

PREROGATIVE COSTITUZIONALI IMPLICITE E PRINCIPIO DELLA PARI SOTTOPOSIZIONE ALLA GIURISDIZIONE*

1.

Bisogna dare atto alla Corte di avere profuso grande impegno nel motivare la decisione di questo “imbarazzante”¹ conflitto, e di avere confutato con attenzione le numerose critiche che avevano accompagnato il ricorso del Presidente della Repubblica e gli argomenti avanzati dalla Procura resistente.

Positiva mi pare l’opera di ricostruzione del ruolo del Capo dello Stato – che sviluppa e precisa l’impostazione ormai tradizionale e condivisa dalla dottrina prevalente – quale figura di raccordo e garanzia dell’equilibrio del sistema anche mediante poteri di influenza e di persuasione.² Data l’estrema problematicità del punto di partenza, e considerato il tenore dell’intera motivazione precedente, anche la soluzione del caso appare più equilibrata di quanto non ci si potesse aspettare. Infatti, pur riconoscendo in capo al Presidente della Repubblica la prerogativa della riservatezza “assoluta” delle comunicazioni – con l’eccezione, si intende delle ipotesi dei reati ex art.90 – e pur escludendo qualsiasi possibilità che l’immediata distruzione delle contestate intercettazioni potesse avvenire nell’udienza camerale in contraddittorio con le parti, con una chiusa sorprendente e felicemente incoerente, la sentenza finisce per ammettere, anzi imporre, un controllo del giudice non solo sulla forma ma anche sul contenuto delle comunicazioni presidenziali, a “garanzia della legalità” e soprattutto allo scopo di evitare in “ipotesi estreme” il “sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia della integrità delle istituzioni della Repubblica (ciò che nella pratica è poi avvenuto)³).

L’affermazione dell’inconoscibilità assoluta dei colloqui del Capo dello Stato trova così un contrappeso nell’intervento del giudice per la valutazione e il bilanciamento giudiziario degli interessi costituzionali contrapposti, senza di che la garanzia riconosciuta al Presidente sarebbe scaduta a vera e inammissibile “inviolabilità” assoluta della sua persona. Ripensamento provvidenziale dunque, anche se, a voler essere pignoli, lascia aperti alcuni interrogativi: l’indicazione di tali interessi diversi deve essere intesa come tassativa, oppure no? Se la risposta è nel primo senso, come si spiega la mancata menzione del diritto alla difesa e alla tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost., già da tempo e pacificamente riconosciuti dalla stessa Corte tra i principi costituzionali supremi? Forse che esistono principi supremi “più supremi” di altri? Inoltre: la “libertà personale” è quella specifica tutelata dall’art.13 Cost. – come per la verità ci si dovrebbe attendere da una sentenza costituzionale – oppure si potrebbe leggere come espressione generica e riassuntiva di tutte le libertà della persona che trovano garanzia nella Costituzione? L’esistenza di simili interrogativi pone, comunque, problemi certamente minori di quelli evitati con il recupero rocambolesco del controllo giudiziario e della necessità di bilanciamento della prerogativa con gli altri interessi costituzionali indicati.

*Di prossima pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale* 2013.

¹ La appropriata qualificazione è di L. CARLASSARE, *Napolitano, la Consulta e i dubbi che restano*, in Il Manifesto, 17 gennaio 2013.

² Così M.C. GRISOLIA, *La sentenza costituzionale n.1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it. Su tale ricostruzione positivo è anche il giudizio di M. AINIS, *La sentenza della Consulta è un lascito al presidente che verrà*, che la definizione del suo ruolo come “*puvoir neutre et modérateur*” e la “santificazione” della *moral suasion* costituiscono un lascito ai successori di Napolitano. Positivo è pure il commento di S. CECCANTI, *Una prima lettura rapida in 7 punti della sentenza 1/2013: il Quirinale ha ragione perché se il Presidente fosse intercettabile sarebbe in gioco l’equilibrio tra i poteri e la sua funzione di garantire prestazioni di unità*, *ivi*, che però trova discutibile la concezione del potere di scioglimento delle Camere. Su quest’ultimo punto v. pure M. TIMIANI, *In margine al conflitto tra Capo dello Stato e Procura di Palermo, ovvero del potere di scioglimento delle Camere*, *ivi*.

³ Come peraltro aveva anticipato, alla lettura del comunicato stampa della Corte sulla decisione, A. PACE, in una intervista al *Fatto quotidiano* del 6.12.2012.

