

Federico Sorrentino

La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza*

1. – Sia consentito ad un giurista, che la sentenza in commento onora dell'attributo di "primitivo", dissentire radicalmente sia dal dispositivo che dalla motivazione che ne è alla base.

L'estensore di questa nota, appunto perché primitivo, non si occuperà né del contesto politico nel quale si colloca la decisione, né delle eventuali conseguenze politico-istituzionali che sarebbero eventualmente derivate da una diversa pronuncia.

Egli muove, invece, dalla "primitiva" premessa che non spetti al giudice costituzionale, proprio perché giudice, modulare la propria pronuncia secondo criteri di opportunità politica né ritagliare sulle caratteristiche della persona che ne è titolare, anziché sulle disposizioni costituzionali che ne definiscono i poteri, il ruolo e le funzioni nel nostro ordinamento del Presidente della Repubblica.

Ruolo e funzioni, è bene anticiparlo, che non possono non discendere da un'attenta lettura del testo costituzionale, ed in particolare dell'art. 87, che elenca le attribuzioni del Capo dello Stato, dove – come a suo tempo si sottolineava – la rappresentanza dell'unità nazionale costituisce una formula riassuntiva dei poteri del Presidente, che ne indica il modo di esercizio e le finalità, piuttosto che il fondamento degli specifici poteri ad esso conferiti, quand'essa non appaia, come fu detto in assemblea costituente, un'espressione semplicemente 'poetica'¹.

Chi scrive sa bene che la Costituzione racchiude fundamentalmente una serie di principi che, connessi tra loro, indicano l'assetto delle nostre istituzioni, la forma di governo e la forma di Stato, onde ritiene indispensabile fare ad essi riferimento per l'interpretazione del testo costituzionale e per la soluzione dei problemi che esso pone, ma rivendica energicamente all'interprete il compito e la funzione di trarre quei principi dalle disposizioni normative (scritte) piuttosto che queste da quelli.

Ad esempio, l'affermazione, che si legge nella sentenza annotata, secondo la quale la Costituzione è fatta soprattutto di principi che sono in stretto collegamento fra loro, condivisibile in sé, diviene oltremodo arbitraria quando se ne voglia trarre la conclusione che il Presidente della Repubblica è *naturalmente* collocato al *di sopra* di tutte le parti politiche e che *pertanto* egli dispone di competenze che incidono su ognuno degli altri poteri, allo scopo di salvaguardare sia la

* Annotazione della sent. 1/2013: pubblicata per gentile concessione della *Giurisprudenza costituzionale*.

¹ Cfr., anche per riferimenti, C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enc.dir.*, 1960, 234, nota 74, secondo cui l'espressione "significa che il Capo dello Stato simboleggia, come istituzione o persona, la unità della comunità statale (...) e non che egli debba dare unità contro la molteplicità delle persone, dei partiti etc. alla comunità statale.

loro separazione che il loro equilibrio; e che questa singolare caratteristica della sua posizione *si riflette* sulla natura delle sue attribuzioni, che non implicano il potere di adottare decisioni, ma gli danno gli strumenti per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni.

La correttezza di queste conclusioni non è qui per ora in discussione, anche se essa riflette una concezione “mistica” della figura del Capo dello Stato che una remota, ma non dimenticata dottrina a suo tempo censurava².

Quel che si vuole subito contestare è invece il metodo con il quale si perviene ad essa: quello di ipostatizzare la figura del Capo dello Stato, collocandola *naturaliter* sopra gli altri poteri, per ricavarne, poi, consequenzialmente, il ruolo e le funzioni, anziché procedere da queste, così come definite dalla Carta costituzionale, in connessione con le funzioni assegnate agli altri poteri, per ricostruire il ruolo e la posizione del Presidente della Repubblica.

Delle conseguenze di tale impostazione metodologica dirò più avanti. Qui mi limito ad accennare ad un’insostenibile inversione logica del tema delle attribuzioni e delle prerogative del Capo dello Stato, che muove dall’ipotesi della sua superiorità/estraneità rispetto agli altri poteri, per trarne argomenti per riconoscergli una sorta di sacrale inviolabilità di cui non è traccia nella Costituzione.

