigetto.

Pertanto se – per decidere che un potere abbia o meno invaso o menomato la sfera delle attribuzioni di un altro potere – la Corte fosse costretta a manipolare una norma, ciò vorrebbe dire che quella norma, con quel dato significato, non preesisteva al giudizio per conflitto, e quindi l’accoglimento o il rigetto del conflitto avverrebbe in un quadro normativo mutato.

Il che è appunto avvenuto nel caso di specie.

¹ Un analogo caso di intercettazione indiretta e occasionale, nel quale fu coinvolto l’allora Presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro, avvenne il 12 novembre 1993 sull’utenza dell’amministratore delegato della Banca Popolare di Novara. Tale intercettazione era stata disposta dalla Procura della Repubblica di Milano e il suo contenuto venne pubblicato sul quotidiano *Il Giornale* il 27 febbraio 1997. Il Presidente Scalfaro non sollevò alcun conflitto ma in Senato, in data 7 marzo 1997, furono svolte numerose interpellanze al Ministro della Giustizia. Il comportamento della Procura di Milano fu ritenuto ineccepibile. Da più parti si auspicò una legge che garantisse in tali la riservatezza delle comunicazioni presidenziali attribuendo al giudice il potere di distruggere la documentazione quando sia irrilevante per il procedimento. V. Atti Sen., 146^a seduta pubblica, Resoconto stenografico, 7 marzo 1997.

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.

² G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II ed., il Mulino, Bologna, 428.

³ G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio della Costituzione*, ne *la Repubblica*, 17 agosto 2012, 1.

⁴ E. SCALFARI, *Perché attaccano il Capo dello Stato*, ne *la Repubblica*, 19 agosto 2012, 1. V. la replica di G. ZAGREBELSKY, *Il Colle, le Procure e lo spirito della Costituzione*, ivi, 23 agosto 2012, 1. I timori sulle conseguenze politico-istituzionali sono evidenti nell’articolo di E. MAURO, *Un giornale, le Procure e il Quirinale*, ivi, 24 agosto 2012, 1.

3. I fatti all'origine del conflitto

L'iniziativa giudiziaria del Capo dello Stato in questo conflitto nasce da un'intervista. Alla domanda se tra le comunicazioni telefoniche dell'ex ministro degli Interni Nicola Mancino, sottoposte ad intercettazione nel corso delle indagini sulla così detta "trattativa" tra lo Stato italiano e la Mafia negli anni tra il 1992 e il 1994, ce ne fossero talune indirizzate al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, il sostituto procuratore intervistato, dott. Antonino Di Matteo, aveva affermato che «*Negli atti depositati non c'è traccia di conversazioni del capo dello Stato e questo significa che non sono minimamente rilevanti*». L'intervista veniva pubblicata sul quotidiano *La Repubblica* del 22 giugno 2012. L'Avvocato generale dello Stato, sollecitato dal Segretario generale presso la Presidenza della Repubblica, scriveva pochi giorni dopo, il 27 giugno, al Procuratore della Repubblica di Palermo, dott. Francesco Messineo, chiedendogli la conferma o la smentita dell'avvenuta intercettazione di conversazioni telefoniche nelle quali fosse parte il Presidente della Repubblica. Il Procuratore della Repubblica così rispondeva il 6 luglio: «*Le comunico che questa Procura, 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*».

Tale risposta stava quindi a significare che l'intercettazione, essendo stata valutata come irrilevante per il procedimento in corso, sarebbe stata distrutta a seguito di un'udienza in camera di consiglio alla presenza dei difensori degli altri indagati ai sensi dell'art. 269 comma 2 c.p.p., con il che il contenuto delle intercettazioni sarebbe divenuto assai probabilmente di pubblico dominio. Pertanto il Presidente della Repubblica sollevava, senza ulteriori indugi, in data 30 luglio, il conflitto di attribuzioni contro la Procura di Palermo.

Nel costituirsi in giudizio il Procuratore della Repubblica di Palermo rendeva noto che le intercettazioni sulle utenze intestate all'ex ministro Mancino erano state complessivamente 9.295, in quattro delle quali l'interlocutore era il Presidente della Repubblica.

4. Le basi giuridiche del conflitto. I vizi procedimentali

Quali le basi giuridiche del conflitto? Nel ricorso l'Avvocatura generale dello Stato sosteneva che «*le intercettazioni delle conversazioni cui partecipa il Presidente della Repubblica, ancorché indirette e occasionali, sono (...) 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*». A sostegno della tesi venivano richiamati gli artt. 3⁵ e 90⁶ Cost. e l'art. 7, commi 2 e 3 della legge 5 giugno 1989, n. 219⁷ e nelle conclusioni si chiedeva «*che l'Ecc.ma Corte adita dichiari 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 (ir)rilevanza offrendole all'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p.*».