Una volta ricostruito il ruolo complessivo del Capo dello Stato secondo la nostra Costituzione, la sentenza affronta il tema centrale dell'esistenza ed estensione della vantata prerogativa, ma per far questo non segue l'*iter* argomentativo del ricorso. Nega, infatti, l'appropriatezza del riferimento all'art.90 Cost. – non essendo in gioco la responsabilità del Presidente – e sceglie di misurarsi con l'assenza di riferimenti testuali e la morsa della doppia lacuna di disposizioni specifiche sul punto, facendo assegnamento soltanto sul richiamo ai principi costituzionali e all'interpretazione sistematica⁴.

2.

È proprio il nucleo centrale di questa operazione che mi pare criticabile sia per le sue modalità, sia poi per le influenze negative che può esercitare in futuro⁵.

Premetto che non condivido la tesi di ascendenza Orlandiana anche recentemente riaffermata pure a proposito del presente conflitto⁶, per la quale le prerogative costituzionali non costituiscono ipotesi derogatorie, ma, al contrario diritto comune spettante a tutti gli organi costituzionali per il solo fatto di questa loro qualità e quindi anche indipendentemente da una loro testuale regolamentazione. Appartengo invece alla schiera di coloro⁷ che ritengono che queste ipotesi, come ogni deroga a norme o principi costituzionali, debbano essere disposte appositamente ed espressamente. Quindi non posso condividere l'idea-guida della decisione che prerogative costituzionali, pur derogando al principio costituzionale della pari sottoposizione alla giurisdizione, possano avere un fondamento costituzionale solo "implicito".

Ma, anche a volere ammettere che per simili guarentigie sia sufficiente, come qui vuole la Corte, un fondamento costituzionale implicito, occorrerebbe che tale fondamento fosse *congruo*, cioè effettivamente univoco e sufficientemente preciso e quindi frutto di un procedimento interpretativo con il più basso tasso di opinabilità.

Ora, mi pare che questi requisiti non siano rintracciabili nella sentenza.

Non metto certo in discussione il fatto che, dinanzi all'oggettiva assenza di una disposizione costituzionale espressa e specifica a sostegno della pretesa presidenziale, la Corte abbia rifiutato di attenersi alla sola esegesi testuale e abbia invece ritenuto di dovere fare ricorso ai principi e all'interpretazione sistematica. Si tratta di cosa ovvia e certo pacifica per qualsiasi interprete del diritto, che fa apparire come davvero eccessiva, anche per il suo tono didattico, l'insistenza della sentenza sulle "premesse metodologiche" circa i criteri interpretativi.

Ciò che mi pare criticabile è l'*iter* argomentativo con il quale la Corte giustifica la presenza della guarentigia della "riservatezza assoluta" di tutte le comunicazioni (funzionali e private) del Capo dello Stato anche nei confronti di intercettazioni occasionali.

Così, per esempio mi pare quanto meno assai dubbio che il non contestato silenzio della Costituzione sul punto si possa adeguatamente superare con affermazioni apodittiche quali: "esigenze intrinseche del sistema, pur non enunciate in norme esplicite, risultano evidenti.. se si adotta un punto di vista sensibile alla tenuta dell'equilibrio tra i poteri, o che il fondamento "emerge in modo univoco dal sistema costituzionale" (punto 9 *mot. dir.*). Si tratta infatti di espressioni meramente assertive che presentano la riservatezza assoluta di tutte le comunicazioni presidenziali come portato naturale e indispensabile dell'esercizio delle sue

⁴ Una posizione simile a quella esposta nel testo pare quella di L. CARLASSARE, *op.cit.*, la quale, approvando l'abbandono dell'aggancio all'art.90 Cost., nota che perciò per la Corte "diventa assai più arduo e poco convincente affermare il divieto assoluto di intercettare comunicazioni del presidente di qualsiasi tipo e natura, dirette o casuali" e manifesta poi molteplici dubbi sulla motivazione di svariati aspetti.

⁵ Mi limito intenzionalmente a questo particolare aspetto della decisione – come quello dal punto di vista del diritto costituzionale più interessante e più ricco di possibili conseguenze – e tralascio osservazioni su altri temi, come per esempio sui passaggi dedicati all'ammissibilità del ricorso (su cui v. i dubbi di L. CARLASSARE, *op.cit.*) da un lato, e sulla interpretazione delle disposizioni processual-penalistiche (su cui le obiezioni di F. CORDERO, *L'arcano, d'ancien regime*, in *La Repubblica*, 18.01.2013), dall'altro.

⁶ Cfr. T. GIUPPONI, *Il conflitto tra presidenza della Repubblica e Procura di Palermo: problematiche costituzionali in tema di inviolabilità del capo dello Stato*, in *Amicus curiae* 2012, www.forumcostituzionale.it.