2. – Trascuro qui l’esame di pur interessanti profili processuali, che la sentenza risolve con molto (e forse eccessivo) pragmatismo: l’oggetto del giudizio, che vedeva la contrapposizione della Procura della Repubblica di Palermo e del Capo dello Stato in ordine alla spettanza alla prima del potere di “omettere l’immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica” (così il ricorso), viene dalla Corte riconfigurato come relativo al potere di chiedere al GIP l’immediata distruzione di quelle intercettazioni e del dovere di quest’ultimo – peraltro estraneo al giudizio – di effettuare detta distruzione adottando una soluzione processuale tutt’altro che scontata (quella cioè di *bypassare* l’udienza stralcio prevista per ipotesi del genere dall’art. 269 del c.p.p.); la *causa petendi*, ricollegata nel ricorso all’art. 90 cost., e quindi all’immunità sostanziale del Capo dello Stato per atti della sua funzione, viene riconfigurata dalla Corte come estranea a quella disposizione costituzionale, ma collegata ad una sfera di riservatezza, che attiene, più che agli atti tipici del Presidente, alla sua potenzialmente generale attività informale, indipendentemente quindi dall’inerenza o meno delle conversazioni di cui si tratta alle funzioni presidenziali.

² C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, cit., 236.

Tralascio pure il tema, relativo alla ricostruzione del giudizio per conflitto tra poteri, del carattere preventivo del conflitto stesso, visto che nella specie la lesione denunciata delle prerogative presidenziali non riguardava le intercettazioni (casuali, e in quanto tali, non vietate né sanzionabili), ma la loro possibile divulgazione a seguito dell'udienza camerale prevista per la loro distruzione, onde il conflitto mirava esclusivamente ad impedirla.

Sembra invece preferibile affrontare il merito della decisione, che coinvolge, insieme con le prerogative del Capo dello Stato e i suoi rapporti con gli altri poteri, il principio di eguaglianza che, nella motivazione di questa sentenza assume – duole dirlo – una posizione del tutto marginale ed in drammatico contrasto con precedenti e recenti pronunce (per tutte la [n. 262 del 2009](#)), che avevano largamente ridimensionato le prerogative delle c.d. alte cariche in nome di quel principio.

Centrale è, invero, nell'odierno ragionamento della Corte la ricostruzione “per principi” della figura del Capo dello Stato e del suo ruolo di rappresentante dell'unità nazionale. Formula questa, come ognuno sa, di non agevole decifrazione, che costituisce, a ben vedere, un contenitore delle attribuzioni del Presidente ovvero un'indicazione teleologica del loro esercizio, quali esse sono definite nei successivi alinea dell'art. 87 e in altri articoli della Costituzione.

Essa qualifica, invero, le funzioni del Presidente, stabilendo come ed in vista di quali finalità esse vanno esercitate, ma non può essere assunta a loro fondamento e meno che mai a strumento per allargare oltre il testo della Costituzione ed a scapito degli altri poteri le funzioni del Presidente.

Che il Presidente della Repubblica rappresenti l'unità nazionale, “non solo nel senso dell'unità territoriale, ma anche e soprattutto nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia”, che egli abbia un ruolo di moderazione e di stimolo nei confronti degli organi cui spettano le decisioni politiche sono conclusioni sicuramente accettabili, ma esse non discendono necessariamente dal primo alinea dell'art. 87, ma piuttosto dalle specifiche attribuzioni indicate nel medesimo articolo e soprattutto dal congiunto operare degli artt. 89 e 90 della Costituzione e dal rapporto potere/responsabilità che essi esprimono.

Ma, ferma la premessa (che, ripeto, va argomentata sulla base delle specifiche disposizioni costituzionali che lo riguardano) secondo la quale il Presidente sia organo di moderazione e di stimolo, da essa non discende necessariamente la conseguenza che le relative attività debbano svolgersi in modo informale, anziché mediante gli atti tipici del Capo dello Stato, e, per giunta, che tale informalità debba collocarsi nell'ombra di dichiarazioni riservate, se non addirittura segrete; tra la premessa e la conseguenza che se ne trae c'è un vero e proprio salto logico, dal momento che la moderazione e lo stimolo ben possono (e, ad avviso di chi scrive, debbono) svolgersi attraverso gli atti tipici di cui alle norme costituzionali con le modalità ivi previste, piuttosto che nell'ambito di un'informalità di cui è, invero, difficile scorgere il fondamento.