Si badi bene: nel ricorso si chiedeva alla Corte costituzionale di imporre alla Procura di Palermo, e cioè al pubblico ministero, di non valutare la rilevanza delle intercettazioni e di disporre la distruzione. Ma questo potere, ai sensi degli artt. 269 e 271 c.p.p., compete non al pubblico ministero ma al giudice. Pertanto il ricorrente pretendeva dalla Procura una prestazione inesigibile.

A seguito di tale eccezione mossale dalla Procura, l'Avvocatura generale dello Stato successivamente (ma irritualmente) modificava le conclusioni del ricorso nel senso, ben diverso, che a procedere alla distruzione dovesse essere il giudice e non il pubblico ministero⁸. Dal canto suo, la Corte riteneva, assai be-

⁵ L'art. 3 Cost. garantisce il principio di eguaglianza, ma nella giurisprudenza costituzionale individua anche il principio di razionalità/ragionevolezza.

⁶ Art. 90 Cost.: «Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione. // In tali casi è messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri».

⁷ Art. 7, commi 2 e 3, legge 5 giugno 1989, n. 219: «2. Devono in ogni caso essere deliberati dal comitato i provvedimenti che dispongono intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione, ovvero perquisizioni personali o domiciliari, nonché quelli che applicano misure cautelari limitative della libertà personale nei confronti degli inquisiti. // 3. Nei confronti del Presidente della Repubblica non possono essere adottati i provvedimenti indicati nel comma 2 se non dopo che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica».

⁸ Così nelle conclusioni della memoria illustrativa del Presidente della Repubblica in data 23 novembre 2012.

nevolmente⁹, che sulla base di una lettura complessiva del ricorso, il ricorso introduttivo fosse interpretabile in questo senso¹⁰.

Poiché in questa sede ci interessano soprattutto i profili sostanziali del conflitto, non approfondisco ulteriormente quelli processuali. Va tuttavia avvertito che la decisione di ritenere ammissibile il ricorso del Presidente contro la Procura della Repubblica ancorché questa non sia competente a distruggere le intercettazioni ha spiegato delle conseguenze sulla struttura della sentenza. Vediamo quali.

Nel dispositivo della sentenza la Corte dichiara «*che non spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo di valutare la rilevanza delle intercettazioni di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica, operate nell'ambito del procedimento penale n. 11609/08*» e «*che non spettava alla stessa Procura della Repubblica di omettere di chiedere al giudice l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni indicate, ai sensi dell'art. 271, comma 3, del codice di procedura penale, senza sottoposizione della stessa al contraddittorio tra le parti e con modalità idonee ad assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate*».

Ma ciò che avrebbe dovuto fare il giudice – la qual cosa era divenuta il vero oggetto del contendere, a seguito della modifica delle conclusioni – sta nell'ultimo paragrafo della motivazione (n. 16 cons. dir.) e non nel dispositivo della sentenza, con la conseguenza, che il giudice avrebbe potuto non adeguarsi alla prescrizione della Corte, e quindi decidere, in accordo con l'orientamento interpretativo della Corte di cassazione (v. *infra* § 6), di adottare la sua decisione nell'udienza camerale ex art. 127 c.p.p. alla presenza dei difensori delle altre parti.

5. L'infondatezza del ricorso nel merito e le critiche della sentenza su di esso

Nel merito, la tesi dell'Avvocatura era «*che la sfera di immunità che la Costituzione riserva al Capo dello Stato non costituisce un inammissibile privilegio, legato ad esperienze ormai definitivamente superate. Al contrario, le prerogative che la Costituzione attribuisce al Capo dello Stato sono strettamente funzionali agli altissimi compiti che è chiamato a sostenere nell'espletamento della citata funzione di garanzia complessiva del corretto andamento del sistema che egli esercita, mantenendo, appunto, l'unità della Nazione. È del tutto evidente che, nell'espletamento di questi compiti, al Presidente della Repubblica deve essere assicurato il massimo di libertà di azione e di riservatezza, appunto perché alcune attività che egli pone in essere, e certamente non poco significative, non hanno un carattere formalizzato*»¹¹.

