

PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E MAGISTRATURA: CONFLITTO O LEALE COLLABORAZIONE?

1. Più volte, da quando il Presidente della Repubblica ha deciso di sollevare conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato nei confronti della Procura della Repubblica di Palermo, è stata sottolineata la *normalità* di questo evento: il Presidente ritiene che la Procura palermitana abbia leso una sua competenza, costituzionalmente garantita, e si rivolge perciò alla Corte costituzionale, sollevando appunto il conflitto, per veder ristabilita la legalità costituzionale. Non solo autorevoli giuristi, come Giuliano Amato e Valerio Onida, ma la stessa Presidenza della Repubblica hanno avvalorato questa lettura del conflitto. Non ci sarebbe dunque nulla di dirimpante nel conflitto sollevato dal Presidente ed in particolare nessuna polemica, oltre quella inerente la questione strettamente giuridica implicata dal conflitto, opporrebbe la Procura di Palermo al Capo dello Stato, in particolare nessuna polemica sulle indagini concernenti la c.d. trattativa stato-mafia, svolte da quella Procura. In effetti, più volte Napolitano ha sottolineato l'esigenza che la magistratura possa e debba svolgere le proprie indagini su temi così delicati in modo che sia possibile accertare verità anche dolorose e che tocchino responsabilità di uomini delle istituzioni.

In contrapposizione a questa lettura del conflitto che ha inteso moderarne il profilo politico-costituzionale, la maggior parte dei commentatori, per lo più con opinioni orientate a sostegno delle tesi fatte proprie dal Capo dello Stato, hanno invece sostenuto che il conflitto in questione è spia di una devastante, eccezionale e drammatica crisi istituzionale che oppone Presidente della Repubblica e Magistratura ma che coinvolge anche la politica e la stampa. Il conflitto investe, ha sostenuto per esempio Azzariti, *“da un lato, il potere dei giudici e l'estensione dei loro strumenti d'indagine, dall'altro le prerogative del presidente della Repubblica. Ciò che viene chiesto al giudice costituzionale è, dunque, di ridisegnare nientemeno che la forma di governo nei suoi rapporti tra l'istituzione giudiziaria e quella presidenziale”* (Il Manifesto, 17.7.2012). Zagrebelsky, in un suo articolo su *la Repubblica* del 17 agosto, ha scritto di una *“causa dai caratteri eccezionali, senza precedenti”*. Michele Ainis ha sottolineato *“tutta la difficoltà del verdetto che spetta alla Consulta. E sarà un verdetto memorabile, una pronuncia storica”* (Corriere della sera, 1.9.2012) Non mi sembra utile riassumere gli argomenti di coloro che sono già intervenuti e che sono ben noti. Vorrei invece osservare che l'incalzare degli eventi e dell'azione dei soggetti protagonisti della vicenda sembra sempre più sottrarre argomenti alla prima tesi.

Dopo che i giornali hanno potuto scrivere sui contenuti della memoria di costituzione in giudizio della Procura di Palermo, con il consueto strascico di polemiche dovute alla estrapolazione di frammenti di essa ritenuti particolarmente polemici nei confronti della tesi sostenuta dalla Presidenza della Repubblica, il 16 ottobre la stampa ha riferito su un intervento di Napolitano, reso nel corso dell'inaugurazione della Scuola della magistratura, intervento del resto subito pubblicato sul sito web del Quirinale. In questo intervento, il Presidente ribadisce *“il massimo apprezzamento e sostegno sempre espresso dalla Presidenza della Repubblica per tutti gli Uffici e i magistrati antimafia che a partire da Palermo hanno portato avanti con fermezza, fino all'estremo sacrificio, la lotta contro la criminalità organizzata, in nome dei principi di giustizia e progresso civile consacrati nella nostra Costituzione”*. Il Capo dello Stato, inoltre, ha di nuovo polemizzato con coloro – forze politiche e giornali – che avrebbero impropriamente mescolato o confuso la vicenda del conflitto con quella della trattativa stato-mafia, cioè *“con il travagliato percorso delle indagini giudiziarie sulle ipotesi di trattativa Stato-mafia negli anni '90, insinuando nel modo più gratuito il sospetto di interferenze -*

