

Quaderni del Gruppo di Pisa

CONVEGNI

Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale

a cura di
Lorenza Violini

Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa",
Milano, 14 Novembre 2014

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2015 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

ISBN 978-88-6342-842-1

SOMMARIO

PREMESSA	9
<i>Lorenza Violini</i>	
INTRODUZIONE	11
<i>Valerio Onida</i>	
RELAZIONI	
RELAZIONE INTRODUTTIVA	
<i>Gustavo Zagrebelsky</i>	
1. Unità o separazione dei poteri	13
2. La sent. cost. n. 1 del 2013	14
3. La sent. cost. n. 1/2014	16
4. La sent. cost. n. 24/2014	18
5. La sent. cost. n. 10 del 2015	19
6. Nota Conclusiva	20
IL RUOLO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE PRIMA DELLA SENT. N. I DEL 2013	23
<i>Omar Chessa</i>	
IL RUOLO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA DOPO LA SENT. N. I DEL 2013	
<i>Gino Scaccia</i>	
1. Prologo	39
2. La scelta della Corte di “fare dottrina” sul ruolo del Presidente della repubblica	41
3. La dialettica funzione di garanzia - funzione di indirizzo	43
4. La neutralità presidenziale	53
5. La funzione di rappresentanza dell’unità nazionale	55
6. Epilogo. Il rapporto Presidente-organismi di direzione politica fra evoluzione e razionalizzazione costituzionale.	60

DISCUSSANT <i>Massimo Luciani</i>	73
--------------------------------------	----

COMUNICAZIONI

LA SENTENZA 1/2013: OSSERVAZIONI DI LOGICA E DI ARGOMENTAZIONE

Matteo Carrer

1.	La forma logica della decisione	81
2.	Gli argomenti	84
3.	Conclusioni	87

IL CAPO DELLO STATO E LA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE:

IL SEMPRE DIFFICILE INCONTRO TRA DIRITTO E POLITICA

Giacomo Galazzo

1.	Sul rarissimo utilizzo, da parte dei Presidenti, dell'istituto dell'istituto del conflitto di attribuzioni	91
2.	Sulle statuizioni delle sentenze nn. 200/2006 e 1/2013 della Corte costituzionale	94
3.	Sulle discussioni attorno alla Presidenza Napolitano: il sempre attuale dibattito sul ruolo costituzionale del Capo dello Stato	96

UNA RILETTURA DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SUL POTERE DI GRAZIA

Davide Galliani

1.	Una sentenza comunque problematica	101
2.	La grazia per soli fini umanitari e il ruolo decisivo del Presidente della Repubblica	102
3.	Un primo completamento della sentenza del 2006	104
4.	Il problema delle garanzie costituzionali	105
5.	Il diritto di chiedere la grazia secondo il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966	106
6.	La grazia secondo i giudici di Strasburgo	109
7.	Una rinnovata importanza della grazia per la Corte di Strasburgo	111
8.	La sentenza della Corte costituzionale in un contesto più generale	113
9.	L'obbligo parziale di motivazione in attesa di svolgimento	114
10.	Un nuovo conflitto di attribuzione?	115

CONTROLLO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA IN SEDE DI
PROMULGAZIONE E GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE:
NUOVI PUNTI DI CONTATTO ALLA LUCE DELLA PRASSI
DELLE PROMULGAZIONI MOTIVATE
Irene Pellizzone

1.	Introduzione	117
2.	Le principali tesi sul rapporto tra controllo in sede di promulgazione e controllo di costituzionalità	119
3.	Classificazione della prassi delle promulgazioni motivate in base alle possibili interferenze col sindacato della Corte	120
4.	Conclusioni	127
	RELAZIONE CONCLUSIVA	129
	<i>Gaetano Silvestri</i>	

PREMESSA

Lorenza Violini

Il 14 novembre 2014 l'Università degli Studi di Milano – e in particolare il Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale che ho l'onore di dirigere – ha dato ospitalità al Seminario Annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, avente ad oggetto il ruolo del Capo di Stato nella giurisprudenza costituzionale. Nel corso della giornata di studi si è assistito ad un vivace dibattito tra autorevolissime voci: oltre ad esperti studiosi della materia, infatti, hanno preso parte alla discussione ben tre presidenti emeriti della Corte Costituzionale. La pubblicazione degli atti di quei lavori, di conseguenza, lungi dal costituire una dovuta formalità, ambisce ad offrire la più ampia conoscenza della ricchezza dei contributi emersi.

All'interno della relazione conclusiva del presente volume, Gaetano Silvestri ha scritto che «tutto si può dire in un innocuo seminario accademico» e, in effetti, si può forse affermare che in occasione del suddetto seminario, prima, e con l'invio dei testi scritti e delle comunicazioni, poi, è stato davvero detto quasi tutto (e il contrario di tutto) sulla figura del Presidente della Repubblica nel nostro Paese. L'argomento è stato affrontato con ampio riferimento alle teorie dottrinali in materia e, altresì, alla prassi – soprattutto giurisprudenziale – concernente l'istituto in parola. Ciò offre occasione per il lettore di riflettere, oltre che sull'evoluzione della figura della prima carica dello Stato italiano, sulla funzione della Corte costituzionale nel delineare gli equilibri tra poteri nonché sulle sue tecniche argomentative (quest'ultimo tema è oggetto specifico del contributo di Matteo Carrer).

Molto si è detto e scritto sul ruolo nell'ordinamento costituzionale italiano del Presidente della Repubblica nella sua interezza e complessità (si vedano in proposito le relazioni principali di Gino Scaccia e Omar Chessa, il commento ad esse di Massimo Luciani e la comunicazione di Giacomo Galazzo); il volume vanta tuttavia anche interessanti affondi su alcuni specifici poteri presidenziali: in particolare il potere di grazia (cui è dedicato lo scritto di Davide Galliani) e i poteri di controllo in sede di promulgazione e giudizio di legittimità costituzionale (per i quali si rimanda alla comunicazione di Irene Pellizzone).

Tanto premesso, ciò che rende di interesse la lettura del presente volume è la diversità (quando non netta divergenza) delle vedute che ivi sono raccolte. Basti qui anticipare che, come rimarca Valerio Onida nella sua introduzione, il volume ospita «le preoccupate considerazioni» di Gustavo Zagrebelsky – che critica duramente alcune tra le più note sentenze della giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni – e, al contempo, garantisce diritto di replica

a chi, autorevolmente, ha presieduto la Corte che ha provveduto alla redazione di quelle medesime pronunce: Gaetano Silvestri.

Concludo pertanto questa breve premessa ringraziando sentitamente gli autori che hanno contribuito alla pubblicazione del presente volume e augurandomi che lo stesso possa dare un apporto alla comprensione di una tanto importante figura istituzionale, per molti tratti indeterminata, ma anche di quanto delicato sia il suo compito nella compagine dei poteri delineati dalla nostra Costituzione.

L.V.

INTRODUZIONE

Valerio Onida

L'istituzione Presidente della Repubblica è, per intuitive ragioni, forse quella che, nel nostro ordinamento, è soggetta alle maggiori incertezze dottrinarie e variazioni di fatto circa il suo inquadramento e la sua dinamica nel sistema costituzionale. Infatti è collocata al di fuori dei tre classici poteri ma è inserita in modo non marginale, però con ruoli diversi e definibili in modo assai elastico, formali e non formali, in procedimenti essenziali afferenti a tutte le principali funzioni statali (si pensi all'antica e, a me pare, sempre valida ed attuale definizione di Meuccio Ruini alla Costituente del "magistrato di persuasione e di influenza"). I suoi poteri sono definiti per lo più, dalle norme costituzionali, in modo generico, compatibile con differenti inquadramenti, o addirittura ambiguo (si pensi all'istituto della controfirma ministeriale), e sono dunque largamente forgiati dalla prassi, nonché suscettibili di essere esercitati in guisa e con incidenza assai diverse a seconda delle condizioni e delle circostanze storiche e socio-politiche. Ancora, quel presidenziale è una carica monocratica di lunga durata, come tale inevitabilmente conformata nella pratica anche dal succedersi e dalla personalità dei titolari, ma che quasi mai si esercita in solitudine, e quasi sempre in un "ambiente" istituzionale caratterizzato dalla compresenza di altri protagonisti ad essa non subordinati; ed è una carica che risente sia del valore "simbolico" della prima magistratura della Repubblica (che la assimila alla funzione regia nelle monarchie), sia della sua origine democratica dovuta all'elezione, sia pure di secondo grado. Si potrebbe continuare nell'elenco delle caratteristiche che offrono il destro a ricostruzioni teoriche diverse e contrastanti: potere di indirizzo politico, sia pure "costituzionale", o potere di garanzia; collocazione *super partes* o *infra partes*; organo di mediazione e "facilitazione" o organo decidente risolutore di crisi: e via elencando.