Questa impostazione (e cioè che le intercettazioni, ancorché accidentali, contrastino con l'immunità presidenziale) è stata seguita nella gran parte del "considerato in diritto" della sentenza, dedicato dalla Corte alla illustrazione dei poteri formali e informali del Presidente che ne giustificerebbero la "riservatezza assoluta" (n. 9 cons. dir.) sulla base di una asserita interpretazione sistematica¹². Sia tale impostazione sia la diffusa elencazione dei poteri presidenziali sollevano però delle perplessità. La prima, perché nella giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 10 e 11 del 2000, 24 del 2004 e 262 del 2009) è stata sempre seguita la tesi che le prerogative costituzionali, in quanto derogatorie del principio costituzionale di eguaglianza, debbano necessariamente rinvenire un loro esplicito fondamento in norme costituzionali¹³. La seconda, perché irrilevante. Tale illustrazione sarebbe stata rilevante solo se nella controversia si fosse discusso della ricorrenza o meno di un'ipotesi di irresponsabilità del Capo dello Stato ai sensi dell'art. 90 Cost., oppure se si

⁹ Si pensi al ricorso promosso dall'ex Presidente della Repubblica Cossiga che venne dichiarato ammissibile nonostante nelle conclusioni mancasse la richiesta di annullamento delle due sentenze della Corte di Cassazione contestate nel ricorso. V. Corte cost. ord. n. 455 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 3745 ss., con osservazione critica di A. PACE, "Habent sua sidera lites": la discutibile ammissibilità del ricorso per conflitto tra poteri di un ex Presidente.

¹⁰ La Corte ha sostenuto che «sulla base di una lettura complessiva dell'atto di promovimento» si poteva pervenire ad una soluzione opposta, in quanto nel ricorso il ricorrente non avrebbe disconosciuto che «la distruzione del materiale probatorio debba passare attraverso il vaglio del giudice» (*sic!*). In altre parole, per il fatto che nel ricorso era stato citato *en passant* l'art. 271 c.p.p. che intesta al giudice il potere di distruggere le intercettazioni, l'aver indicato nelle conclusioni solo il pubblico ministero non sarebbe stato risolutivo.

Per una severa critica della sentenza, sotto questo aspetto, v. L. CARLASSARE, *Napolitano, la Consulta e i dubbi che restano*, ne il manifesto, 17 gennaio 2013, 1.

¹¹ Ricorso, pag. 7.

¹² V. il n. 8.1. cons. dir., ed ivi l'affermazione che «la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema».

¹³ Condivisibili i rilievi, sotto questo profilo, di A. ANZON DEMMIG, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, nella *Rivista AIC*, 2013, n. 1, che sottolinea come la Corte, in questa sentenza, abbia in parte abbandonato il rigore delle precedenti sentenze (nn. 24 del 2004 e 262 del 2009) per l'individuazione delle prerogative costituzionali.

fosse dovuto valutare la legittimità o la liceità di atti o comportamenti che avessero intenzionalmente violato le attribuzioni del Presidente. Orbene, mentre, quanto al primo punto, è la stessa sentenza che esclude la ricorrenza, nella specie, dell'art. 90 Cost. (n. 12 cons. dir.), quanto al secondo è la stessa Corte ad ammettere che le intercettazioni contestate erano accidentali. Quindi non è certo la quantità e qualità delle attribuzioni presidenziali che avrebbe potuto renderle "vietabili".

È bensì vero che più è vasta la sfera delle attribuzioni di un potere dello Stato e più si estende l'area del divieto, ma il divieto (come il permesso) può concernere gli atti e comportamenti volontari, non i fatti fortuiti, la responsabilità per i quali, nel nostro ordinamento, può tutt'al più rilevare in talune ipotesi civilistiche di responsabilità oggettiva¹⁴, ma mai penalisticamente (ex art. 27 comma 1 Cost.)

Ho detto che questa impostazione è stata seguita nella gran parte del "considerato in diritto", non in tutta la motivazione. Nel n. 14, affrontando il punto nodale del conflitto – sul se le intercettazioni "casuali" delle interlocuzioni del Presidente della Repubblica dovessero ritenersi vietate alla pari delle intercettazioni "dirette" (con la conseguenza che le une e le altre avrebbero potuto ritenersi ricomprese nel divieto previsto dall'art. 7 comma 3 della legge n. 219 del 1989) – la Corte respinge una siffatta equiparazione ribadendo così, pur non richiamandola, la propria giurisprudenza concernente le intercettazioni casuali delle comunicazioni telefoniche dei parlamentari, ritenute non equiparabili alle perquisizioni disciplinate dall'art. 68 Cost. (sentenze nn. 390 del 1997, 213 e 214 del 2010)¹⁵.