⁷ Tra i quali Cfr. M. VOLPI, *Introduzione* in G. FUMI e M. VOLPI (a cura di), *Le immunità penali della politica*, Bologna 2012, 8; analogamente, A. PACE, *immunità politiche e principi costituzionali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Materiali), nel criticare la tesi di V.E. Orlando sulla "sovranità" degli organi costituzionali e della conseguente loro naturale spettanza della protezione mediante immunità. A proposito dello stesso conflitto, questa opinione era stata già da me espressa in un precedente scritto (*La motivazione del ricorso presidenziale contro la procura della Repubblica di Palermo. Qualche osservazione critica*, pubblicato in www.associazionedeicostituzionalisti.it, a cui rinvio per altri svolgimenti).

funzioni, mentre le considerazioni ulteriori utilizzate per comprovare la asserita “coessenzialità” della prerogativa al ruolo presidenziale sono assai poco convincenti ed anzi altamente opinabili⁸.

Per esempio, la Corte, pur partendo dal postulato della razionalità del Costituente (laddove allude all’“assurdità” e al carattere paradossale e inaccettabile di certe conseguenze della tesi contraria: punto 10 *mot. dir.*), non spiega però perché mai lo stesso Costituente razionale, che certo ben conosceva gli “altissimi compiti” del Capo dello Stato e le sue delicatissime funzioni - di promozione e custodia della coesione e dell’armonico funzionamento dei poteri politici e di garanzia, di moderazione e stimolo nei confronti di altri poteri – abbia ritenuto necessario e sufficiente ad assicurarne il libero esercizio la sola garanzia dell’irresponsabilità funzionale dell’art. 90 Cost., senza fare minimamente menzione di questa “riservatezza assoluta”, che la Corte invece reputa assolutamente e indissolubilmente legata alla stessa possibilità di svolgere i compiti presidenziali. Pertanto, in presenza di una diversa e positiva garanzia esplicitamente disposta, sembra più che plausibile, non già ritenere il silenzio come presupposizione di una coessenzialità della garanzia tanto da esserne superflua la menzione, ma al contrario, pensare che la Costituzione abbia voluto limitare la protezione esclusivamente a quanto disposto dall’art. 90. Quindi questo indizio non mi sembra “univoco” nel senso voluto dalla Corte.

Neppure si può forzare il postulato della razionalità del Costituente fino a farne scaturire una prerogativa sulla base della considerazione dell’inaccettabilità dell’idea che il Capo dello Stato risulti meno garantito dei membri del Parlamento e del Governo. Ammesso che in tal caso lo rendano utile opportuno e forse necessario considerazioni di politica costituzionale – fondate sull’evoluzione anche tecnologica della situazione nella quale si svolgono le funzioni costituzionali nella società contemporanea – unico modo di rimediare sarebbe stato l’intervento di un’apposita legge costituzionale.

La sentenza è comunque costretta ad ammettere che anche lo svolgimento delle funzioni di altri organi costituzionali abbisogna di riservatezza, ma differenzia poi, rispetto a questi ultimi, la posizione del Capo dello Stato per trarre da tale differenza una riprova della peculiare riservatezza presidenziale: osservo che per i membri del Governo e del Parlamento la normativa costituzionale non si ferma al silenzio, ma esplicitamente dispone forme di garanzia specifiche circa la conoscibilità delle rispettive comunicazioni (art. 68 Cost e art. 10 legge cost. n.1 del 1989). Rimane da chiedersi allora perché mai il legislatore costituzionale, se intendeva in effetti assicurare questa protezione singolare e assoluta al Presidente, non abbia poi fatto come per i parlamentari e i membri del Governo e non abbia dettato una disciplina esplicita analoga – *mutatis mutandis* – a quella prevista per questi ultimi.

Le apposite disposizioni menzionate infatti debbono essere, mi pare, lette come fondamenti positivi di tassative prerogative e non già – come mi sembra faccia la Corte – quali limiti espressi di una generale e naturale riservatezza degli organi in questione nell’esercizio delle funzioni, sì che l’ assenza di disposizioni simili per il Presidente della Repubblica proverebbe, inconfutabilmente, l’esistenza e l’inderogabilità dell’immunità della “riservatezza assoluta”: nel nostro sistema non vige un principio di generale inconoscibilità degli atti di esercizio delle funzioni pubbliche, ma, al contrario, come avviene in ogni democrazia⁹, vige il principio opposto di pubblicità e della necessaria e apposita previsione dei casi di segreto.