Il seminario i cui atti sono qui pubblicati ha avuto il merito di riproporre questi classici temi del dibattito costituzionale – che infatti si trovano largamente enunciati e discussi nei vari interventi – a partire da alcune vicende concrete che sono state oggetto di recenti pronunce della Corte costituzionale, per lo più rese in giudizi per conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato, e che nei principali fra i casi esaminati hanno avuto come protagonista l'istituzione presidenziale (soprattutto il conflitto sulle "intercettazioni casuali" di conversazioni telefoniche del Presidente, risolto con la sentenza n. 1 del 2013). Questo ha consentito anzitutto di dare alla discussione un taglio più "pratico" invece che legato solo a costruzioni teoriche, mettendo per così dire le teorie al vaglio dei "casi" discussi. Inoltre ha obbligato a occuparsi

anche del ruolo e dell'atteggiamento del Giudice costituzionale in questa materia, ruolo decisivo nelle controversie concrete ma certo solo parzialmente "conformativo" del ruolo dell'istituzione presidenziale, come è proprio di un organo che decide conflitti concreti nei limiti della materia volta a volta implicata. Infine ciò ha indotto coloro che sono intervenuti a tener conto delle "storie" concrete sottostanti ai conflitti, portandoli anche, inevitabilmente, a prendere posizioni, magari fortemente dialettiche, nel dibattito (in questi anni alquanto acceso, specie nell'ultima fase della presidenza Napolitano) non solo ricostruttivo ma valutativo e "giudicante", su atti e atteggiamenti del Capo dello Stato, e più in generale sulle tendenze evolutive della nostra vicenda costituzionale. E' emblematico a tal proposito il contrappunto fra le preoccupate considerazioni critiche "di sistema" enunciate nella relazione introduttiva di Gustavo Zagrebelsky e le repliche "risentite" ma espresse con eguale chiarezza e lucidità nella relazione conclusiva di Gaetano Silvestri, che, sciolto ormai dai limiti prima derivanti dal suo ruolo di giudice e di co-estensore, ha potuto difendere efficacemente la pronuncia controversa. A proposito della quale (sia consentita, di sfuggita, a chi scrive una notazione finale) non si può trascurare, rispetto al dibattito tuttora aperto, la circostanza che essa ha avuto per oggetto un tema, le cui radici costituzionali non stavano solo nel corretto rapporto tra i poteri dello Stato, ma anche e forse prima nell'equilibrio costituzionalmente corretto fra esigenze di indagine giudiziaria ed esigenze di tutela di quello che, prima di tutto, è un diritto "inviolabile", la libertà e la segretezza delle comunicazioni (art. 15 della Costituzione): equilibrio che vale per tutti i soggetti, pur se può declinarsi e si declina in modo diverso rispetto ai cittadini e ai titolari di talune cariche istituzionali, ma che in certe circostanze comporta, in entrambi i casi, la necessaria prevalenza del diritto alla riservatezza (si pensi alle conversazioni dell'imputato con il suo difensore).

RELAZIONE INTRODUTTIVA

Gustavo Zagrebelsky

SOMMARIO: 1. Unità o separazione dei poteri. - 2. La sent. cost. n. 1 del 2013. - 3. La sent. cost. n. 1 del 2014. - 4. La sent. cost. n. 24 del 2014. - 5. La sent. cost. n. 10 del 2015. - 6. Nota Conclusiva.

1. Unità o separazione dei poteri

Se una costituzione proclama un principio, è per difenderlo da pericoli incombenti. La separazione dei poteri è uno dei due principi proclamati dal costituzionalismo moderno, fin da uno dei suoi atti fondativi, la Dichiarazione dei diritti del 1789, precisamente perché la tendenza naturale d'ogni organizzazione politica è la concentrazione del potere. Esattamente come i diritti dei singoli, minacciati dal potere che è portato ad abbattere i limiti, così la pluralità dei poteri è minacciata dal potere che è portato a concentrarsi in uno solo dominante. Per questo, le costituzioni della tradizione del costituzionalismo si preoccupano di stabilire norme e garanzie che sarebbero inutili se le tendenze naturali fossero quelle opposte. Non c'è bisogno di ricordare Montesquieu.

Cercherò di argomentare l'idea che, nel momento costituzionale che stiamo attraversando, la separazione dei poteri – questo pilastro del costituzionalismo moderno – soffre d'una crisi dovuta all'affermarsi dell'opposto principio dell'unità. Se questo è vero, è in crisi il concetto di costituzione che viene dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'89 e che ha informato i nostri pensieri per più di due secoli. Unità è parola che suona bene in generale; nel diritto costituzionale non altrettanto bene, a meno di precisazioni. Le considerazioni che seguono si concentrano su alcune importanti decisioni recenti della Corte costituzionale. In esse si può trovare come racchiuso, fissato e, in certo senso, santificato questo spirito dei tempi. Tempi difficili per la Costituzione, ma tanto più difficili se nemmeno l'organo posto a sua garanzia ne avverte l'affanno. È come un'onda montante. Essendone dentro, facciamo fatica ad accorgercene.

Le decisioni della Corte costituzionale che prenderò in considerazione sono le sentenze nn. 1 del 2013, 1 e 24 del 2014 e 10 del 2015. Delle difficoltà che la Corte ha dovuto superare per giungere alla risoluzione dei casi da decidere, e degli impacci nelle linee argomentative sono spie le espressioni che costellano le motivazioni, quasi come strumenti linguistici per darsi coraggio e respingere in limine i possibili dubbi, le possibili obiezioni: è appena il caso di osservare; vale appena ricordare; naturalmente, ovviamente, necessa-

riamente, logicamente; con ogni evidenza; non occorre dare particolare dimostrazione; nessuno potrebbe dubitare; fuori di ogni ragionevole dubbio; esigenze del tutto evidenti; pare arduo negare, non occorrono molte parole per dimostrare che, ecc. Non ricordo, in altri casi, l'uso così ridondante di simili formule che, più che a motivare, sembrano finalizzate a rassicurare se stessi, prima ancora che gli altri.

2. La sent. cost. n. 1 del 2013

Più che il *decisum* riguardante il dovere di distruzione immediata delle conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica, oggetto d'intercettazione casuale, ciò che qui più interessa è il quadro concettuale che dà forza alla soluzione del conflitto tra la Presidenza della Repubblica e gli uffici giudiziari inquirenti nella cosiddetta "trattativa Stato-mafia". Leggiamo, innanzitutto, come è definita la funzione presidenziale di garanzia dell'unità nazionale: non si tratta soltanto dell'unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto "della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica". Coesione e armonia sono parole cariche di significato e di conseguenze. Sono parole belle, ma non innocenti. Esse introducono a una visione organica della vita costituzionale, l'esatto contrario della democrazia che si è sviluppata nel quadro della storia del costituzionalismo, che si basa non sull'armonia e sulla coesione, ma sulla dissonanza delle voci e sulla divisione. Le regole costituzionali servono a inquadrare dissonanze e divisioni, per evitare implosioni e conflitti irriducibili. Ma la garanzia essenziale a questo tipo di democrazia riguarda la difesa delle diversità e delle posizioni di ciascun elemento che configura il quadro composito. L'organicismo non è la filosofia della concezione della democrazia propria del costituzionalismo.

Naturalmente, nelle parole della Corte, resta la titolarità dei poteri decisori cui spetta assumere le decisioni di merito, ai quali il Presidente non può sostituirsi. Ma a lui spetta "indirizzare gli appropriati impulsi", "avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali". Di nuovo: l'assetto costituzionale è configurato come un organismo in grande, che funziona attraverso "impulsi", come quelli che provengono da un centro di controllo del sistema nervoso: un'idea che sarebbe piaciuta, senza venire a tempi a noi più vicini, alla pubblicistica antiliberale dell'Ottocento o al sociologismo di Durkheim.

Non si tratta solo di echi di lontane teorie politiche e sociali, più o meno consapevolmente operanti nelle menti dei giudici costituzionali. Si tratta di premesse per molto concrete conseguenze. Quella più immediata è la configurazione del Presidente della Repubblica come "magistratura d'influenza"

e la costituzionalizzazione del suo “potere di persuasione”, un potere informale, inestricabilmente connesso alle sue attività formali. Potere “informale” (formula strana, nel campo del diritto!) significa esercitabile “in qualunque forma”, con qualunque mezzo? Formula ambigua, pericolosa, che supera d’un colpo le preoccupazioni che stanno dietro l’art. 89 della Costituzione. Si vuol prescindere dalla controfirma? Allora si usa un potere “informale”. Sarà un potere che non dà luogo, di per sé, ad atti giuridici “formali”. Questi rientrano pur sempre nei “poteri formali” di altri organi, ma l’adozione o non adozione e il loro contenuto, mediamente, sarà determinato in tutto o in parte dalla “persuasione” esercitata dal Presidente.

Si configura così un centro di potere – di “potere” parla infatti la sentenza e il potere si ha quando si è nella condizione di poter condizionare i comportamenti altrui – che non si presta a essere definito riduttivamente soltanto come possibilità di “incontri, comunicazioni e raffronti dialettici” (eufemismo?), poiché i contenuti voluti dal Presidente possono dar luogo a misure formali della massima efficacia persuasiva, fino allo scioglimento delle Camere, minacciato o attuato.