smentite da tutti gli interessati - da parte della Presidenza della Repubblica". Senonché, nel proprio discorso il Presidente ha ampiamente richiamato la pubblicazione, in un volume, dei propri interventi in materia di giustizia; in tali interventi egli ha voluto inserire un carteggio con Loris D'Ambrosio, suo consigliere giuridico, improvvisamente scomparso lo scorso 26 luglio. Non solo, in quel carteggio, Napolitano lamenta i comportamenti di coloro che *"magistrati giornalisti o politici, non esitano a prendere per bersaglio anche lei e me"*; ma riporta quanto gli aveva scritto il dottor D'Ambrosio, il quale si professava estraneo ad ogni tentativo di pressioni o ingerenze *"che, anche minimamente, potessero tendere a favorire il senatore Mancino o qualsiasi altro rappresentante dello Stato"*, al tempo stesso, però, affermando: *"quel che, con espresso riguardo ai procedimenti sulle stragi, ho invece sempre ritenuto e poi stigmatizzato in qualunque colloquio, è che le criticità e i contrasti sullo svolgimento di quei procedimenti non giovano al buon andamento delle indagini che imporrebbero, per la loro complessità, strategie unitarie, convergenti e condivise oltre che il ripudio di metodi investigativi non rigorosi...Il procuratore generale della Cassazione, il procuratore nazionale antimafia, il Consiglio superiore della Magistratura, la Commissione parlamentare antimafia sanno bene che le criticità e i contrasti esistono e sono gravi, ma che a essi non si riesce a porre effettivo rimedio"*. I contrasti di cui parlava il dottor D'Ambrosio sono invece smentiti dal Procuratore aggiunto di Palermo, dottor Antonio Ingroia: su *la Repubblica* del 16 ottobre si riportano le seguenti sue dichiarazioni: *"Io tutti questi contrasti non li ho percepiti. In tempi piuttosto risalenti ci sono state delle divergenze di opinioni, che dopo i confronti e le riunioni alla direzione nazionale antimafia sono state superate. Ecco perché dico che da tempo, ormai, si procede su binari paralleli ma coordinati"*.

E' difficile allora sottrarsi alla impressione che la Presidenza della Repubblica valuti negativamente forme, modalità, aspetti delle indagini giudiziarie in questione. Sono in effetti ben note le polemiche, di cui ampiamente hanno scritto i giornali, che furono suscitate da conversazioni dello stesso dottor D'Ambrosio con il già sen. Mancino, nel corso delle quali il consigliere giuridico del Quirinale aveva parlato di interventi, certamente suoi, forse dello stesso Capo dello Stato, sia presso il Procuratore generale della Cassazione, sia presso il Procuratore nazionale antimafia, interventi che avrebbero avuto lo scopo di assicurare un miglior coordinamento fra le indagini svolte dalle Procure di Palermo e di Caltanissetta. Sarà allora anche vero che il tema del conflitto di attribuzioni sollevato dal Capo dello Stato non è connesso alla polemica sulle indagini concernenti la trattativa stato-mafia, ma sembra però difficile negare che una tale polemica esista e che essa susciti (o dovrebbe suscitare) nei cittadini grande inquietudine e pressanti interrogativi sulla correttezza ed opportunità dei comportamenti dei soggetti coinvolti: in cosa esattamente consistono i contrasti e le criticità di cui parlava il dottor D'Ambrosio e a chi sono imputabili? Se, viceversa, tali contrasti non sussistono, come sostiene il dottor Ingroia, cosa dobbiamo pensare dell'atteggiamento assunto dalla Presidenza della Repubblica? Infine: se il conflitto di attribuzioni sollevato dal Capo dello Stato deve essere tenuto distinto dalla polemica di cui si è detto, come sottrarsi però alla sensazione che un nesso fra quella polemica ed il conflitto possa essere rintracciato nelle circostanze di fatto in presenza delle quali il conflitto è stato sollevato, nel discredito e nella delegittimazione che ne sono derivati per le istituzioni, sia quelle della Magistratura, sia quella della Presidenza della Repubblica, poteri dello Stato oggetto di attacchi e di reazioni da parte di giornali e forze politiche? E' noto, del resto, che la notizia della decisione di Napolitano di sollevare il conflitto giunge dopo che l'opinione pubblica era stata informata non solo dell'esistenza delle intercettazioni indirette di conversazioni del Capo dello Stato con l'ex senatore Nicola Mancino, indagato, nei confronti del quale il gip aveva autorizzato l'intercettazione; ma anche di intercettazioni di conversazioni di Mancino con il dottor D'Ambrosio, il quale era stato anche ascoltato dai pubblici ministeri palermitani.

Il conflitto di attribuzioni che pende di fronte alla Corte, allora, appare di speciale rilevanza, certo, per la sua peculiare natura costituzionale, per la complessità delle questioni giuridiche che implica; ma anche per le particolari circostanze, sociali, politiche e giudiziarie che lo accompagnano e che segnano un tornante significativo della storia italiana, un tornante in cui, come spesso è accaduto in passato, non tutto appare in piena luce. Però, nonostante alcuni aspetti della intricata vicenda restino in ombra, le notizie circolate nell'opinione pubblica segnalano prima una preoccupazione, un allarme della Presidenza per la gestione