Ripeto: altro è l'attività di stimolo, di moderazione e di persuasione, che potrà anche svolgersi con dichiarazioni, consigli, ecc., ma che dovrà comunque fondarsi sulle attribuzioni che la Costituzione assegna al Capo dello Stato, altro è che essa si svolga in modo informale, altro ancora è che essa sia protetta da una sfera di riservatezza assoluta, che – sebbene non prevista in Costituzione (per lo meno alla stregua di un'interpretazione letterale e quindi primitiva) – sarebbe sicuramente più estesa di quella di cui godono i titolari di altre cariche politiche e, *last but not least*, gli stessi comuni cittadini.

Sicuramente è conclusione affrettata (e sicuramente originale nel pur vario e frastagliato quadro delle ricostruzioni dottrinali della figura del Capo dello Stato) quella che vede in tale attività informale e segreta “*il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana*” e che la discrezione e quindi la riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica sarebbero addirittura “*coessenziali*” al suo ruolo nell'ordinamento costituzionale.

3. – Di qui alcune obiezioni alle quali la sentenza della Corte non pare offrire risposte convincenti.

La prima è la seguente: dato, ma certamente non concesso, che essenziale allo svolgimento del ruolo del Presidente della Repubblica sia la riservatezza e la segretezza delle comunicazioni con gli altri poteri, perché analoga barriera non dovrebbe sussistere per gli altri poteri, sia quando comunicano col Capo dello Stato, sia quando comunicano tra loro? Perché, in altri termini, questa barriera, che sarebbe funzionale al ruolo del Presidente, non dovrebbe applicarsi a coloro con cui egli interloquisce? Giacché, se il Presidente viene caratterizzato per le sua funzione di stimolo e si ritiene che questa richieda di svolgersi nella più assoluta riservatezza, a maggior ragione la stessa riservatezza dovrebbe riconoscersi agli organi schiettamente politici cui competono poteri di decisione, sia per rispondere agli stimoli provenienti informalmente dal Capo dello Stato, sia per poter tessere con la più ampia libertà e riservatezza i rapporti tra di loro.

La seconda obiezione riguarda l'estensione di questa forma di riservatezza agli uffici, ricoperti dal Capo dello Stato, di presidente del CSM e del Consiglio supremo di difesa; organo amministrativo il primo, organo di consulenza in materia di strategia militare il secondo. Non si vede, infatti, come il ruolo di stimolo e persuasione configurato per il Presidente della Repubblica quando intrattiene rapporti con il potere politico possa attagliarsi al medesimo soggetto quando presiede Collegi amministrativi.

Una terza obiezione riguarda specificamente la fattispecie da cui il conflitto è originato: una conversazione di un soggetto privato, ancorché ex Ministro dell'interno, con il Capo dello Stato non ha nulla che possa richiamare il suo potere di stimolo nei confronti degli altri poteri e che possa

connettersi con il *cuore* del suo ruolo. Essa è verosimilmente una conversazione privata, che pone, dunque, il diverso interrogativo del rispetto del principio di eguaglianza.

4. La Corte nella sua, anche recente, giurisprudenza aveva a chiare lettere indicato che le prerogative costituzionali, in quanto deroghe al principio di eguaglianza, non sono suscettibili di essere estese al di là delle ipotesi previste o ricavabili in modo chiaro dalla Costituzione. La [sentenza n. 262/2009](#) ne è un chiaro e luminoso esempio.

Per realizzare l'*overruling* la Corte è ora costretta ad un'interpretazione sistematica che finisce coll'alterare il significato e la *ratio* delle norme su cui si fonda.

Invero l'affermazione secondo cui tutti gli organi costituzionali hanno necessità di disporre di una garanzia di riservatezza particolarmente intensa e che quindi essa dovrebbe riconoscersi anche al Capo dello Stato, viene dedotta, per un verso, dall'art. 68, 3° c., cost., che non riguarda certo la riservatezza delle Camere, questa dovendo semmai desumersi dall'art. 64, 2° c., cost. e, per altro verso, dall'art. 10 l. cost. n. 1/1989 relativo alle intercettazioni di membri del Governo sottoposti a procedimento penale per reati ministeriali, che non è certo volto a proteggere la riservatezza del Governo, visto che i suoi membri, se non parlamentari, non godono fuori di tale procedimento di alcuna immunità.