L'argomentazione della Corte sul punto è importante, e merita di essere letta con attenzione: «Se l'intercettazione è stata casuale, cioè non prevedibile né evitabile, il problema non è quello di affermare il suo divieto preventivo, che, in via generale, esiste, ma non è applicabile nella fattispecie – anche per le modalità tecniche della relativa esecuzione – proprio per la casualità e l'imprevedibilità della captazione (considerazione che priva, tra l'altro, della sua necessaria premessa logica la richiesta del ricorrente di dichiarare che non spettava agli inquirenti non interrompere la registrazione delle conversazioni)».

Ciò significa che la Corte distingue "un divieto specifico" da un "divieto preventivo in via generale" che essa desume dalla tutela della "riservatezza assoluta" delle funzioni presidenziali (nn. 8-10 cons. dir.) con specifico riferimento all'«essenziale protezione delle attività di equilibrio e raccordo tra poteri dello Stato» (n. 14)¹⁶. Un tale "divieto preventivo generale" – che ha suscitato talune condivisibili perplessità¹⁷ – non svolge però alcun rilievo pratico ai fini del decidere, perché, come ammette la stessa Corte, «non è applicabile nella fattispecie – anche per le modalità tecniche della relativa esecuzione – proprio per la casualità e l'imprevedibilità della captazione».

Ma c'è di più. La Corte non solo nega che le intercettazioni accidentali possano essere oggetto di specifico divieto (tant'è che ritiene priva della sua necessaria premessa logica «la richiesta del ricorrente di dichiarare che non spettava agli inquirenti non interrompere la registrazione delle conversazioni»), ma aggiunge, sotto il profilo della responsabilità del Procuratore della Repubblica di Palermo, che la posizione di «chi si trovi occasionalmente di fronte ad una conversazione captata nel corso di una attività di controllo legittimamente mirata verso un altro soggetto» è ben diversa dalla «posizione di chi deliberatamente interferisce in modo illegittimo nella sfera di riservatezza di un organo costituzionale». E dunque il Procuratore della Repubblica di Palermo non poteva essere ritenuto responsabile.

Ma se le intercettazioni occasionali non costituiscono oggetto di divieto e il Procuratore della Repubblica non può essere considerato responsabile, come può essersi verificata una menomazione delle attribuzioni

¹⁴ Artt. 2048, 2049, 2050, 2054 del codice civile. Ma v. anche G. COTTINO, voce *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, 377 ss.

¹⁵ Nella sent. n. 390 del 2007, al n. 5.3., la Corte, nell'escludere l'applicabilità dell'art. 68 Cost. alle intercettazioni "fortuite" a danno di un parlamentare, aveva giustamente rilevato che «l'eventualità che l'esecuzione dell'atto sia espressione di un atteggiamento persecutorio (...) resta esclusa, di regola, proprio dalla accidentalità dell'ingresso del parlamentare nell'area di ascolto». Per la stessa ragione, con riferimento alla sentenza in commento, le intercettazioni "fortuite" delle conversazioni del Presidente della Repubblica non costituivano espressione di un atteggiamento persecutorio e quindi non potevano nemmeno costituire una volontaria violazione della sfera di riservatezza del Presidente della Repubblica.

¹⁶ La Corte, per dimostrare che anche le intercettazioni casuali delle interlocuzioni presidenziali sarebbero vietate in via generale, sostiene, al n. 14, che dalla premessa che «il fatto fortuito non può essere vietato» non consegue che le intercettazioni casuali siano consentite, perché il livello di tutela della riservatezza del Presidente non può abbassarsi per effetto di circostanze non previste. È certamente esatto che le intercettazioni casuali non possono dirsi consentite, ma per una ragione diversa da quella addotta dalla Corte. Infatti, solo i comportamenti volontari possono essere oggetto di permesso e di divieto. Il fortuito non è disciplinabile né in un senso né nell'altro (cfr. *supra* § 5).

¹⁷ Ha sottolineato infatti M. OLIVETTI, *Quella sentenza fa storia (ma rafforza qualche dubbio)*, in *Avvenire*, 17 gennaio 2013, 2, la necessità di una «maggiore prudenza rispetto all'idea di una riservatezza assoluta per gli atti informali del Capo dello Stato, che rischia di essere configurato come una specie di "grande tutore occulto della Costituzione"».

zioni presidenziali? Come può essere possibile che il caso fortuito possa determinare la menomazione delle attribuzioni costituzionali del Presidente della Repubblica o di un qualsiasi altri potere dello Stato?