delle indagini – “travagliate”, si ricorderà, le qualifica Napolitano nel suo discorso surricchiato – sulla trattativa Stato-mafia; poi la decisione di sollevare il conflitto, dopo aver appreso da un’intervista al Sostituto Procuratore Di Matteo pubblicata su *Repubblica* del 22 giugno, che alcune conversazioni telefoniche fra il Capo dello Stato e Mancino erano state intercettate dalla Procura palermitana e che, benché ritenute irrilevanti per il procedimento e non depositate nei suoi atti, avrebbero potuto essere distrutte solo previa autorizzazione del gip e sentite le parti, secondo quanto dispone il comma 6 dell’art. 268 del c.p.p. Non vedo come, allora, possa considerarsi ardita e non ragionevole la supposizione che il Capo dello Stato, trovandosi nella condizione di vedere sue conversazioni private intercettate da magistrati sulla cui attività nutre perplessità non lievi, e valutando il contenuto di quelle conversazioni, abbia inteso agire energicamente con l’intento di sottrarsi al destino della divulgazione delle conversazioni medesime. Un’azione energica quanto si vuole ma ritenuta necessitata dal Presidente della Repubblica, a tutela di prerogative, a suo ritenere, ricomprese nella sfera dell’immunità presidenziale e che egli ha il compito ed il dovere di proteggere non tanto per sé ma per la tutela della Carica e delle sue funzioni, come asserito nel decreto presidenziale del 16 luglio 2012.

2. Senonché, a mio modo di vedere, è dubbio che fra le prerogative presidenziali possa annoverarsi una garanzia insuperabile di riservatezza delle comunicazioni. Non perché una garanzia di tal fatta non sia in sé desiderabile, a tutela della *privacy* di ciascun individuo, peraltro; ma perché, da un lato, limiti alla riservatezza provengono dal diritto di cronaca, dal diritto di difesa, dal principio del contraddittorio, dall’obbligo di esercizio dell’azione penale per il p.m.; dall’altro, perché probabilmente l’attacco più aggressivo e significativo alla riservatezza proviene dal *mercato* delle informazioni, dall’urto cioè dell’interesse economico contro la sfera della privatezza. La spinta dell’interesse economico, il suo potere di penetrare la cortina della riservatezza, è talmente forte da costituire una nuova condizione di base della valutazione giuridica. Chiunque, abbiamo detto, può trovarsi nella condizione di essere violato nella propria *privacy*: è una condizione comune, una eguale esposizione alle condizioni economiche, sociali, culturali dei nostri tempi. Il riconoscimento della sussistenza di questa condizione dovrebbe forse allora costituire la base di valutazioni sulla possibilità di ammettere una speciale prerogativa di assoluta riservatezza in capo al Presidente. Si comprende subito che una copertura totale delle comunicazioni presidenziali implicherebbe sacrificio drastico, come dicevamo, di diritti, vincoli e principi costituzionali: diritto di cronaca; diritto di difesa; obbligo di esercizio dell’azione penale in capo al pm; principio del contraddittorio (e non sarà inutile rammentare che tale principio non solo permea di sé tutto lo svolgimento del processo – “*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità*”, ecc.: comma 2 dell’art. 111 cost. – ma, più specificamente, intride la fase cruciale della formazione della prova – “*il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova*”: prima parte del comma 4, art. 111 cost. Ed il successivo comma 5 affida alla legge la disciplina dei “*casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita*”: dove fra i casi di formazione della prova fuori dal contraddittorio fra le parti non sono neppure adombrate esclusioni soggettive, imperniate sull’esigenza di proteggere personalità determinate mettendole al riparo dal contraddittorio nella formazione della prova). Ma una copertura totale, a favore del solo Presidente, apparirebbe anche come una frattura simbolica molto netta della condizione di pari dignità sociale e di eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, sancita dall’art. 3 cost., una frattura simbolica avvalorata dalla sussistenza di quella giuridica: il Presidente non è uguale a chiunque altro, non condivide con ognuno una medesima dignità sociale, “*senza distinzioni...di condizioni personali e sociali*”, poiché la sfera della sua riservatezza, solo la sua, è integralmente protetta, mentre nel mondo intero, non solo in Italia, la pressione degli interessi e del meccanismo dei *mass-media* non risparmia proprio nessuno, nemmeno le figure pubbliche più autorevoli. Non può sorprendere che, alla difesa della Procura palermitana, sia venuto in mente il paragone con l’invulnerabilità del monarca. A ritenere diversamente, bisognerebbe imboccare la strada, tutta in salita ripida, della presenza di un valore e di un principio, costituzionalmente

fondato, il cui integrale rispetto esiga di essere soddisfatto anche a costo del sacrificio totale dei summentovati diritti e principi costituzionali.