In tal modo, al Presidente è assegnato il compito di “tessere costantemente una rete di raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono”. A tal fine le attività del Presidente devono potersi integrare con quelle degli organi titolari dei poteri formali: possono “precedere o seguire l’adozione di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l’impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato”. Nessun ambito della vita costituzionale è immune dagli “impulsi” presidenziali, impulsi che, per di più, a detta della Corte, devono essere protetti dalla più stringente riservatezza, “coessenziale” all’efficacia di tali impulsi.

Con tutto il rispetto possibile per la Corte costituzionale, sospetto che non ci si sia resi conto della portata di queste affermazioni, prospettate come auto-evidenti. Quelle che precedono sono illazioni che vanno al di là delle intenzioni di chi quelle affermazioni ha steso in una sentenza costituzionale? Può darsi. Ma l’inconsapevolezza che pesca nelle convinzioni profonde e irriflesse è ancora più significativa e pericolosa della consapevolezza che può sempre essere sottoposta a riconsiderazione critica. La conseguenza, per venire al tema di questa conversazione, è che la separazione dei poteri viene scossa nei suoi fondamenti, poiché esiste un super-potere che può ingerirsi in qualunque momento per promuovere “condivisione”, per di più senza che nessuno, fuori del cerchio, ne sappia nulla. Il timore delle divisioni, del conflitto, della “disarmonia” è la nota dominante di ogni concezione organicistica della vita costituzionale. E l’organicismo è la dottrina non della libertà politica, ma dell’illibertà, della chiusura del potere su se stesso.

3. La sent. cost. n. 1 del 2014

Della sentenza che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge elettorale in base alla quale sono state elette le Camere attualmente in funzione, interessa qui, specificamente, l'ultima parte della motivazione, quella in cui si prende posizione, al di là della soluzione delle singole questioni d'incostituzionalità prospettate, sugli effetti della pronuncia. Nelle ultime proposizioni della sentenza, la Corte lancia prospetticamente una serie di *dicta* sugli effetti della sua decisione con l'intento palese di assumere su di sé la responsabilità di evitare un temuto tracollo istituzionale. Tali effetti – secondo la Corte – si produrranno *evidentemente* solo in occasione delle successive elezioni. L'evidenza, evidentemente, non c'è, poiché, se così fosse, non ci sarebbe stato motivo di esprimersi sul punto, così come accade nella generalità delle decisioni d'incostituzionalità, il cui seguito si dispiega pacificamente secondo norme e principi riconosciuti.

L'esito delle elezioni svoltesi in base alla legge incostituzionale – dice la Corte, senza che ciò rientrasse nell'ambito della materia controversa, sottoposta al suo giudizio – e gli atti compiuti dal Parlamento così eletto non sono “toccati”. Varrebbe, con riguardo al passato, il limite dei “rapporti esauriti” o del “fatto concluso”. Per il futuro, varrebbe, invece, il “principio fondamentale della continuità dello Stato”, principio che riguarda tutti i suoi organi e, per quel che qui interessa, il Parlamento. Così, gli atti, legislativi e non legislativi (come le elezioni di titolari d'altre cariche dello Stato), da questo compiuti in passato o da compiere in avvenire, non sarebbero invalidi per il fatto di provenire da un Parlamento eletto incostituzionalmente.

Fino a ora – e ancor più chiaramente, fino alla sentenza n. 10 di quest'anno, su cui più avanti – gli effetti delle dichiarazioni d'incostituzionalità si sono fatti dipendere non dalla volontà della Corte, ma dall'invalidità della legge, come è definita dall'art. 136 della Costituzione e dall'art. 30 della legge n. 87. In altri termini, alla Corte – si diceva – spetta solo dichiarare l'incostituzionalità. L'effetto della dichiarazione ha natura necessaria e obbiettiva, che sfugge alle sue determinazioni: a parte il divieto di “riproduzione”, l'effetto è la perdita di efficacia, cioè l'inapplicabilità della legge, con il limite dei cosiddetti rapporti esauriti. La determinazione dell'ampiezza della categoria dei rapporti esauriti spetta – si diceva – all'interpretazione aperta a tutti gli interpreti del diritto, massimamente alla Corte di cassazione, come quest'ultima (sentenza n. 8878/14) non ha mancato di rilevare, proprio in relazione al caso specifico.

A parte la questione del “a chi spetti” trarre le conseguenze delle decisioni d'incostituzionalità e scendendo nel merito delle proposizioni della sentenza della Corte, esiste un accordo generale nel ritenere che le Camere elette con la legge dichiarata incostituzionale non siano spazzate via ora per allora, e con queste tutti gli atti da esse compiuti. A parte il buon senso, ci

si può richiamare alle categorie del “rapporto esaurito” o “del fatto concluso”; alla figura dei funzionari di fatto o al generale principio della continuità degli organi costituzionali rappresentativi, di cui l’istituto della *prorogatio* può considerarsi espressione. Per gli atti da compiere nel tempo successivo alla dichiarazione d’incostituzionalità, il riferimento al “supremo principio” della continuità dello Stato, principio che avrebbe la virtù di giustificare ciò che è contrario alla legalità costituzionale, è stato sommerso da voci critiche che, con toni anche aspri, si sono levate dalla dottrina. Qualcuno, abituato a parlare schietto, ha usato l’espressione “mostruosità giuridica”, indignandosi che proprio la Corte abbia voluto avallare una simile idea e non si sia, quanto meno, limitata a tacere, lasciando ai politici la responsabilità di difendere (eventualmente) la sopravvivenza d’un parlamento non solo illegale ma anche antidemocratico: è la stessa Corte che, nella sentenza, afferma che l’elezione delle Camere in base alla legge elettorale incostituzionale era stato rotto il rapporto di rappresentanza, si era rotto il circuito democratico e si era espropriata la sovranità del popolo elettore. Insomma: non cose da poco. Dopo cotali affermazioni, ci si sarebbe aspettati che si andasse rapidamente al voto, per sostituire Camere illegittime con Camere legittime (applicando la legge elettorale come emendata dalla Corte, oppure una nuova legge elettorale approvata in tempi rapidi). Invece, nulla di tutto ciò: il Parlamento, così com’è, continua tranquillamente il suo lavoro, approva leggi, cambia la Costituzione, elegge i titolari di elevatissime cariche istituzionali. Ciò avviene – sembra – col consenso della Corte che ha tirato in ballo l’esigenza della continuità dello Stato: un’esigenza evidentemente giustificata ma, altrettanto evidentemente, tale da dover essere soddisfatta per altre vie che non quella di vanificare la dichiarazione d’incostituzionalità, sospendendone *sine die* la portata.

All’evidenza, ci deve essere stato qualche disagio nello scrivere questa motivazione nella quale le parole d’autosostentamento di cui s’è detto all’inizio abbondano più del consueto. Forse, si è stati sfiorati dal dubbio che si stavano dicendo parole d’inconsueta portata, che contraddicono il principio in base al quale possiamo dire di vivere in uno “Stato costituzionale” e non, semplicemente, in uno “Stato che ha una costituzione”. Con linguaggio preciso: *Verfassungsstaat* contro *Staatsverfassung*. Lo “Stato che ha una costituzione” è quello cui si attribuisce una sostanza politica, un’esistenza reale e autonoma che precede e, dunque, condiziona la costituzione. L’esistenza d’una costituzione è soltanto un’eventualità: importante ma non essenziale. L’essenziale è lo Stato. Se tra la Costituzione e lo Stato si crea una contraddizione, allora la costituzione cede allo Stato e lo Stato può scrollarsela di dosso, quando occorre. Chi è il sovrano? È lo Stato, come dice implicitamente la Corte, o è la Costituzione (o il popolo che agisce nelle forme e nei limiti della Costituzione), come dice l’art. 1, secondo comma della Costituzione e come pretende la tradizione del costituzionalismo alla quale diciamo di

appartenere? Schmitt o Kelsen? Quando poi si guarda dietro alle parole, si vede che dietro lo Stato stanno forze politiche e si può concludere con l'inquietante constatazione che la sentenza della Corte, liberandole dal vincolo alla Costituzione, ne ha legittimato la nuda forza, priva di diritto, e ha de-costituzionalizzato la politica.

La dottrina medievale e poi i padri del costituzionalismo moderno distinguevano due tipi di tirannia: *ex defectu tituli* e *quoad exercitium*. La distinzione è perenne e vale anche nel nostro caso. Nel diritto monarchico, il *titulus* legittimo stava nell'accertata discendenza regale; nel diritto democratico, sta nella regolare investitura elettiva. Quando l'azione dei governanti (l'*exercitium*) è benefica, si passa facilmente sopra la questione dell'origine del loro potere (il *titulus*). Ma, quando benefica non è più, è inevitabile che i cittadini che credono di vivere secondo una costituzione che legittima il potere si domandino il perché dell'obbligazione politica, cioè si chiedano quale ragione c'è di ubbidire a qualcuno che, oltre che non benefico, è anche abusivo. In epoca monarchica, le controversie sulla legittima successione erano la fonte dei contrasti politici più acuti. La stessa cosa, cambiati gli addendi, non c'è motivo perché non si possa riprodurre in epoca democratica.