6. Le contraddizioni della sentenza. La discutibile “rilettura” dell’art. 271 c.p.p.

Dunque la Corte, confermando la sua precedente giurisprudenza, esclude nel n. 14 che un’intercettazione fortuita di un’interlocuzione possa costituire oggetto di divieto. Di qui l’ovvia conseguenza che il divieto delle intercettazioni telefoniche previsto dall’art. 7 comma 3 l. n. 219 del 1989 non possa estendersi alla intercettazioni fortuite delle interlocuzioni.

Sorprende perciò l’errore nel quale la Corte cade nel successivo n. 15, allorché identifica nell’art. 271 comma 3 c.p.p. la disposizione che consentirebbe la distruzione delle intercettazioni “fortuite”. Tale disposizione – argomenta la Corte – «*prevede che il giudice disponga la distruzione della documentazione delle intercettazioni di cui è vietata l’utilizzazione ai sensi dei precedenti commi dello stesso articolo, in particolare e anzitutto perché “eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge”, salvo che essa costituisca corpo di reato. Per le ragioni fin qui illustrate le intercettazioni delle conversazioni del Presidente della Repubblica ricadono in tale ampia previsione, ancorché effettuate in modo occasionale*».

Così argomentando la Corte sbaglia due volte. La prima volta sbaglia a proposito del comma 1, in quanto l’inutilizzabilità delle intercettazioni disposta da tale comma riguarda le sole intercettazioni che «*siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge*», che quindi non può applicarsi alle intercettazioni occasionali delle interlocuzioni, essendo stato escluso poco prima che queste possano costituire oggetto di divieto.

La Corte sbaglia, una seconda volta, anche a proposito del comma 2, in forza del quale sono inutilizzabili «*le intercettazioni relative a comunicazioni delle persone indicate nell’art. 200 comma 1, quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione*»¹⁸. Fermo restando che le previsioni dei primi due commi dell’art. 271 c.p.p. sono entrambe tassative¹⁹, non si vede come le funzioni del Presidente della Repubblica possano essere ritenute strutturalmente e funzionalmente analoghe a quelle svolte tanto dal professionista nei confronti del suo cliente quanto dal ministro del culto nei confronti del fedele che gli confessa i suoi peccati.

Ma c’è di più. La Procura di Palermo, nei suoi atti di causa, aveva tempestivamente eccepito che sia la Corte di cassazione²⁰ che la dottrina²¹, ritengono, nell’interpretazione dell’art. 271 c.p.p., che anche la distruzione delle intercettazioni eseguita in forza di tale disposizione, non diversamente dagli artt. 268 e 269 c.p.p., debba essere disposta in camera di consiglio ai sensi dell’art. 127 c.p.p. e quindi nel rispetto della garanzia costituzionale del diritto di difesa e del principio del contraddittorio (artt. 24 e 111 comma 2 Cost.). La Corte costituzionale evidentemente ha ritenuto di non adeguarsi.

Ne consegue che la Corte ha non solo applicato una disposizione – l’art. 271 c.p.p. – a vario titolo inapplicabile alla specie (v. *supra*), ma ad essa ha dato un significato diverso da quello comunemente ritenuto in giurisprudenza e dottrina. L’accoglimento del ricorso è quindi avvenuto in un quadro normativo retroattivamente innovato dalla stessa Corte costituzionale, il che non rientra nei poteri del giudice dei conflitti tra poteri (v. *supra* § 2)²².

¹⁸ E cioè i ministri di culto, gli avvocati, gli investigatori privati, i consulenti tecnici e i notai, i medici, i chirurghi, ecc.

¹⁹ La giurisprudenza ritiene che le ipotesi di divieto debbano essere considerate tassative. V. Cass., sez. I pen., 17 dicembre 1999, n. 790, in *Cass. pen.* 2001, 569; Cass., sez. IV pen., 17 settembre 2004, n. 49306, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 5, 1878; Cass., sez. IV pen., 28 febbraio 2005, n. 20130, in *Giur. it.*, 2006, 583; Cass., sez. VI pen., 24 novembre 2009, n. 48968, *CED* 2009, 245542 e in *Cass. pen.*, 2010, fasc. n. 12, 4311; Cass., sez. V pen., 13 marzo 2009, n. 14783, *CED* 2009, 243609.