Da questo punto di vista, dunque, che tiene conto della sussistenza di diritti, principi e vincoli costituzionali che condizionano la configurazione della immunità del Presidente, non sembra residuo margini per ritenere che una tutela assoluta della *privacy* possa essere ammessa fra le prerogative presidenziali. Però, un tentativo è stato fatto in tal senso: ne è traccia nell'articolazione argomentativa del ricorso dell'Avvocatura, scritto per il Presidente a sostegno del conflitto sollevato da Napolitano; ma ne è traccia già in un discorso, pronunciato in Parlamento e risalente al 1997, dell'allora Ministro della Giustizia Flick, in risposta ad alcune interpellanze (su tutta la vicenda di allora, nata dalla pubblicazione sul *Giornale* del 27 febbraio 1997 del brogliaccio di un colloquio telefonico del Presidente Scalfaro con l'allora amministratore delegato della Banca popolare di Novara, si v. G. ROMA, *Un altro passo verso l'inviolabilità del Presidente della Repubblica? (il caso della cd. Intercettazione indiretta del Presidente Scalfaro)*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 2883 ss., che con argomenti convincenti e riferendosi a quella vicenda, aveva escluso che il Capo dello Stato potesse ritenersi titolare di una prerogativa, riconducibile alla tutela offerta dall'art. 90 cost., consistente nella protezione assoluta ed indefettibile della sua riservatezza). La tesi, non priva di una linearità e semplicità che va ascritta a suo pregio, è questa: la legge 5 giugno 1989, n. 219, art. 7, comma 2, stabilisce che spetta al comitato formato dai componenti delle due giunte della Camera e del Senato, competenti per le autorizzazioni a procedere, comitato previsto dall'art. 12, comma 1, della l. cost. 11.3.1953, n. 1, deliberare l'adozione di un provvedimento che disponga intercettazione telefonica a carico del Presidente della Repubblica, qualora nei suoi confronti si stia procedendo ad indagini dirette ad acclarare l'eventuale commissione dei reati di attentato alla Costituzione o di alto tradimento; ed il successivo comma 3 dispone che intercettazioni o altri provvedimenti limitativi delle libertà personale, di domicilio e di riservatezza del Presidente non potranno comunque essere adottati *“se non dopo che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione della carica”*. Se dunque intercettazioni dirette non possono essere disposte, a carico del Capo dello Stato, da parte dell'autorità giudiziaria, ed anzi neppure da parte del competente comitato parlamentare, che procede per ipotesi di reato di cui all'art. 90 cost., se prima il Presidente non è sospeso dalla carica, se ne dovrebbe ricavare che, sin tanto che una tale sospensione non sia stata disposta, egli sia tutelato pienamente da un rigoroso divieto di disporre a suo carico intercettazioni telefoniche dirette, anche in rapporto ad ipotesi di reati comuni e, *a fortiori*, di fronte ad ipotesi o fatti penalmente irrilevanti; e che una tale tutela dovrebbe estendersi *naturalmente* alle intercettazioni indirette e casuali, in cui sia rimasta impigliata una conversazione del Presidente. Riassumendo: se è vietato intercettare direttamente il Presidente, quando si procede per i reati presidenziali, a meno che la Corte costituzionale non lo abbia sospeso dalla carica, a maggior ragione sarà vietato intercettare (direttamente) le sue conversazioni qualora l'autorità giudiziaria proceda per reati comuni, non commessi nell'esercizio delle sue funzioni; e sarà altresì vietato utilizzare eventuali intercettazioni delle sue conversazioni captate indirettamente e casualmente, sicché l'unico destino che potrà attendere tali intercettazioni sarà quello della immediata distruzione, che la stessa Procura dovrebbe ordinare senza neppure chiedere un provvedimento al gip, come esplicitamente chiede l'Avvocatura nel suo ricorso.

Il ragionamento, dicevamo, sarà anche lineare ma non pare convincente. Non tanto per ragioni formali, in virtù delle quali il divieto di intercettazione è disposto, dal richiamato art. 7 della l. n. 219 del 1989, nel caso, solamente, che si proceda per i reati di cui all' art. 90 cost. e non per altri casi o per l'eventualità che l'intercettazione sia indiretta e casuale. Ma perché, nell'ipotesi regolata dall'art. 7 della l. n. 219, il divieto di intercettazione si situa all'interno di una complessa procedura che segnala una peculiare gravità ed eccezionalità di circostanze istituzionali, tale da indurre ad indagare sulla condotta presidenziale per accertare se egli non abbia commesso azioni riconducibili all'attentato alla costituzione o all'alto tradimento. Se ad indagini di una tale gravità bisognerà pur procedere, ad onta della delicatezza della crisi delle istituzioni repubblicane innescata dalle medesime indagini, sarà pur necessario – questa la logica implicita nella normativa in esame – che non si lasci il Presidente nell'esercizio delle sue funzioni e che lo si

sospenda dalla carica, onde attenuare la potenziale distruttività della crisi sul tessuto istituzionale. Siamo dunque al cospetto di una normativa pensata per fronteggiare situazioni di emergenza istituzionale e perciò di una normativa eccezionale, di cui deve ritenersi interdetta ogni interpretazione analogica e di cui un'interpretazione estensiva potrebbe ammettersi solo se adeguatamente argomentata. In altre parole, non ci si può limitare ad affermare che, siccome l'intercettazione diretta è vietata nel caso previsto dall' art. 7 l. n. 219 del 1989, allora il divieto deve estendersi anche al caso in cui l'intercettazione sia indiretta e casuale. Bisognerà far valere ragioni ulteriori che motivino una tale interpretazione estensiva, non è sufficiente il rinvio all'art. 7 succitato.