Resta perciò quanto meno assai dubbia la conclusione che la mancanza, in Costituzione, di un meccanismo autorizzativo simile a quello previsto per i membri del parlamento e del Governo non sia una lacuna, ma una “presupposizione logica, di natura giuridico-costituzionale”, dell’intangibilità della riservatezza presidenziale.

⁸ In senso analogo mi pare anche l’aspro commento critico di F. CORDERO, *op.cit.*, laddove a tal proposito nota “Effusioni esclamative non sono argomenti”. Condivide invece pienamente l’*iter* decisorio della sentenza S. CECCANTI, *op.cit.* Un giudizio positivo è pure quello di U. DE SIERVO, *Quei paletti fissati dalla sentenza*, in *La Stampa*, 16.01. 2013, che ritiene la decisione “molto netta nelle affermazioni e chiara nelle argomentazioni”, e ne trova “convincente l’andamento argomentativo.” Favorevoli alla sentenza, sebbene più sfumati, sembrano anche i commenti di M. AINIS (cfr. *Una sentenza tante lezioni*, in *Corriere della Sera* 6.12.2012; *La sentenza della Consulta è un lascito al Presidente che verrà*, cit.) che preferisce leggere la pronuncia come l’esito di una “sfida a duello”, in termini di “chi ha vinto” (la Consulta, Giorgio Napolitano) e “chi ha perso” (la Procura di Palermo e la magistratura in genere rispetto al Capo dello Stato).

⁹ In senso analogo mi sembra anche il commento assai critico alla sentenza di F. CORDERO, cit., 3, secondo il quale “L’arcano quirinale-scò è tutto fuorché connaturato alla dialettica democratica”.

3.

Perplessità suscita poi anche il tentativo di giustificare il carattere solo implicito dell'immunità presidenziale con il richiamo alla "immunità della sede", non sancita espressamente dalla Costituzione, ma riconosciuta al Parlamento. Il riferimento infatti non mi sembra probante: questa immunità poggia su una secolare consuetudine costituzionale¹⁰, ed è prevista e disciplinata dai regolamenti parlamentari. Analoghe considerazioni si possono formulare a proposito della stessa immunità riconosciuta alla Corte Costituzionale. Nel caso del Presidente invece non solo non esiste una consuetudine costituzionale in questo senso, ma anzi la prassi è in senso opposto (ché non registra contestazioni da parte dei titolari della carica di Presidente della Repubblica, mentre certamente non invocabili resterebbero eventuali precedenti a favore del Re nel precedente regime statutario), né alcuna fonte è mai intervenuta sull'argomento.

D'altra parte, se si esclude la sentenza n. 148 del 1983 sulla non punibilità dei membri del Consiglio Superiore della magistratura – non a caso l'unica citata dalla decisione attuale e anch'essa fondata, e ben più sbrigativamente di quella in commento, su una mera e frettolosa affermazione apodittica – anche nella maggior parte di altre sentenze della Corte costituzionale in tema di immunità il riconoscimento di prerogative non espressamente contemplate in Costituzione trova la sua base costituzionale non solo nell'interpretazione sistematica agganciata a dati testuali precisi¹¹, ma anche nel riferimento a consuetudini costituzionali, come si può constatare in particolare nella lettura delle decisioni n. 129 del 1981 (sull'autonomia contabile degli organi costituzionali) e n. 231 del 1975 (a proposito dell'immunità della sede parlamentare).

La problematicità di ammettere guarentigie implicite per gli organi costituzionali è rispecchiata anche dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di giurisdizione domestica: oltre alla ordinanza n. 356 del 1977 con la quale questo giudice ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della normativa regolamentare del Senato sull'autodichia (questione poi dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con la sent. n. 154 del 1985 per via dell'insindacabilità dei regolamenti parlamentari), di particolare interesse sono le decisioni per regolamento di giurisdizione concernenti l'autodichia della Presidenza della Repubblica, anch'essa non prevista da alcuna disposizione costituzionale. Entrambe le decisioni sostengono che "Certamente nell'attuale assetto costituzionale deve negarsi che l'autodichia sia momento essenziale per assicurare effettività alla posizione di autonomia e indipendenza degli organi costituzionali: vi fa ostacolo da un canto il carattere proprio del principio della divisione dei poteri che si realizza nell'esistenza dei controlli reciproci, e, dall'altro canto, e con nettezza, il rilievo centrale della tutela giurisdizionale quale principio cardine dell'ordinamento, le limitazioni del quale principio devono essere espressamente previste ed adeguatamente giustificate, essendo infatti «... arduo sostenere che, vigendo una Costituzione scritta, un principio implicito, o una norma inespressa, possa di per sé porsi in vittorioso contrasto con un principio fondamentale esplicito»¹²".