Stupisce quindi leggere nella motivazione di questa sentenza che la mancata previsione di una deroga alla protezione delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, del tipo: autorizzazione alle intercettazioni, costituirebbe la "presupposizione logica della intangibilità delle comunicazioni del supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato", anziché la conferma che dette comunicazioni non sono protette da alcuna speciale garanzia (diversa da quella che, in base all'art. 15 cost., assiste i comuni cittadini). Con il che la configurazione mistica del suo ruolo giunge a compimento: il Capo dello Stato è non solo fuori dei poteri costituzionali, ma fuori anche della Costituzione e del suo art. 15, senza necessità di una previsione esplicita di tale deroga che il giurista "primitivo" insiste a ricercare.

5. – Quando poi la Corte ricava il divieto di intercettazioni non dal testo costituzionale, ma da fonti probabilmente consuetudinarie di dubbia vigenza relative all'immunità delle sedi degli organi costituzionali, i rischi di estensione analogica di norme eccezionali si manifestano in tutta la loro gravità, dato che l'esigenza della riservatezza potrebbe efficacemente predicarsi anche per i Ministri, per le Autorità indipendenti, per il CSM e, perché no?, per gli stessi uffici giudiziari (per quelli supremi, come la Cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti, ma anche per gli uffici

giudiziari di merito e per quelli requirenti, le cui comunicazioni sull'organizzazione dell'attività di contrasto dei fenomeni mafiosi appaiono ancor più intensamente meritevoli di speciale protezione).

Tanto più che, come avverte la Corte, la sfera di riservatezza richiesta dal Capo dello Stato è talmente ampia da coinvolgere qualunque suo atto e comportamento, a prescindere che esso inerisca o meno all'esercizio delle sue funzioni, onde, come dice espressamente la sentenza, il suo fondamento si colloca fuori dell'art. 90.

6. A ben vedere tutta la motivazione della sentenza si muove su due piani differenti: da un lato quello relativo al divieto di intercettazione delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, costruito, come si è visto, sulla base, non delle norme costituzionali (che tacciono in proposito), ma della configurazione mistica del suo ruolo, dall'altro quello relativo alla divulgazione delle medesime, che ne è bensì la conseguenza, ma che si colloca all'interno delle norme del codice di procedura penale, tra l'udienza camerale prevista dall'art. 269 e la distruzione immediata da parte del Gip, richiesta dalla Corte, non senza qualche forzatura, in base all' art. 271.

L'affermato divieto d'intercettazione delle conversazioni del Capo dello Stato, contraddittoriamente esteso a quelle effettuate casualmente nell'ambito di intercettazioni per sé legittime (per le quali un divieto non può evidentemente prospettarsi), diviene però l'argomento impiegato dalla Corte, da un lato, per affermare il divieto di valutazione circa la rilevanza processuale di tali intercettazioni e, dall'altro, per pretendere che la loro distruzione avvenga, non nel contraddittorio delle parti, come previsto dagli artt. 269 e 127 c.p.p., ma immediatamente ad opera del giudice, nel segreto del proprio ufficio, senza tener conto dei principi e delle esigenze del giusto processo, rappresentate dall'art. 111 cost. e dall'art. 6 CEDU.

Ferma restando l'affermazione della inutilizzabilità di tali intercettazioni, conclude la Corte, l'Autorità giudiziaria dovrà tener conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili ai 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".

In altre parole: per un verso, si nega che il documento, recante la trascrizione dell'intercettazione, possa comunque (indipendentemente, dunque, dalla valutazione della sua rilevanza) essere acquisito al processo e quindi possa essere conosciuto dalle parti e dai loro difensori, dall'altra si affida al gip – nella specie, lo si sottolinea di nuovo, estraneo al conflitto – una valutazione assai delicata e di altissima responsabilità, quale quella di bilanciare le esigenze della segretezza con la garanzia degli "interessi riferibili a principi costituzionali supremi", adottando in caso di prevalenza di questi ultimi "le iniziative consentite dall'ordinamento"; cioè,

pare di capire, formulando specifica denuncia al Presidente della Camera dei deputati, ai sensi dell'art. 5 della [legge n. 219/1989](#), ove dovesse emergere una fattispecie di reato presidenziale ex art. 90 cost., ovvero trasmettendo gli atti al competente p.m., ove dovesse emergere una prova decisiva per attivare un procedimento di revisione di una condanna penale ingiustamente inflitta.