Si dirà che anche tali ulteriori ragioni sono state fatte valere, nel ricorso stilato dall'Avvocatura, e ancora una volta nel ricordato discorso in Parlamento dell'allora Ministro della Giustizia Flick, e da parte di alcuni commentatori sui giornali. Però, le ragioni in questione si riducono ad una: cioè che, in vista dell'esercizio delle sue alte e delicate funzioni e come garante della Costituzione e rappresentante dell'unità nazionale, il Presidente debba ritenersi investito di una garanzia di libertà della sua azione, garanzia che dovrà estendersi a tutte le attività *"che sono propedeutiche e preparatorie rispetto al compimento di atti tipici e pubblici attraverso i quali esercita formalmente i propri poteri: si tratta, dunque, di una immunità sostanziale e permanente imputata all'organo costituzionale e posta a protezione della persona fisica che ne è titolare"* (in tal senso, il ricorso presidenziale che ha sollevato il conflitto, p. 7). Giungiamo così al cuore di tutta la questione, al suo nocciolo: ma da esso, a mio modo di vedere, possono trarsi due temi, uno propriamente consistente nella questione costituzionale se le attività del Presidente della Repubblica debbano in astratto intendersi protette da una riservatezza assoluta ed invincibile, tale da connotare in via di principio la sua posizione costituzionale; l'altro, che può così riassumersi: se si esclude che una assoluta ed insuperabile garanzia della *privacy* del Capo dello Stato sia da ascriversi al ruolo del Presidente, possono tuttavia darsi circostanze tali da suggerire al Presidente di chiedere ed ottenere, dai magistrati che siano venuti in possesso, in forma indiretta e casuale, di sue conversazioni intercettate, nell'ambito di indagini di cui siano titolari; di chiedere ed ottenere, si diceva, in casi determinati e all'interno di un quadro di leale collaborazione, garanzie di tutela della riservatezza sui contenuti delle sue conversazioni?

3. Esaminiamo allora distintamente i due temi. Il primo è quello posto dal ricorso del Presidente e discusso da tutti i commenti che ho potuto leggere. Può dirsi che il Capo dello Stato, in virtù della irresponsabilità per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per attentato alla costituzione e per alto tradimento, come stabilito dall'art. 90 della Costituzione, debba ritenersi altresì investito da questo peculiare rafforzamento della sua riservatezza, un rafforzamento tanto esteso e così cogente da richiedere il sacrificio completo dei ricordati principi, vincoli e diritti costituzionali? A me pare che prevalgano ragioni per rispondere negativamente al quesito. Premesso che, come riterrei pacifico, una prerogativa consistente nella assoluta tutela della garanzia di riservatezza del Presidente non è mai entrata a comporre il quadro interpretativo che dottrina e giurisprudenza costituzionale hanno delineato, pur nella fisiologica sussistenza di contrasti interpretativi, commentando l'art. 90 cost., e che dunque è tutt'altro che certo che tale prerogativa rientri nell'immunità costituzionalmente riconosciuta al Capo dello Stato, direi che si stenta a reperire un fondamento argomentativo a favore della sussistenza della detta prerogativa, un fondamento che superi almeno la mera petizione di principio, l'affermazione che si pretende autoevidente. In effetti, non basta postulare l'esigenza che la riservatezza del Presidente sia protetta in termini e con modalità assolute ed integrali, in vista dell'esercizio delle sue funzioni, per ritenere assolto l'onere della motivazione sulla sussistenza di una tale riservatezza fra le prerogative che derivano dalla formulazione dell'art. 90 cost., poiché, al contrario, una tale postulazione è, appunto, semplice asserzione, non argomento. La postulazione non spiega, cioè, le ragioni per cui, in assenza di una tale prerogativa, il Presidente non sarebbe in condizione, in astratto o in via di principio, di svolgere le attività e le funzioni che costituzionalmente gli competono. La realtà, mi pare, è che la ricostruzione del ruolo complessivo del Capo dello Stato nel quadro dell'ordinamento costituzionale italiano è più fonte di dubbi che di certezze; e che i dubbi maggiori derivano

da ciò, che ricostruzioni teoriche indirizzate a far quadrare tutti i conti, a derivare tutte le conseguenze da premesse determinate, si scontrano poi con l'inevitabile fluidità di una materia come questa, dominata dalla figura di un organo costituzionale in cui non solo il ruolo delle prassi ed il peso delle circostanze e dei tempi è quasi sempre decisivo, ma la stessa personalità individuale della persona fisica che ricopre, *pro tempore*, la carica, è destinata a pesare in modi determinanti sulla ispirazione complessiva come sulle modalità di esercizio delle funzioni presidenziali. Tutta la materia, si diceva, è stata deliberatamente lasciata dal costituente in uno stato di grande di fluidità, senza tentare di fissare con troppa precisione il quadro delle prerogative riconosciute al Presidente, e non è difficile comprendere che una tale fluidità in tema di responsabilità del Presidente si lega alla fluidità del ruolo complessivo che il Capo dello Stato è chiamato a svolgere in diversi contesti storici.