4. La sent. cost. n. 24 del 2014

La sentenza di cui si è or ora discussa la motivazione, nella sua parte conclusiva, avrebbe potuto concludersi coerentemente con l'argomento addotto – la continuità dello Stato – invocando la massima *salus rei publicae suprema lex*. Sarebbe stato in linea. Ma, ciò non è avvenuto. È avvenuto poco dopo, nella sentenza (ennesima) riguardante il sequestro di Abu Omar, nella quale i servizi segreti statunitensi e italiani avevano collaborato per la cattura e il trasferimento illegale di costui dall'Italia all'Egitto. Si trattava, per la Corte, di determinare l'ampiezza del segreto di Stato e di renderlo in qualche accettabile misura compatibile con i principi dello Stato di diritto. Leggiamo. L'apposizione del segreto da parte del Presidente del Consiglio dei ministri è “afferente la tutela della *salus rei publicae*, e, dunque, tale da coinvolgere un interesse preminente su qualunque altro, perché riguardante la esistenza stessa dello Stato”. Nell'ambito di tale tutela, “il Presidente del Consiglio dei ministri gode di un ampio potere discrezionale, sul cui esercizio è escluso qualsiasi sindacato dei giudici comuni, poiché il giudizio sui mezzi idonei a garantire la sicurezza dello Stato ha natura politica”. Anzi: è escluso qualsiasi margine di controllo anche da parte della Corte costituzionale, quale giudice dei conflitti tra i poteri. A questa posizione la Corte di cassazione ha dovuto piegarsi, non rinunciando, però, ad esprimere il suo dissenso. Siamo, in effetti, alla rinascita della teoria dell'atto politico, teoria radicalmente in contrasto con i principi dello Stato costituzionale, teoria che, come tale, la dottrina e

la giurisprudenza hanno in passato demolito, come retaggio di concezioni superate.

Il segreto di Stato ha da sempre dato filo da torcere alla Corte costituzionale, e se ne comprende facilmente il motivo. Essa, però, fin dal 1977, aveva cercato contemperamenti, procedurali e sostanziali tra le ragioni della sicurezza e le ragioni del diritto. Aveva sì indulto all'impiego della *salus rei publicae* come argomento definitivo, ma l'aveva fatto con ritrosia, quasi come ricorso a un mezzo straordinario per superare una pietra d'inciampo sulla via dello Stato costituzionale. Da qualche tempo, sembra a partire dal 2012 (sent. n. 40), il contesto anche psicologico è cambiato: la *salus rei publicae* è il benvenuto passe-partout per togliersi dagli impicci e fornire facile supporto alle pretese del governo. Tra questa *salus* e la "ragion di Stato", il confine è diventato sottilissimo. Lo sconfinamento ci porta su un terreno opposto a quello, si potrebbe dire, della "costituzione di Stato".

5. La sent. cost. n. 10 del 2015

In fine, qualche parola deve dirsi a proposito d'una recente decisione in cui la Corte proclama a tutte lettere il proprio potere di modulare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce d'incostituzionalità, nella specie per spostarli in avanti, in un giudizio incidentale. La novità è grande, i problemi sono numerosi e i commenti lo sono stati e lo saranno altrettanto. Qui, dal punto di vista di queste note, si possono avanzare queste sommarie considerazioni.

Il punto di partenza – che qui si assume come un dato è la dichiarazione d'incostituzionalità, per irragionevolezza del mezzo rispetto al fine, della maggiorazione di un'aliquota tributaria per le imprese operanti nel settore petrolifero ed energetico. L'ordinario effetto retroattivo avrebbe comportato, come conseguenza, un minore gettito tributario, da un lato, e avrebbe aperto un contenzioso di difficile gestione per la ripetizione dell'indebito, tra i consumatori e le imprese che avessero trasferito su di loro il peso dell'aumento della pressione fiscale, ora dichiarato illegittimo.

Con una decisione che la Corte, alquanto arditamente, definisce di "bilanciamento" costituzionale, ma che è in realtà un mero compromesso tra aspettative divergenti, si stabilisce che la maggiorazione è incostituzionale, ma che gli effetti della dichiarazione si producono dal momento della pubblicazione della sentenza, trasformando l'annullamento della legge in abrogazione. Così, le somme incamerate dall'erario non vengono toccate, evitando di determinare squilibri nei conti dello Stato. Per conseguenza, la legge, pur riconosciuta essere incostituzionale, permane a regolare i rapporti nel frattempo venuti in essere, tra le imprese e l'erario stesso e tra i consumatori e le imprese.

Si lascino da parte i numerosi problemi di procedura costituzionale e, in primo luogo, i molti dubbi circa la compatibilità tra il differimento degli effetti dell'incostituzionalità e il sistema incidentale d'instaurazione del giudizio di costituzionalità. La Corte ha palesemente "instaurato" un nuovo modello di questione di costituzionalità, ha configurato il giudizio *a quo* come mera occasione del controllo di costituzionalità e ha trasformato la rilevanza-incidentalità da requisito necessario a carattere normale ma non necessario. Così facendo ha rivitalizzato vecchie concezioni ch'essa stessa, in passato, ha seccamente respinto. Di questo, si potrà parlare diffusamente in altra sede.

Ciò che preme qui sottolineare, nel merito, è il valore assoluto e prevalente sui diritti, assegnato al principio dell'equilibrio di bilancio. L'art. 81 della Costituzione, nella sua nuova formulazione, è assunto a super-norma, capace di modellare le relazioni giuridiche e le procedure costituzionali. L'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma tributaria, con effetti *ex tunc*, avrebbe determinato – dice la Corte – “uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale [parametri che la Corte “costituzionalizza” tramite il passaggio attraverso gli articoli 11 e 117 Cost.] e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime”. Non si tratta di valutare le buone o le cattive “ragioni sociali” della limitazione al futuro della portata dell'incostituzionalità (la Corte si preoccupa delle “fasce più deboli” della popolazione, nella prospettiva di uno spostamento – che viene dato per certo, mentre è solo un'eventualità - su di loro delle conseguenze necessarie al riequilibrio del bilancio, tramite l'aumento della pressione fiscale). Si tratta di illuminare l'effetto “di sistema” di tale pronuncia: il gestore responsabile della finanza pubblica è il governo. Alle sue esigenze si finisce per offrire una “zona franca” rappresentata dal fatto compiuto, quando il ripristino della legalità costituzionale possa determinare un “rilevante squilibrio di bilancio”. In questa zona franca, i giudici comuni non possono entrare e i diritti dei contribuenti non possono trovare tutela rispetto ai prelievi (illegittimi) cui siano stati sottoposti tra l'entrata in vigore della legge incostituzionale e la relativa dichiarazione d'incostituzionalità.

6. Nota conclusiva

Le quattro vicende costituzionali cui s'è fatto cenno sono molto diverse tra loro, ma hanno un aspetto in comune: la difesa del *gubernaculum* a discapito della *iurisdictio*. Nel caso della sent. n. 1 del 2013, alla giurisdizione

è stata preclusa la disponibilità di materiale probatorio, ipoteticamente utile nella conduzione di indagini penali. Nel caso della sent. n. 1 del 2014, alla giurisdizione è stato sottratto il compito di valutare gli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità della legge elettorale sulla vita della legislatura in corso e sulla validità degli atti in essa compiuti. Con la sent. n. 24 del 2014, s'è riconosciuta un'area di segreto, protetta rispetto alle indagini giudiziarie, a totale disposizione del potere esecutivo. Con la sent. n. 10 del 2015, s'è costruito un ambito d'irresponsabilità nella politica tributaria, insensibile agli interventi della giurisdizione.

In tali casi, al depotenziamento della funzione giudiziaria è corrisposto il potenziamento della funzione di governo, addirittura identificata *tout court* con la tenuta dello Stato e con la difesa della sua *salus*. Il depotenziamento della funzione giudiziaria non è solo questione di dialettica tra i poteri: sullo sfondo c'è la tutela dei diritti. In tutti e quattro i casi citati, i diritti sono passati in secondo piano.

Si può azzardare l'idea che questo è il tempo dell'esecutivo piglia-tutto e che la giustizia costituzionale, da giurisdizione costituzionale dei diritti (secondo una nota definizione risalente a diversi decenni fa) e dei poteri si stia trasformando, sia pure inavvertitamente, in giurisdizione del potere.

IL RUOLO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE FINO AL 2013

Omar Chessa

1. È noto che, diversamente da altri ambiti, la giurisprudenza costituzionale riguardante direttamente il Presidente della Repubblica (d'ora in poi, PdR) è molto contenuta. Se poi si volge l'attenzione sulle pronunce che specificamente prendono posizione sul "ruolo" del Capo dello Stato nel sistema costituzionale, l'impressione di scarsità è ancor più viva: esse, infatti, si riducono a due sentenze, la 200 del 2006 e la 1 del 2013.