²⁰ V. in tal senso Cass. pen., sez. VI, 26 aprile 2007, n. 33810; Id., 2 aprile 2009, n. 14461, *CED* 243515, la quale esclude che la distruzione possa avvenire nel procedimento incidentale “*de libertate*”, in quanto postula «*una statuizione di inutilizzabilità processualmente insuscettibile di modifiche che faccia escludere la possibilità di utilizzazione futura nell’ambito del processo anche a carico di altri coimputati a seguito di autonome e diverse valutazioni del giudice competente*».

²¹ L. FILIPPI, *Art. 271*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Commentario al codice di procedura penale*, Ipsoa, Milano, 2007, 1998 ss.; così anche O. DOMINIONI, P.M. CORSO, R. GAITO, G. SPANGHER, *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2010, 319; A. GAITO, *Codice di procedura penale commentato*, Utet, Torino, 2012, 618. In questo senso v. anche F. CORDERO, *Se la procedura resta una cosa seria*, ne *la Repubblica*, 25 luglio 2012, 26; Id., *La geometria del diritto*, ivi, 6 dicembre 2012, 35.

²² Di ciò, come anche della stranezza della possibilità di menomazioni “fortuite” alle attribuzioni costituzionali del Presidente, non si è accorto nessuno dei commentatori che ha plaudito alla sentenza n. 1 del 2013 all’indomani del comunicato della Corte costituzionale.

Né è sostenibile, come da taluno opinato, che la Corte costituzionale, per superare l'ostacolo del "diritto vivente", avrebbe dovuto sollevare incidentalmente dinanzi a se stessa, nel corso del giudizio per conflitto tra poteri, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 271 c.p.p. per contrasto con l'art. 3 Cost., sostenendo l'irrazionalità dell'indefettibilità del diritto di difesa e del principio del contraddittorio quando si tratti di intercettazioni "fortuite" di conversazioni processualmente irrilevanti del Presidente della Repubblica.

Tale questione sarebbe stata infatti inammissibile per irrilevanza sul giudizio *a quo*²³, perché l'art. 271 c.p.p., così manipolato, avrebbe avuto una portata ancor più manifestamente innovativa e quindi non avrebbe potuto costituire la norma alla luce del quale risolvere il conflitto tra poteri.

7. Il riconoscimento al giudice del potere di valutare le intercettazioni

Come avvertito all'inizio, il destino della vicenda processuale culminata con la sentenza n. 1 del 2013 era segnato già sul suo nascere. In primo luogo perché il rigetto del ricorso avrebbe reso possibile la diffusione del contenuto delle intercettazioni accidentali, che sarebbe stato esiziale per il delicatissimo equilibrio su cui si reggeva il contesto politico-istituzionale qualora fosse consistito anche solo in un apprezzamento del Capo dello Stato poco meno che positivo di uno dei *leader* della maggioranza parlamentare che sosteneva il Governo Monti. In secondo luogo perché la Corte costituzionale si sarebbe trovata in grave imbarazzo a contraddire il Capo dello Stato a proposito di quelle che egli ritiene essere le prerogative della sua funzione.

La Corte costituzionale, pur a prezzo di notevoli violazioni a norme processuali e sostanziali e di alcune contraddizioni interne, ha aggirato siffatti ostacoli giungendo ad una conclusione della vicenda processuale tutto sommato accettabile anche se con qualche riserva.

Se da un lato la Corte ha ammesso l'impossibilità di vietare le intercettazioni occasionali delle interlocuzioni, dall'altro, sostanzialmente "legiferando" in materia coperta da riserva di legge (con riferimento alle competenze del pubblico ministero e del giudice: artt. 112 e 101 Cost.), ha infatti cercato di dare una disciplina delle conseguenze delle intercettazioni occasionali del Presidente della Repubblica.

Esclusa una tutela *ex ante* della riservatezza del Presidente, la Corte l'ha però recuperata *ex post*, ma non mediante ricorso all'apposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio sul contenuto di quella intercettazione che fosse stata ritenuta pregiudizievole per la stabilità delle istituzioni – come prospettato dalla difesa della Procura²⁴ –, bensì imponendo «*alle autorità che hanno disposto ed effettuato le captazioni l'obbligo di non aggravare il vulnus alla sfera di riservatezza delle comunicazioni presidenziali, adottando tutte le misure necessarie e utili per impedire la diffusione del contenuto delle intercettazioni*» (n. 14 cons. dir.).