Bisogna altresì riconoscere che è ben vero che una esigenza di protezione della libertà del Presidente è stata più volte sottolineata in dottrina, specie in vista dell'opportunità di proteggerlo da proditori attacchi politici, generati dal clima di imbarbarimento e degenerazione del conflitto politico in Italia. Ed è altresì vero, come ricordato da Leopoldo Elia nel dibattito parlamentare svoltosi nel 1997 sull'intercettazione del Presidente Scalfaro, che l'art. 277 del codice penale punisce chiunque attentati alla libertà del Presidente. Ma allora si tratterà di verificare, caso per caso, se tempi e circostanze hanno effettivamente determinato una lesione della libertà e dell'autodeterminazione del Presidente. Si pensi, ad esempio, alla diffusione, da parte dei *mass-media*, di una conversazione del Presidente da cui risulti che egli ha resistito ad insistenti ed insinuanti minacce o che alla sua azione si deve la soluzione di una delicata vertenza che abbia coinvolto la vita o la libertà di cittadini italiani: ebbene, potrà dirsi che la diffusione di tali notizie determini senz'altro un *vulnus* delle funzioni presidenziali? Non si potrebbe invece ritenere che, in presenza di tali circostanze, la suddetta diffusione potrà beneficamente corroborare il ruolo e la figura del Presidente della Repubblica sullo scenario politico costituzionale?

Come già si diceva, perciò, al mutare del ruolo del Capo dello Stato nella storia costituzionale italiana corrisponde la fluidità nel modo di intendere l'immunità che gli viene riconosciuta: non si tratta, allora, di fissare, in via astratta e di principio, se una determinata prerogativa rientri nella copertura offerta dall'art. 90 cost., irrigidendo così i significati da riconnettere a tale disposizione costituzionale; ma di lasciare alla materia la sua fluidità e di valutare caso per caso, certo alla luce delle circostanze e dei tempi opportuni, in cosa debba sostanzarsi, volta per volta, l'opportuna protezione del ruolo e delle funzioni presidenziali.

4. Veniamo allora al secondo tema, già delineato in chiusura del § 2. Se si riconosce che una totale, assoluta, pervasiva garanzia della riservatezza delle comunicazioni non può annoverarsi fra le prerogative presidenziali è tuttavia possibile che, in determinate circostanze e con riferimento ad un certo contesto, il Presidente avverta l'esigenza di proteggere, in termini più rigorosi che non di consueto, le proprie comunicazioni e chieda perciò e ottenga, a tal uopo, la collaborazione della Magistratura? La risposta, certamente, sarà in parte influenzata dalla osservazione che il Parlamento non è stato in grado di rimediare alla evidente carenza di tutela della riservatezza, che emerge dalla disciplina codicistica, specie a garanzia di coloro che indagati non sono e che non appaiono coinvolti nelle vicende processuali: non si è sinora riusciti ad evitare, cioè, che a causa di una "*dissennata disciplina del codice*" più che "*per effetto di violazioni del segreto da parte di magistrati o di altri pubblici ufficiali*", materiali non destinati ad entrare nel processo entrino "*invece – e a vele spiegate – nella carta stampata, negli schermi televisivi, e nelle trasmissioni radio*" e, possiamo ben aggiungere ormai, sul web (cfr. M. MADDALENA, *Diritti costituzionali e intercettazioni telefoniche*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 246.). Coloro che hanno stigmatizzato tale situazione hanno ragioni da vendere, certamente. Sin tanto che le forze politiche non saranno in grado di porre rimedio ad una tale situazione di vuoto normativo e di insufficiente tutela per la riservatezza di ognuno, anche la *privacy* del Capo dello Stato, o di altra carica, le cui conversazioni, se divulgate pubblicamente, potrebbero recar danno al corretto ed opportuno esercizio delle loro funzioni e persino ad altri interessi pubblici, di ordine economico,

ad esempio, potranno rischiare di essere sacrificate sull'altare del mercato dell'informazione e degli interessi economici – o economico-politico-affaristici – che ne sono a fondamento.

In un simile quadro, tuttavia, mi chiedo se, come già suggerito da Zagrebelsky nel ricordato suo articolo, il Presidente avrebbe potuto puntare sulla collaborazione della Procura e dello stesso gip. Forse non spetta a me indicare concretamente le vie da percorrere per attivare una tale collaborazione: vorrei però ipotizzare che la Magistratura italiana non sia, almeno nel suo complesso, insensibile agli argomenti – che potremmo qualificare di ragionevolezza e buon senso, dunque *equitativi* in senso propriamente giuridico – che potremmo ricondurre all'ottica della collaborazione. Che, nel caso di specie, consapevoli del grave *vulnus* che la riservatezza riceve dalla attuale disciplina delle intercettazioni nel codice di procedura penale, i magistrati non tanto siano disponibili a collaborare al progetto di sottrarre, una volta per tutte, la più alta carica dello Stato, e solo essa, a tale condizione, ma a collaborare, volta per volta, con proprie valutazioni e comportamenti, a quelli di altro potere dello Stato, nella specie, il Presidente della Repubblica, tenendo conto degli apprezzamenti – che, in concreto, potranno essere rappresentati dal Presidente – di interessi di ordine pubblico: per esempio politico, economico, diplomatico, ecc.