Obbedendo al mandato ricevuto dal direttivo del Gruppo di Pisa, che circoscrive il mio compito alla trattazione della giurisprudenza costituzionale sul ruolo presidenziale fino alle soglie del 2013, mi occuperò pertanto solo della prima delle due pronunce, richiamando la seconda solo per quanto è strettamente necessario al fine di chiarire profili della precedente.

La sent. 200/2006 è dunque la prima delle due pronunce nelle quali la Corte costituzionale "dichiara", per così dire, la propria concezione del ruolo presidenziale (la seconda, come ho detto, è la sent. 1/2013). Il contenuto della decisione è notissimo e ampiamente commentato in dottrina. Non c'è bisogno che io vi ritorni in modo puntuale ed esaustivo. In estrema sintesi, dico solo che per i giudici costituzionali «l'esercizio del potere di grazia risponde a finalità essenzialmente umanitarie, da apprezzare in rapporto ad una serie di circostanze, inerenti alla persona del condannato o comunque involgenti apprezzamenti di carattere equitativo»: e difatti, sempre nell'opinione della Corte, «la funzione della grazia sarebbe quella di attuare i valori costituzionali, consacrati nel terzo comma dell'art. 27 Cost., garantendo soprattutto il "senso di umanità", cui devono ispirarsi tutte le pene». Dopodiché la Corte prende posizione sulla titolarità sostanziale dell'attribuzione affermando che deve ricadere nella sfera esclusiva del PdR «quale organo *super partes*, "rappresentante dell'unità nazionale", estraneo a quello che viene definito il "circuito" dell'indirizzo politico-governativo, e che in modo imparziale è chiamato ad apprezzare la sussistenza in concreto dei presupposti umanitari che giustificano l'adozione del provvedimento di clemenza» (Punto 7.1. del *Considerato in diritto*).

Per quanto mi consta, è la prima volta che la Corte offre una definizione generale del ruolo e della posizione del Capo dello Stato nel sistema costituzionale. La seconda volta lo farà nella sentenza 1/2013, che – a mio avviso – ribadisce la linea dogmatica della precedente, sviluppandone le potenzialità. Difatti, la 1/2013 non solo riafferma la natura *super partes* del PdR, in quanto

organo «collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche», ma aggiunge che sarebbe provvisto di «competenze che incidono su ognuno dei citati poteri, allo scopo di salvaguardare, ad un tempo, sia la loro separazione che il loro equilibrio»: di qui il riconoscimento in capo al PdR di un «ruolo di garante dell'equilibrio costituzionale».

2. Ma la sent. 200/2006 non è importante solo perché definisce la posizione del Capo dello Stato nel sistema costituzionale. Propone, altresì, una ben precisa ricostruzione dogmatica degli atti presidenziali, perché per la prima volta definisce la natura della controfirma ministeriale, aderendo alla c.d. concezione «polifunzionale».

Infatti, nel Punto 7.2.4. del *Considerato in diritto* può leggersi che la controfirma assume «un diverso valore a seconda del tipo di atto di cui rappresenta il completamento o, più esattamente, un requisito di validità». Sicché «alla controfirma va attribuito carattere sostanziale quando l'atto sottoposto alla firma del Capo dello Stato sia di tipo governativo e, dunque, espressione delle potestà che sono proprie dell'Esecutivo, mentre ad essa deve essere riconosciuto valore soltanto formale quando l'atto sia espressione di poteri propri del Presidente della Repubblica, quali – ad esempio – quelli di inviare messaggi alle Camere, di nomina di senatori a vita o dei giudici costituzionali».

Curiosamente, dall'elenco degli atti propriamente presidenziali la Corte tiene fuori il rinvio delle leggi, ma non credo che ciò debba leggersi come una volontà di esclusione, piuttosto come una dimenticanza, considerato che questo è considerato, per eccellenza, l'atto sostanzialmente presidenziale: un atto che avrebbe perfino carattere paradigmatico e rivelatore del ruolo essenziale del PdR (perlomeno stando alla ricostruzione che ne propose Serio Galeotti¹).

Sono dunque due le tesi fondamentali che i giudici costituzionali propongono con riguardo al ruolo presidenziale. La prima tesi è l'idea che l'art. 87 Cost., nel qualificare il capo dello stato come «rappresentante dell'unità nazionale», lo definisca implicitamente come organo *super partes*, estraneo al circuito dell'indirizzo politico-governativo e chiamato a svolgere in modo imparziale le sue attribuzioni. La seconda tesi, che sortirebbe logicamente dalla precedente, è la natura polifunzionale della controfirma, da cui deriva la necessità di distinguere almeno due tipologie di atti presidenziali, quelli formalmente ma sostanzialmente governativi e quelli formalmente ma sostanzialmente presidenziali (cui sarebbe da ricondurre la grazia).

Poiché i giudici costituzionali sembrano adottare uno schema binario, di-

¹ S. GALEOTTI (*Il rinvio presidenziale di una legge* (1950), ora in Id., *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantistica del capo dello stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, Milano, 1992; S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, 1996.

stinguendo soltanto tra valore sostanziale della controfirma negli atti propriamente governativi e valore formale della controfirma negli atti propriamente presidenziali, parrebbe che non ci sia spazio per una terza categoria, ossia per gli atti presidenziali complessi, in relazione ai quali la controfirma avrebbe indubbiamente valore sostanziale sebbene tali atti non siano propriamente o esclusivamente governativi. Ma al momento questa è solo una supposizione, considerato che la Corte non prende esplicitamente posizione sul punto.

3. Dicevo che le tesi fondamentali sul ruolo presidenziale, proposte dalla sent. 200/2006, sono due. Le analizzerò partitamente, provando a rispondere alle seguenti domande di fondo: in che senso possiamo dire che è corretto attribuire al Capo dello Stato natura di organo *super partes*, estraneo al circuito dell'indirizzo politico-governativo? La seconda tesi, cioè la visione polifunzionale della controfirma, è veramente un'implicazione logico-sistematica necessaria della prima tesi? Quali sono, infine, i presupposti, i punti di forza e i punti di debolezza della concezione polifunzionale?

Innanzitutto va osservato che la Corte, nella sentenza in esame, non dice mai che il Capo dello Stato è garante della Costituzione; e pertanto non definisce mai la funzione presidenziale come una funzione di garanzia costituzionale in senso proprio. E infatti, la natura di organo *super partes*, estraneo al circuito dell'indirizzo politico-governativo, avrebbe il suo fondamento positivo nell'art. 87 Cost., cioè nella definizione del Capo dello Stato come «rappresentante dell'unità nazionale». Credo che questa precisazione sia importante, perché il fatto di essere un organo costituzionale *super partes* non implica di per sé che abbia una funzione di garanzia costituzionale; così come non implica una tale funzione il fatto che il PdR sia qualificato come «rappresentante dell'unità nazionale». A ben vedere, ciò da cui si trae la concezione garantistica della funzione presidenziale è proprio la visione polifunzionale della controfirma, la quale sarebbe infatti inconcepibile se non si presumesse l'esistenza di una funzione presidenziale di controllo giuridico-costituzionale (ma su questo profilo ritornerò dopo).

4. Ritornando all'art. 87 Cost., la questione è se la rappresentanza dell'unità nazionale implichi veramente tutto ciò che la sent. 200/2006 ritiene di poterne ricavare, ossia 1) la natura di organo *super partes* e, a seguire, 2) l'estraneità presidenziale dal circuito dell'indirizzo politico-governativo. Ebbene, la mia tesi è che tra le due asserzioni non ci sia una concatenazione logica necessaria. E in particolare sostengo che l'art. 87 fonda, sì, l'idea che il Capo dello Stato debba considerarsi organo *super partes*, ma che ciò non si accompagna necessariamente alla tesi che sia organo di cui deve predicarsi l'a-politicità.

Ha ragione, quindi, Massimo Luciani quando scrive che «se il capo dello Stato rappresenta l'unità nazionale, questo vuol dire che tutta la nazione

deve trovare, in quell'organo, la propria rappresentazione, sicché il presidente non si potrebbe far portatore delle esigenze o delle preferenze politiche di una fazione, e men che meno potrebbe costituirsi un vero e proprio "partito del presidente"². Bisogna aggiungere, però, che associare l'impoliticità alla funzione di rappresentanza è operazione difficile da giustificare nel contesto del pensiero giuspolitico moderno e contemporaneo. Rappresentare l'unità nazionale è tradizionalmente la massima espressione di politicità. Non per caso, a mente dell'art. 67 della Costituzione, anche «ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione»: pure dei parlamentari dovremmo dunque asserire l'estraneità rispetto al processo formativo dell'indirizzo politico?