La Corte non ha accolto perciò le radicali richieste dell'Avvocatura generale dello Stato secondo le quali la Procura di Palermo, una volta acquisite le intercettazioni, avrebbe dovuto chiederne al giudice l'immediata distruzione²⁵. Che proprio questa fosse la soluzione accolta dalla Corte costituzionale era stato bensì adombrato nell'immediatezza dello stringato comunicato stampa diffuso dalla Corte lo stesso giorno dell'udienza²⁶. Alla luce di esso si era infatti ritenuto da qualche giornalista che il giudice avrebbe dovuto

²³ Art. 23 legge 11 marzo 1953, n. 87.

²⁴ Ovviamente qualora il Presidente del Consiglio avesse riscontrato la ricorrenza di una delle ipotesi previste dall'art. 39 della legge 3 agosto 2007, n. 124. Analogamente nel settembre 2012 si era mosso nel Regno Unito l'*Attorney General* ponendo il veto sulla diffusione di alcune lettere del Principe di Galles.

²⁵ La tesi dell'immediata distruzione da parte del pubblico ministero era stata subito fortemente criticata dalla Procura di Palermo. In caso di suo accoglimento – era stato eccepito –, si sarebbe reso *ex se* illecito anche l'ascolto occasionale nel contesto di un'intercettazione debitamente autorizzata; si sarebbe impedito al magistrato penale di prendere cognizione del contenuto della comunicazione sia pure al fine di apprezzare la sussistenza di un illecito a carico di altro soggetto; si sarebbe determinato un effetto preclusivo ed estintivo a favore dell'altro/i soggetto/i partecipanti al colloquio, non protetti da alcuna irresponsabilità e quindi soggetti alla giurisdizione penale per il contenuto delle comunicazioni effettuate; si sarebbe imposto al magistrato la immediata distruzione delle intercettazioni contenenti l'ascolto occasionale solo in apparente applicazione dell'art. 271 c.p.p. Inoltre, come si legge a p. 31 della memoria di costituzione della Procura di Palermo, «Una volta accolto il ricorso del Presidente della Repubblica, i magistrati sarebbero indotti, nel dubbio, ad astenersi dal disporre intercettazioni a carico di tutti coloro che, ancorché sottoposti ad indagine penale, potrebbero avere titolo, in ragione di attuali o pregressi rapporti o funzioni precedenti svolte, a comunicare direttamente con il Presidente della Repubblica».

²⁶ Comunicato della Corte costituzionale del 4 dicembre 2012: «*La Corte costituzionale in accoglimento del ricorso per conflitto proposto dal Presidente della Repubblica ha dichiarato che non spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo di valutare la rilevanza della documentazione relativa alle intercettazioni delle conversazioni telefoniche del Presidente della*

procedere alla distruzione senza minimamente valutare il contenuto delle intercettazioni, con conseguente manifesta violazione dell'indipendenza dei giudici (art. 101 comma 2 Cost.).

Al n. 16 la Corte riconosce bensì che le intercettazioni occasionali del Presidente della Repubblica debbano essere distrutte, ma nell'ultimissimo paragrafo aggiunge che, ferma in ogni caso «l'esclusione della procedura camerale "partecipata", l'Autorità giudiziaria dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.). In tali estreme ipotesi, la stessa Autorità adotterà le iniziative consentite dall'ordinamento».

Il che dovrebbe significare che il giudice dovrà disporre la distruzione dell'intercettazione casuale non immediatamente, come si era temuto, ma solo se, a suo giudizio, l'intercettazione casuale: 1) non contenga elementi rilevanti per il processo con riferimento al quale le indagini erano state disposte; 2) non contenga *notitiæ criminis*²⁷; 3) non contenga prove di non colpevolezza rilevanti in altri giudizi²⁸.

La sentenza non include tra i principi costituzionali supremi di cui il giudice dovrà tener conto né il diritto di difesa né il principio del contraddittorio, ancorché la Corte li abbia qualificati tali²⁹. Ma l'esclusione doveva ritenersi scontata perché questo era l'obiettivo del ricorso del Presidente e quindi la ragion d'essere della pronuncia.

Ciò nondimeno, solleva perplessità l'autonomo apprezzamento del giudice circa l'irrilevanza del contenuto dell'intercettazione con riferimento al processo nel quale le indagini erano state disposte. Limitatamente a questa ipotesi la presenza dei difensori potrebbe essere esclusa solo se l'irrilevanza fosse assoluta. E ciò per evitare che un domani si dica che «*Quel giudice non (aveva) in corpo lo Spirito santo: forse sballa(va) definendo irrilevante qualcosa d'utile o sta(va) affossando materiale costituente corpo del reato*»³⁰.