Nel corso della ricordata vicenda, concernente la divulgazione del contenuto di conversazione telefonica intercettata del Presidente Scalfaro, fra le numerose prese di posizione politiche, può essere ricordata quella dell'on. Tiziana Parenti, già magistrato e membro del *pool* della Procura milanese, poi, come si ricorderà, parlamentare con Forza Italia. La Parenti, con l'intento di polemizzare con i suoi ex colleghi, pubblici ministeri a Milano, chiedeva perché, depositata l'intercettazione, il *pool* non avesse coperto con *omissis* le parole e il nome di Scalfaro (*Il Giornale*, 8.3.1997, richiamato nel suo articolo da G. ROMA, *op. cit.*, p. 2893, n. 27). Ebbene, forse il Presidente, informato dalle notizie di stampa, come da lui stesso dichiarato, della esistenza di un'intercettazione di proprie conversazioni telefoniche con il già sen. Mancino, valutati argomenti e tenore di quelle conversazioni, avrebbe potuto rappresentare ai p.m. ed al gip, nel quadro di una leale collaborazione fra poteri dello Stato, l'opportunità di coprire con *omissis* le sue parole, in ipotesi ritenute pacificamente irrilevanti per la materia del giudizio sia dalla Procura che dal gip, onde evitare che, con l'udienza stralcio prevista dall'art. 268, comma 6, del c.p.p. e con la conseguente diffusione dei contenuti di quelle parole anche fra i difensori delle parti, esse potessero diventare di pubblico dominio, con conseguenze negative per la cura di apprezzabili interessi di ordine politico, in ipotesi, o economico, o diplomatico, ecc.

Certo, i giudici avrebbero potuto irrigidirsi e rifiutare, o le parti reagire alla decisione di escluderle dalla raccolta di materiale probatorio, la cui valutazione ai fini della difesa avrebbe potuto essere rivendicata dai difensori. Ma si sarebbe trattato, in un simile caso, del confronto fra soggetti ai quali non si chiede un integrale sacrificio del proprio interesse in vista dell'ossequio da rendere ad una prerogativa di astratta ed assoluta garanzia di immunità, bensì un sacrificio puntuale, legato alla sussistenza di determinati fatti e circostanze e con la garanzia offerta dalla piena rassicurazione del giudice attorno alla irrilevanza, ai fini del processo e dunque anche della difesa, delle parole del Presidente. Se poi il tentativo presidenziale fosse fallito si sarebbe aperta materia per la proposizione di un conflitto che forse avrebbe potuto essere impostato non sull'astratta rivendicazione di una prerogativa di assoluta riservatezza che è assai dubbio possa dirsi ricompresa fra quelle ascrivibili alla posizione del Capo dello Stato, ma sull'esigenza, tutta legata alla concretezza delle circostanze e dei tempi, di riconoscere al Presidente la competenza a valutare il ricorrere di un apprezzabile interesse pubblico (politico, economico, diplomatico, ecc.) che quella riservatezza in concreto imporrebbe; ed altresì sul serio tentativo, già effettuato dal Presidente ma non giunto però a buon fine (eventualmente in sintonia con gli stessi magistrati, ovvero nonostante la loro opposizione) di risolvere la questione per via di una leale collaborazione fra poteri.

Forse un conflitto impostato in questi termini avrebbe disposto di più frecce al suo arco di quanto non accada a quello che pende oggi davanti alla Corte costituzionale. S'intende, tuttavia, che una simile prospettiva implica il potere – che mi sembra difficile smentire, se si intende mantenere un senso alla distinzione fra reati commessi dal Presidente nell'esercizio delle funzioni e reati commessi al di fuori di

queste – dei pm e del gip di valutare il contenuto anche delle conversazioni del Presidente, intercettate in via indiretta e casuale; ed altresì il potere di costoro di collaborare con il Presidente, riconoscendo l'inopportunità della divulgazione delle sue parole, non tanto in vista della semplice protezione della sua *privacy*, che dovrebbe allora tutelare ogni individuo, e non soltanto, inammissibilmente, lui solo; ma di interessi pubblici, anche non giuridicamente formalizzabili ma di ordine politico o economico o sociale. Ne resterebbe valorizzata e riconosciuta la dimensione necessariamente informale di larga parte dell'attività presidenziale – anche se analoga considerazione potrebbe forse valere anche per altre figure istituzionali, persino non apicali – e potrebbe forse fondatamente sostenersi che i magistrati, non adusi né competenti ad effettuare valutazioni di tal fatta, dovrebbero ragionevolmente seguire il punto di vista in merito fatto valere dalla Presidenza della Repubblica, ferma restando, in ipotesi e come però è pacifico nel caso in esame, la loro competenza a valutare se anche le conversazioni del Capo dello Stato siano o non rilevanti per il procedimento penale.