Può contro-obiettarsi che mentre il singolo parlamentare «rappresenta la Nazione», il PdR invece «rappresenta l'unità nazionale»: sicché il secondo – diversamente dal primo – non potrebbe farsi portatore di «nessuna politica di parte»³. Ora, a parte il fatto che l'espressione «politica di parte» presuppone logicamente che vi sia anche una politica «non di parte» e che è assai arduo distinguere tra la prima e la seconda, atteso che chiunque si faccia portatore di una "politica" ne afferma la corrispondenza con l'interesse generale, c'è da dire in più che "rappresentare la Nazione" è la medesima cosa che "rappresentare l'unità nazionale": che ci starebbe a fare, altrimenti, il divieto di mandato imperativo se non a sganciare la prestazione rappresentativa di ciascun parlamentare da questa o quella frazione di Nazione per agganciarla alla totalità unitaria degli interessi nazionali? Per queste ragioni reputo fallito il tentativo di differenziare i significati delle due formule «rappresentare la Nazione» e «rappresentare l'unità nazionale»⁴.

² M. LUCIANI, *Corte costituzionale e presidente della repubblica*, in *Il Foro Italiano*, 2000, 26-27.

³ Come sostenuto sempre da M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 27.

⁴ Mi riferisco alle fini (ma non condivisibili) osservazioni critiche svolte sul mio libro (*Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli, 2010) da G. SCACCIA, *Recensione*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2011, 338 (pubblicata anche su *Diritto & Questioni Pubbliche*, fasc. 11/2012 col titolo *I limiti del costruttivismo interpretativo*, 98), il quale asserisce che tra le due formule c'è «un'assonanza» (...) che è contestabile esprima omogeneità di concetti»: ma per sostenere questa conclusione da un lato scrive che «nell'art. 67, diversamente dall'art. 87, non si esprime un'aspettativa di neutralità e super-oggettività, incompatibile con l'essenza del mandato parlamentare», dall'altro però aggiunge che sempre in base all'art. 67 «il singolo parlamentare (...) portatore di interessi parziali (...) è chiamato a traslitterarli in una formula che riassume e sintetizzi un più maturo equilibrio di convivenza, e in definitiva, una dimensione più elevata del bene comune, non riducibile alla somma algebrica di interessi frazionabili»: ebbene, cos'altro ciò potrebbe significare se non che il singolo parlamentare è chiamato dalla Costituzione a rappresentare l'interesse generale, e quindi l'«unità nazionale», anziché l'interesse di fazione? Ma vedi anche S. Pajno, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia: You'd Better Believe it!*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, fasc. 11/2012, 35, per il quale il fatto che i membri del Parlamento rappresentino la Nazione significa che «hanno il compito di proporre una visione partigiana dell'interesse di tutti». Però non è chiaro se con ciò si vuole dire che spesso, di fatto, i parlamentari propingono la propria

Certo, può sostenersi che lo scopo dell'art. 67 è «consentire che la volontà dei parlamentari, per quanto a mezzo di una *fictio*, sia imputabile alla Nazione, intesa come un tutto» e che «non per questo l'art. 67 occulta il fatto che questa volontà (*ficta*) del “tutto” è il risultato del confronto/scontro di “parti”. Laddove, invece, proprio in ragione del riferimento specifico all'unità, discorso opposto vale per il capo dello stato»⁵.

Senonché ciò sarebbe condivisibile solo a condizione che nell'art. 67 ci fosse scritto «Il Parlamento rappresenta la Nazione»: solo in tal caso sarebbe corretto asserire che l'art. 67 non occulta «il fatto che questa volontà (*ficta*) del “tutto” è il risultato del confronto/scontro di “parti”». In altre parole, se in base al dettato costituzionale fosse il Parlamento a rappresentare la Nazione, non solo potrebbe presumersi che la volontà parlamentare corrisponda a quella nazionale, ma potrebbe pure aggiungersi che il processo formativo di tale volontà sarebbe il «risultato del confronto/scontro di “parti”». Tuttavia l'art. 67 non imputa alla Nazione la volontà di un Parlamento al cui interno ciascuno avrebbe il diritto di essere “parte”, “fazione” esponentiale d'interessi particolari: al contrario dice che «ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione». Ciascun deputato e senatore, dunque, deve informare la propria attività politica al perseguimento del bene comune: la rappresentanza nazionale non è quindi la risultante obiettiva di un processo di «confronto/scontro di “parti”», ma è la missione che soggettivamente ricade su chiunque rivesta una carica elettiva in una delle due Camere.

5. Lo scopo che mi prefiggo con queste precisazioni è negare che possa esserci una differenza apprezzabile tra la «rappresentanza della Nazione» e la «rappresentanza dell'unità nazionale» e quindi, sul punto specifico, una differenza apprezzabile tra la funzione rappresentativa del parlamentare e quella del PdR. Ritengo invece inutile continuare a chiedersi se il Capo dello Stato sia dentro il recinto degli organi di garanzia ovvero dentro quello degli organi di indirizzo politico⁶.

visione dell'interesse di tutti o che la Costituzione li autorizza a fare una cosa del genere: se s'intende la prima cosa, allora deve osservarsi che può capitare che anche il PdR di fatto manifesti la propria visione dell'interesse di tutti (o la propria visione di quale sia la lettura migliore dei principi costituzionali); se invece s'intende la seconda cosa, direi che ci troviamo di fronte a un vero e proprio ossimoro: il parlamentare deve rappresentare l'interesse di tutti, ma può farlo in modo partigiano, cioè in modo da curare solo l'interesse di alcuni...

⁵ M. LUCIANI, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2011, 12, nt. 51.

⁶ Il mio lavoro monografico del 2010 (*Il Presidente della Repubblica parlamentare*) è stato interpretato come se avesse l'obiettivo di accreditare la riconduzione del PdR tra gli attori politici, insieme al Governo e alle Camere, ma in realtà il mio vero obiettivo – come peraltro si evince dall'intero Cap. III, *La separazione tra indirizzo e garanzia: un modello da respingere* – era piuttosto polemico e si rivolgeva contro il modello interpretativo dominante basato, appunto, sul binomio indirizzo/garanzia, sicché non avrei fatto altro che confermare tale modello se avessi ascrivito il Capo dello Stato all'uno o all'altro campo.

Bisognerebbe, inoltre, riflettere su ciò che deve intendersi per «politica nazionale»⁷: il binomio indirizzo/garanzia muove da una visione della politica e della rappresentanza politica che, seppure impropriamente, possiamo chiamare “decisionistica”, cioè concepisce la politica nazionale come l’ambito in cui si esprime un volontarismo non pregiudicato da principi e valori di cui si debba offrire la prova della loro obiettività e vincolatività. È una visione che deve molto al «politeismo dei valori» di Max Weber: c’è decisione politica dove non c’è il vincolo obiettivo della morale e del diritto; e in una democrazia gli esiti di questa attività politica decidente si giustificano solo in quanto prodotti di una volontà autoaffermentesi secondo la regola di maggioranza⁸. Occorre chiedersi, però, se sia questo il senso della «politica nazionale» di cui parla la nostra Costituzione o se, invece, non sia più corretto identificare la politica nazionale con ciò che è preordinato al bene comune, alla volontà generale, nel presupposto che «politico non vuol dire partitico»⁹.

Indubbiamente ciò che si registra spesso nelle vicende politiche è la partigianeria e la difesa strategica d’interessi particolari e non certo lo sforzo di curare l’interesse generale. Ma forse non è irragionevole interpretare la Costituzione (italiana e, in genere, democratica) come se avesse una visione della politica e dell’indirizzo politico più nobile di quella esistenziale tratta dall’osservazione empirica dei processi politici reali. Ecco dunque che la «politica nazionale» di cui parla la nostra Costituzione (all’art. 49 Cost., cui si riconnettono gli artt. 67 e 87, e quindi la rappresentanza della Nazione da parte di ogni parlamentare e dell’unità nazionale da parte del PdR) non è la volontà che i più impongono ai meno, che la fazione più forte impone a quella più debole, ma è invece la volontà generale, il bene comune. Non intendo negare che sia *esistenzialmente* possibile che si manifestino modalità diverse d’interpretare il bene

⁷ Formula che compare, come è noto, nell’art. 49 Cost.

⁸ Questa concezione “moderna” della politica trapela nitidamente dalle parole di G. Zagrebelsky, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014, Kindle edition, pos. 337 di 1336: «la politica dei Moderni (...) è, prima di tutto, scelta dei fini e, secondariamente, la predisposizione dei mezzi», nel senso che «la politica è la sfera della libertà rispetto ai fini», sicché mentre «per gli Antichi la politica era dettata dalla *conoscenza*; per i Moderni è dettata da una *scelta*». Volendo prendere in prestito le parole di P. PASQUINO, *Votare e deliberare*, in *Fil. pol.*, n. 1, 2006, 103 ss., per la visione “moderna” della politica chi prende decisioni politiche, siano queste le scelte elettorali o gli atti di governo, «è sovrano, nel senso di sovrano dell’epoca barocca, il quale può affermare delle proprie decisioni: *Sic volo sic jubeo, stat pro ratione voluntas*», ossia «decido come voglio e la mia volontà sovrana vale come argomento (o come ragione)».