8. Quesito finale: e la riservatezza del Premier e dei ministri?

Resta un punto di non secondaria importanza. La tutela *ex post* della riservatezza, dal quale consegue la particolare procedura di valutazione e di distruzione delle intercettazioni fortuite testé esaminata, costituisce un'esclusiva dello *status* del Presidente della Repubblica o si estende anche ai titolari di altri organi costituzionali?

Il quesito ha una ragione d'essere, in quanto il Presidente della Repubblica, pur con tutte le attribuzioni puntualmente sottolineate dalla Corte, non ha "poteri attivi" dal punto di vista operativo³¹. La stessa Corte, nella sentenza in commento, ha del resto utilizzato (n. 8.3. cons. dir.) il noto sintagma "*potere di persuasione*" proprio in considerazione dei poteri "non attivi" che ne caratterizzano il ruolo e le funzioni³².

Orbene, un'intercettazione fortuita di un'interlocuzione telefonica del Presidente del Consiglio e di un Ministro, detentori l'uno e l'altro di "poteri attivi" connessi a competenze operativamente più importanti di quelle del Presidente della Repubblica, non merita forse un trattamento quanto meno analogo a quello del

Repubblica, captate nell'ambito del procedimento penale n. 11609/08 e neppure spettava di omettere di chiederne al giudice l'immediata distruzione ai sensi dell'articolo 271, 3° comma, c.p.p. e con modalità idonee ad assicurare la segretezza del loro contenuto, esclusa comunque la sottoposizione della stessa al contraddittorio delle parti».

²⁷ V. *ex multis* Cass. pen. sez. VI, 9 marzo 1983, *Piermaria*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 421; Cass. pen. sez. VI, 16 aprile 1984, *De Salve*, in *Giust. pen.*, 1986, III, p. 339; App. Genova, 22 febbraio 1986, *Agnese e altro*, in *Difesa pen.*, 1986, fasc. n. 11/12, p. 82; Cass., pen., sez. IV, n. 2596, *A.E.*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 284; Cass. pen. sez. I, 2 marzo 2010, n. 16293, *A e altro*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2684; Cass. pen. sez. V, 5 novembre 2010, n. 4951. *G.*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 199; Cass. pen. Sez. II, 7 luglio 2011, n. 64 in *Guida al dir.*, 2012, n. 15, p. 77; Cass. pen. sez. V, 23 febbraio 2012, n. 12252, *B. e altro*, in *CED Cass. pen.*, 2012, rv 251924.

²⁸ In questo senso v. Cass. pen. Sez. II, 23 aprile 2010, n. 19699, in *CED Cass.* 2010, rv 247104: «Il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi attiene solo alla valutazione degli stessi come elementi di prova e non anche come notizia di reato ai fini dell'avvio di nuove indagini e dell'acquisizione di ulteriori fonti probatorie. (Fattispecie di utilizzazione ai fini dell'adozione di sequestro probatorio)». Nello stesso senso v. anche Cass. pen. Sez. IV, 3 ottobre 2006, n. 2596, in *Cass. pen.* 2008, p. 284.

²⁹ Ne lamenta la mancata considerazione A. ANZON DEMMIG, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, cit.

³⁰ Così F. CORDERO, *La geometria del diritto*, cit.

³¹ Poteri che proprio perché non sono attivi non implicano la responsabilità politica e giuridica del Presidente della Repubblica, questa gravando sui Ministri controfirmanti (art. 89 Cost.). V. la nota seguente.

³² In questo senso v. P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 317 ss. ne parlava con riferimento ai 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. In questo senso, v. tuttora P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, XIII ed., Cedam, Padova, 2011, 234 ss.

Capo dello Stato, in considerazione della delicatezza delle funzioni da loro svolte e dell'importanza politica, giudiziaria, economica e finanziaria che potrebbe avere la conoscenza accidentale "da parte di terzi" di una interlocuzione del Premier o di un Ministro?

Amesso che a tale quesito si dia una risposta positiva, è sperabile che tanto la decisione sugli ambiti soggettivi dell'estensione della tutela della riservatezza degli organi costituzionali estesa al caso fortuito, quanto la concreta disciplina delle forme di tutela *ex post* venga effettuata dal legislatore con maggiore approfondimento dei dettagli di quanto effettuato nella sentenza commentata. Non quindi dalla Corte costituzionale con un'altra sentenza resa in un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.