Infine, quanto alle considerazioni sull'art. 7 della legge n. 219 del 1984, invocato a sostegno della prerogativa presidenziale - perché intesa come indicazione univoca dell'unica possibilità di intercettare le conversazioni del Capo dello Stato – ne è stata sostenuta anche un'altra interpretazione, plausibile quanto meno alla pari, che invece ritiene che questo articolo si limiti solo ad enunciare le modalità necessarie per agire nel caso che si tratti di reati presidenziali, e lasci impregiudicata qualunque altra ipotesi. La prevalenza della prima interpretazione come costituzionalmente necessitata si può predicare solo presupponendo l'esistenza del fondamento costituzionale della guarentigia (di cui la legge del 1989 sarebbe mera attuazione), e vacilla invece se questa si ritiene quanto meno assai dubbia.

¹⁰ Proprio in riferimento a tale immunità la sent. n. 231 del 1975 fa riferimento alla "lunga tradizione".

¹¹ Come dimostra già la risalente sentenza n. 15 del 1969 sul vilipendio della Corte Costituzionale.

¹² Cfr. S.U. n. 12614 del 1998 e la più recente n. 6529 del 2010, da cui è tratta la citazione testuale. La decisione più antica aveva concluso per l'inesistenza dell'autodichia presidenziale, mentre quella del 2010 afferma la carenza assoluta di giurisdizione del giudice amministrativo: tra le due pronunzie è sopravvenuta la sentenza del 28/4/2009 della Corte di Strasburgo (resa in causa Savino ed altri c. Italia e proposta all'esito dell'esercizio della autodichia della Camera dei Deputati), dichiarando che il rispetto dell'art. 6 § 1 della Convenzione ben può essere assicurato con la riserva di controversie ad organismi diversi da quelli comuni ma a condizione che anche per tali organismi siano garantite le condizioni di precostituzione, imparzialità ed indipendenza che presidiano all'esercizio della giurisdizione ordinaria. Nella seconda pronunzia del 2010, le Sezioni Unite, dopo la premessa riferita sopra, si dedicano a verificare che tali condizioni siano soddisfatte dalla autodichia della Presidenza e giungono alla conclusione positiva; pertanto la sede predisposta dalla normativa regolamentare di questo organo non costituisce una deroga alla giurisdizione (essendo "peculiare ma non estranea alle linee che la Costituzione detta per la tutela dei diritti", integrate dalle norme dell'art.6, §1 della CEDU).

4.

Ma, si condividano o meno queste critiche ai risultati dell'impiego dell'interpretazione "espansiva" della Costituzione¹³, ciò che deve essere messo in evidenza è non tanto l'esito della concreta vicenda, quanto il fatto che la sentenza, per l'uso così disinvolto del metodo interpretativo "sistematico", può costituire un precedente assai pericoloso.

È vero che il precedente non vincola giuridicamente la Corte, tuttavia in futuri casi analoghi in cui si rivendichi l'esistenza di "prerogative implicite" a favore di altri titolari della Presidenza – ma anche di altri organi costituzionali – sarà tutt'altro che facile per la Corte allontanarsi dall'*iter* argomentativo seguito a vantaggio qui del Presidente Napolitano, dato, soprattutto, il carattere generale con cui – pur nello sforzo di circoscrivere la nuova prerogativa alla particolarità della funzione presidenziale – viene enunciata l'impostazione che pur in assenza di apposita disposizione una prerogativa può ricavarsi dal "sistema".

Insomma, lungi dal costituire quel "chiaro pronunciamento" in tema di prerogative presidenziali utile a tracciare linee certe per i futuri titolari della carica (auspicato dal presidente Napolitano all'atto di promuovere il conflitto), la sentenza in commento presenta il rischio di avere quelle "conseguenze imprevedibili sui settennati presidenziali a venire, che nessuno sa da chi saranno ricoperti" paventate da Gustavo Zagrebelsky nel suo discusso (ma in parte profetico) articolo di *Repubblica*.¹⁴

¹³ Opinione opposta è quella di M. AINIS, *la sentenza della Consulta è un lascito*, cit. che invece, nell'esaltare il ricorso ai principi costituzionali e alla loro "forza pervasiva" per la risoluzione del conflitto sostiene che "in questi passaggi della sentenza c'è una lezione che vale per noi tutti.", per indurci a togliere" dal soppalco la nostra vecchia Carta" e tornare a prenderla sul serio.

¹⁴ Cfr. *Napolitano e la Consulta*, in *La Repubblica*, 17 agosto 2012.