⁹ Come scrive esattamente G.U. Rescigno, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Giur. cost.*, II, 2006, 2010. Ma ovviamente è lungi da me la volontà di attribuire a Giuseppe Ugo Rescigno la tesi secondo cui la «politica nazionale» deve intendersi non già nell’accezione “moderna” del concetto di “politico” bensì secondo quella che Gustavo Zagrebelsky (vedi nt. precedente) chiama visione “antica”.

comune (così come sono *esistenzialmente* possibili interpretazioni diverse del dettato costituzionale, i cui principi e regole sono – peraltro – parte integrante delle valutazioni che debbono presiedere alla determinazione del bene comune); ed è pure *esistenzialmente* possibile che taluni attori politico-partitici non siano sinceramente mossi dal desiderio di assecondare questa visione “alta” e “costituzionale” della politica nazionale o che siano mossi da agire strategico anziché discorsivo: tutto ciò – ripeto – è possibile e osservabile, ma non è detto che sia quanto la Costituzione intenda per «politica nazionale»¹⁰.

Insomma, non c'è dubbio che la partigianeria politica, la faziosità, la cura di interessi particolari siano dei fatti che indiscutibilmente connotano la vita politica e istituzionale: sarebbe irrealistico negare il peso che l'agire strategico (in luogo di quello discorsivo) gioca nella pratica politica corrente. Tuttavia questi sono solo fatti e non anche il contenuto di una competenza costituzionalmente riconosciuta a favore degli attori politici: non c'è una distinzione *costituzionalmente rilevante* tra una politica ordinaria che può essere spontaneamente e dichiaratamente di parte e una politica “alta” che invece deve mirare al bene comune, all'interesse generale. La teorizzazione di questo doppio livello della politica democratica può avere un fondamento empirico, ma non ha fondamento e rango costituzionale: sicché neppure può fondare un riparto di competenze tra attori costituzionali diversi.

6. Ma quel che più conta è che il dato positivo offerto dall'art. 87, e cioè la rappresentanza (politica) dell'unità nazionale e la natura *super partes* della politica presidenziale, non è certo sufficiente al fine di accreditare la visione polifunzionale della controfirma. Occorre dell'altro, e cioè proprio la concezione garantistica del capo dello stato e del ruolo presidenziale.

In effetti, possiamo asserire che la controfirma ha un valore sostanziale negli atti propriamente governativi e un valore formale in quelli propriamente presidenziali, solo presupponendo che ci siano atti sostanzialmente governativi e atti sostanzialmente presidenziali. Questa grande divisione, a sua volta, rimanda all'idea che il capo dello stato abbia una vera e propria funzione di garanzia costituzionale e che, per questa ragione, debba rimane-

¹⁰ Questa non è certo la sede per sviluppare a fondo una questione tanto complessa, ma ritengo che a sostanziare il contenuto normativo dell'accezione costituzionale di «politica nazionale» sia, soprattutto, il progetto o programma del «pieno sviluppo della persona umana» nei termini in cui è enunciato dal secondo comma dell'art. 3 Cost. È dunque questa formula a esemplificare icasticamente la complessa “moralità politica” che sta alla base della nostra Costituzione repubblicana. Sul punto offro qualche riflessione più approfondita in un libro di prossima pubblicazione dal titolo *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza delle banche centrali, pareggio di bilancio*. Per quanto riguarda il ruolo della nozione di «moralità politica» nell'interpretazione costituzionale vedi l'intero *opus* di RONALD DWORKIN e, volendo, O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, 321 ss.

re estraneo all'attività di direzione politica spettante al parlamento e al governo. Ci sarebbero dunque due versanti: il primo occupato dagli organi di indirizzo (parlamento e governo), il secondo dagli organi di garanzia (corte costituzionale e PdR); il primo dalle funzioni di direzione politica e il secondo dalle funzioni di controllo costituzionale: di conseguenza, taluni atti costituzionali per via della loro "politicità" apparterrebbero al primo versante, mentre altri atti costituzionali – quelli concretanti una funzione di controllo costituzionale – sarebbero riconducibili al secondo¹¹.

Questa grande divisione ha un rilievo strategico importante, perché – come ho detto – si traduce operativamente soprattutto nella teoria polifunzionale della controfirma ministeriale. Esiste cioè un nesso molto forte tra la tesi della distinzione tra indirizzo e garanzia e la tesi che attribuisce diverse funzioni all'istituto della controfirma. Peraltro tra queste due tesi non c'è un *prius* e un *posterius*. Difatti si sostengono reciprocamente, senza che sia possibile indicare chiare priorità logiche: l'una accredita l'altra, e viceversa.

7. Tuttavia la sent. 200/2006, nel concepire la grazia come atto sostanzialmente presidenziale e nel declassare la controfirma ministeriale a funzione di controllo governativo dell'attività presidenziale, fa emergere tutti i cortocircuiti della concezione polifunzionale, specialmente con riguardo alla categoria degli atti sostanzialmente presidenziali.

Per avvedersene basta riflettere su una delle differenze fondamentali che passano tra la visione monofunzionale e quella polifunzionale della controfirma: mi riferisco al fatto che la seconda, diversamente dalla prima, implica necessariamente una densa giuridificazione dei rapporti tra PdR e Governo¹². Se – ad esempio – un atto è qualificato come sostanzialmente presidenziale e la controfirma è intesa come esplicazione di una funzione governativa di controllo, allora il PdR può pretendere che il suo atto entri in vigore, una volta sussistenti i presupposti che ne giustificano l'adozione, e di conseguenza il Governo ha il dovere di controfirmarlo; e viceversa, il Governo può legittimamente opporre il suo diniego di controfirma, se invece i presupposti che giustificano l'adozione dell'atto non sussistono. Ne discende che il Capo dello Stato potrà adire la Corte costituzionale in caso di diniego illegittimo e che la Corte debba dare ragione o torto al Capo dello Stato secondo che, rispettivamente, il diniego di controfirma sia stato illegittimo ovvero legittimo¹³.

¹¹ La letteratura costituzionalistica che aderisce a questo schema interpretativo è estesa e assolutamente prevalente (almeno per ora): ne do conto in O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., 65 ss. e 85 ss.

¹² Rilievo che compare chiaramente pure in G.U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, cit., *passim*.

¹³ Invece, nel caso della dottrina dell'atto presidenziale come "atto complesso" – dottrina che evoca, evidentemente, una concezione monofunzionale della controfirma – non si assiste

Senonché questa giuridificazione innesca una contraddizione strutturale con la visione garantistica del PdR (che pure è il fondamento della concezione polifunzionale della controfirma). Se infatti è la stessa Corte costituzionale a definire il capo dello stato come «organo *super partes*» e, successivamente, come «garante dell'equilibrio costituzionale» (affermazione che si rinviene nella sent. 1/2013), è difficile immaginare che i giudici costituzionali possano mai sconfessare le decisioni presidenziali, perché ciò equivarrebbe a negare che il capo dello stato abbia operato come garante, con un effetto potente di delegittimazione del suo ruolo. È vero che il Presidente può essere parte di un conflitto di attribuzioni, ma l'eventualità di una sua soccombenza è praticamente esclusa, visto che non potrebbe realizzarsi senza compromettere seriamente l'idea che la funzione presidenziale sia di garanzia¹⁴.

Intendiamoci, anche un garante può sbagliare. Tanto è vero che assai spesso criticiamo le pronunce della Corte costituzionale che riteniamo poco condivisibili. Ma resta il fatto che contro di esse «non è ammessa forma alcuna di impugnazione» (art. 137 Cost.): le decisioni di chi esercita funzioni di garanzia devono avere carattere definitivo¹⁵, e lo stesso dovrebbe poter valere anche per quelle del Capo dello Stato, se è vero che sono espressione di un ruolo di garanzia. A ben vedere, è proprio questo il motivo per cui i giudici costituzionali, nella misura in cui aderiscono alla concezione garantista delle funzioni presidenziali, sarebbero in un certo senso costretti, per logica istituzionale, a dare sempre ragione al PdR, sebbene anche gli atti di questo organo siano impugnabili dinanzi alla giurisdizione costituzionale.

In altre parole, la giustiziabilità costituzionale degli atti presidenziali innesca una contraddizione insuperabile con la qualificazione del Capo dello Stato come «garante dell'equilibrio costituzionale» (volendo sempre usare la formula della sent. 1/2013). Delle due l'una, quindi: o ci teniamo la contraddizione, prendendo atto che la sottoposizione degli atti sostanzialmente presidenziali alla giurisdizione costituzionale è puramente rituale, oppure la sciogliamo rimuovendo uno dei due termini della contraddizione; cioè, o si

alla giuridificazione illustrata nel testo: se l'atto presidenziale può sorgere validamente solo dall'incontro delle due distinte volontà del PdR e del Governo, il mancato accordo rileva solo sul piano dei rapporti politici, nel senso che il Governo sarà sempre libero di non controfirmare e il Capo dello Stato sempre libero di non dare seguito alla proposta governativa e quindi sempre libero di non adottare l'atto. In base a questa ricostruzione la condizione perché un atto presidenziale sia valido e vigente è il consenso di entrambi gli organi, cosicché, se manca questo consenso, non avrebbe senso rivolgersi alla Corte costituzionale perché vi ponga rimedio.