Il significato di questa conclusione rimane comunque oscuro, anche a volerla riconnettere a quanto affermato dalla difesa della resistente nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte costituzionale.

In quell'occasione essa poneva quasi a mo' di paradosso il seguente interrogativo: "Se in un lontano futuro un'intercettazione indiretta e accidentale di un ipotetico Presidente della Repubblica rivelasse l'esistenza di fatti configurabili come alto tradimento o attentato alla costituzione nei quali egli fosse implicato, la Procura della Repubblica dovrebbe distruggere seduta stante il *file*?"

Veniva altresì adombrata, sempre nella discussione orale, la possibilità che in qualche modo le conversazioni intercettate possano costituire, nell'ambito dello stesso processo ovvero in un altro, la prova dell'innocenza di un imputato, oppure offrire ad un condannato la prova decisiva per ottenere la revisione della sua condanna.

C'è però da chiedersi, se tale è la risposta della Corte alle perplessità della difesa della Procura di Palermo, perché debba caricarsi il singolo giudice, fuori del contraddittorio delle parti, di una così grande responsabilità: non solo di distruggere registrazioni di conversazioni reputate illegali, ma anche di verificare se tale distruzione non collida con principi costituzionali supremi attraverso una decisione solitaria ed irreversibile, eseguita la quale non sono più possibili gravami o controlli.

7. Il senso di disagio che provoca questa sentenza nello studioso della Costituzione non è, se non in minima parte, attenuato dalla riflessione che a chiedere la secretazione e la distruzione delle intercettazioni fosse un presidente di sicura e riconosciuta affidabilità democratica e costituzionale, quale Giorgio Napolitano. Ma, poiché le sentenze della Corte che delimitano le attribuzioni dei poteri in conflitto hanno, come ognuno sa, una portata che trascende il caso deciso e soprattutto le persone coinvolte e finiscono per (ri)scrivere regole costituzionali destinate a proiettarsi nel futuro, riconoscere in capo alla persona del Presidente della Repubblica (quale essa sia) una sfera così ampia di riservatezza-insindacabilità, anche indipendentemente dallo svolgimento delle funzioni sue proprie (che il giurista primitivo si ostina a trarre dall'art. 87 e dalle altre norme costituzionali che lo riguardano e non ultima da quella relativa alla controfirma), significa aprire la strada ad un uso incontrollato delle prerogative costituzionali, con buona pace del principio di legalità e di quello connesso dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Lo scivolamento che negli ultimi tempi, anche a causa dell'instabilità del quadro politico, si è registrato della figura del Capo dello Stato verso un modello di tipo semipresidenziale, che gli ha visto riconosciuti autonomi poteri attivi nella risoluzione dei conflitti politici, non può, a mio avviso, essere senza conseguenze sul terreno della sua responsabilità politica, almeno di quella diffusa, che richiede sempre di più trasparenza dei comportamenti e delle decisioni.

Non può pertanto passare sotto silenzio l'esigenza dell'opinione pubblica di conoscere, se non il contenuto, almeno le ragioni della secretazione delle intercettazioni alla base del conflitto risolto con la sentenza qui commentata. Se, come sembra potersi dedurre dalle difese dell'Avvocatura dello Stato dinanzi alla Corte, era in quel caso in giuoco la *salus rei publicae*, allora occorreva attivare i meccanismi dell'opposizione del segreto di Stato, di cui alla [l. n.124/2007](#), con la connessa assunzione di responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento, altrimenti sarebbe stato meglio non proporre nemmeno il conflitto, se il suo esito deve essere una sentenza che, allargando a dismisura le prerogative del Presidente, finisce col riconoscergli un'immunità ed un raggio d'azione di così ampia portata, da far dubitare della tenuta stessa della nostra forma di governo parlamentare.