Soprattutto, coinvolgere il gip nella questione avrebbe avuto il decisivo vantaggio di non esporre il ricorso presidenziale a dubbi consistenti sulla sua ammissibilità, puntualmente rilevati nella memoria di costituzione della Procura di Palermo: che dire, in effetti, del *petitum* del conflitto, che chiede alla Corte costituzionale di dichiarare che non spetta alla Procura palermitana “*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.*”? Difficile sfuggire all'impressione che sia totalmente infondata la seconda pretesa, secondo cui non spetterebbe ai magistrati alcuna valutazione delle intercettazioni acquisite, a meno che si intenda rinunciare alla distinzione fra reati funzionali ed extrafunzionali, in contrasto con l'orientamento espresso dalla stessa giurisprudenza costituzionale (si v. le sentt. nn. 24 e 154 del 2004 e la sent. n. 262 del 2009). Sono dunque integralmente da condividere, secondo me, le considerazioni fatte valere dalla difesa della Procura di Palermo, secondo cui “*in presenza di un quadro variegato e molteplice che prevede bensì la irresponsabilità del Presidente per gli atti funzionali, ma non lo esenta dalla giurisdizione per gli atti extrafunzionali e certamente non copre le eventuali responsabilità del suo interlocutore, l'attività di valutazione non solo appare legittima ma doverosa ed ineliminabile*” (p. 17 della memoria di costituzione). Ed altresì, che la ricordata prima pretesa suggerisca la stessa inammissibilità del ricorso presidenziale: in esso, contraddittoriamente – ed è naturale che la contraddizione non sia sfuggita alla agguerrita difesa della Procura palermitana – *prima* si ammette l'applicabilità, al caso di specie, dell'art. 271, comma 3, del c.p.p., che prevede la distruzione, disposta dal gip – e solo da lui, giammai dal pm – delle intercettazioni acquisite in violazione di precisi divieti legislativi, equiparando il supposto divieto di intercettazione del Presidente della Repubblica a quello, espressamente previsto dal codice, di intercettare l'avvocato difensore (ma è davvero impervio condividere questi argomenti: opportunamente la difesa della Procura palermitana si richiama da un lato al principio di tassatività delle invalidità processuali, in forza del quale la Corte di cassazione ha ristretto “*ai soli casi di violazione di divieti espressi*” l'applicabilità del comma 1 dell'art. 271 c.p.p.; dall'altro, e con riferimento al divieto di intercettare le comunicazioni del difensore, all'insussistenza di una *eadem ratio* fra questo caso e quello di intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica, sicché nessun margine residuerebbe per l'uso dell'analogia (p. 11 della memoria di costituzione). *Poi*, come già riferito, si conclude però, così configurando il *petitum* del conflitto, che il pm avrebbe dovuto provvedere senz'altro alla distruzione dell'intercettazione. Chiaro che ammettere prima che solo il giudice potrà disporre la soppressione di un mezzo di prova e chiedere poi che sia il pm a provvedere in tal senso e sollevare il conflitto nei suoi confronti, espone al rischio non superficiale della dichiarazione di inammissibilità del conflitto, per essere il suo *petitum* rivolto ad organo, il pm, che, per ammissione della stessa difesa erariale, non è competente ad emanare l'ordine di distruzione delle intercettazioni telefoniche.

La conclusione è che, dal mio punto di vista, *l'affaire* è stato forse mal condotto e che esiti migliori sarebbero probabilmente potuti derivare se non si fosse preteso di fissare in via di principio ed in astratto una prerogativa presidenziale che è assai dubbio si possa riconoscere, ma si fosse intrapresa la via della

collaborazione leale fra Presidenza della Repubblica e Magistratura. Una conclusione, questa, che nel caso di specie avrebbe potuto essere ulteriormente avvalorata e suggerita dalla peculiare situazione che si era prodotta, come ricordato *supra*, *sub* § 1, per effetto delle polemiche, apparse sui giornali ed avvalorate da dichiarazioni varie, sui contrasti fra Presidenza della Repubblica e Procura palermitana in ordine alla conduzione delle indagini sulla trattativa Stato-mafia e che un'iniziativa ispirata al principio di leale collaborazione avrebbe certamente contribuito a smentire, confermando le stesse parole del Presidente Napolitano, di suo apprezzamento e sostegno per l'azione dei magistrati titolari delle complesse, delicate e cruciali – per la storia italiana – indagini sulla mafia e sui suoi rapporti con le istituzioni dello Stato.