¹⁴ Lo spunto si rinviene anche in G. ZAGREBELSKY, *Relazione a questo Convegno*, per il quale, in sostanza, male avrebbe fatto il presidente a rivolgersi alla Corte, perché mai la Corte darebbe torto al Presidente e mai il Presidente darebbe torto alla Corte, nel presupposto che entrambi siano i due garanti, i due pilastri del sistema costituzionale.

¹⁵ Come giustamente ricorda M. LUCIANI, *Corte costituzionale e presidente della repubblica*, cit., 28.

rinuncia alla possibilità di sottoporre gli atti sostanzialmente presidenziali alla giustizia costituzionale, rafforzando così la sacralità che circonda il capo dello stato, oppure si abbandona l'idea che gli atti propriamente presidenziali siano espressione di un'intangibile funzione di garanzia¹⁶.

8. La mia previsione è che ci terremo la contraddizione. Ma in tal caso bisognerà prendere consapevolezza delle ripercussioni che si producono sul versante della classificazione degli atti presidenziali, anche – ma non solo – con riguardo agli atti denominati “sostanzialmente governativi”.

In dottrina è radicata la tesi che il capo dello stato possa negarne l'emana-zione adducendo ragioni di ordine costituzionale. La funzione presidenziale di garanzia, infatti, può esprimersi tanto in termini positivi, cioè attraverso quegli atti che tipicamente sono fatti ricadere nel suo potere di determinazione sostanziale, tanto in termini negativi, cioè inibendo l'entrata in vigore degli atti che avrebbero forma presidenziale ma sostanza governativa. Ovviamente, nella logica del modello, il Governo potrebbe rivolgersi alla Consulta se ritiene che il diniego presidenziale non sia costituzionalmente giustificato. Ma se è vero quanto asserito prima, sarà alquanto improbabile che i giudici costituzionali sconfessino la funzione presidenziale di garanzia che si è espressa nel diniego oggetto di impugnazione governativa. Non è pensabile, infatti, che rovescino l'apprezzamento presidenziale delle ragioni di ordine costituzionale che starebbero alla base del rifiuto di emanare l'atto sostanzialmente governativo¹⁷.

In questo modo, però, se la mia previsione dovesse trovare conferma, si avrebbe l'effetto indiretto di trasformare gli atti sostanzialmente governativi in atti complessi. Nella misura in cui la Corte, in nome della visione garanti-

¹⁶ Il che, però, travolgerebbe la stessa idea che ci siano “atti propriamente presidenziali”, rendendo dogmaticamente insostenibile la concezione polifunzionale della controfirma e quindi la stessa classificazione degli atti presidenziali in almeno due categorie, quelli sostanzialmente presidenziali e quelli sostanzialmente governativi: senza il supporto teorico della concezione garantista, nella varietà delle sue declinazioni possibili, se ne deve concludere che tutti gli atti presidenziali non possono che essere ricostruiti come “atti complessi”, come argomento estesamente in O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli 2010: ma in tal caso va da sé che non avrebbe neanche più senso ragionare di una giustiziabilità costituzionale degli atti presidenziali per iniziativa del Governo ovvero del PdR, come spiego nella precedente nt. 13.

¹⁷ Nel caso poi del decreto-legge, che per la concezione polifunzionale è atto presidenziale tipicamente ricondotto nel novero di quelli sostanzialmente governativi, la mancata emanazione presidenziale non sarebbe neppure rimediabile da una pronuncia dei giudici costituzionali che desse ragione al Governo e torto al PdR: infatti, il diniego presidenziale avrebbe comunque inibito il potere governativo di provvedere nel caso di necessità e urgenza; e una sentenza della Corte costituzionale, sempre di necessità tardiva rispetto al presupposto fattuale giustificativo del decreto, non potrebbe certo ripristinare il potere lesa, perché rimuoverebbe l'impedimento all'esercizio del potere normativo del Governo, ma certo non restituirebbe al Governo il potere di adottare atti normativi urgenti con riguardo a quello specifico caso.

stica del PdR, si astenesse dal sindacare le interpretazioni costituzionali rese dal capo dello stato nell'esercizio delle sue funzioni, si dovrebbe prendere contezza che gli atti che la dottrina maggioritaria classifica come ricadenti nella competenza sostanziale del governo sono invero atti subordinati altresì al consenso presidenziale. Certo, si sostiene che tale consenso può essere negato solo allo scopo di far valere regole o principi costituzionali. Ma una volta che la valutazione presidenziale di tali regole e principi è trattata come se di fatto fosse insindacabile (perché, se sindacata, la funzione presidenziale di garanzia sarebbe smentita), il risultato che ne deriva è la pratica indistinguibilità tra gli atti sostanzialmente governativi e gli atti complessi.

Ma non mancherebbero ripercussioni pure sul versante degli atti sostanzialmente presidenziali. È noto che la principale difficoltà dommatica legata a questa tipologia di atti è la funzione da assegnare alla controfirma ministeriale: non si capisce bene a che serva.

In alcune versioni della teoria polifunzionale sembra quasi che si voglia affermare uno scambio di ruoli tra PdR e Governo riguardo alle diverse tipologie di atti: in alcuni sarebbe il Governo a determinarne (politicalmente) il contenuto, con il PdR che controlla la regolarità costituzionale dell'attività governativa; in altri sarebbe il Capo dello Stato a deciderne il contenuto, con il Governo che ne controlla la regolarità costituzionale. Ma oltre al fatto che questa intercambiabilità funzionale, che tanto s'avvicina alla logica del giuoco fanciullesco guardie e ladri, sembra sconfessare la stessa premessa di fondo di una netta separazione tra attività/organismi di indirizzo e attività/organismi di garanzia, c'è da dire inoltre che appare logicamente difettosa l'ipotesi che il Governo eserciti un controllo costituzionale sugli atti presidenziali di controllo costituzionale!¹⁸

E difatti non è chiaro che tipo di controllo sia. Se si tratta di un controllo giuridico-costituzionale, suona paradossale che il Governo controlli la regolarità giuridico-costituzionale degli atti presidenziali di controllo giuridico-costituzionale. E ancora più paradossale sarebbe se, in caso di dissenso tra Governo e PdR circa le modalità di esercizio del controllo presidenziale, i giudici costituzionali dessero ragione al primo, asseverando il fatto che il Governo ha svolto correttamente il controllo sull'attività presidenziale di controllo e, di riflesso, il fatto che il PdR non ha svolto correttamente il proprio compito di controllo. Anche in questa circostanza la logica istituzionale che sta dietro la visione garantista del capo dello stato esclude che i giudici costituzionali possano dichiarare la soccombenza della funzione presidenziale di garanzia di fronte alla funzione anch'essa di garanzia che il Governo esercita nei confronti dell'attività presidenziale¹⁹.

¹⁸ Il rilievo – come è noto – era già in C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, cit., 295, nt. 42.

¹⁹ Preavvertendo l'insorgere di questa difficoltà e quasi al fine di preconstituire la replica ad una possibile obiezione, V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano,

9. Di tutto ciò offre la riprova la sent. 200/2006, la quale non per caso si guarda bene dall'affermare o negare la possibilità del diniego ministeriale di controfirma nei confronti dell'atto presidenziale di grazia²⁰.

Astrattamente, se la grazia può essere concessa solo «per ragioni umanitarie» (come afferma la pronuncia), ne discende che la sua concessione sarebbe illegittima qualora queste ragioni umanitarie non sussistessero, e che il Ministro ben potrebbe far valere questa illegittimità negando la controfirma. Non solo, come nota giustamente Rescigno, «può anche ipotizzarsi il caso di un rifiuto o una inerzia illegittima del Presidente della Repubblica (ad es., perché sussistono le ragioni umanitarie ipotizzate dalla Corte e/o perché il Capo dello Stato non ha motivato il suo diniego e/o perché non lo ha comunicato al Ministro), cosicché deve potersi immaginare anche la possibilità che sia il Ministro a ricorrere alla Corte contro il diniego o l'inerzia illegittima del Presidente della Repubblica»²¹.

Ma praticamente – come già si è detto – è impensabile che la Corte costituzionale, sollecitata dal PdR contro il diniego ministeriale, accerti che l'apprezzamento delle «ragioni umanitarie» svolto dal Ministro è stato più corretto di quello svolto dal Capo dello Stato. Ciò, infatti, sarebbe come negare la premessa stessa della sent. 200/2006, ossia l'idea che la posizione costituzionale del PdR, in quanto «organo *super partes*, rappresentante dell'unità nazionale, estraneo a quello che viene definito il circuito dell'indirizzo politico-governativo», garantisca di per sé che il Capo dello Stato sia in grado di apprezzare «in modo imparziale (...) la sussistenza in concre-

1985, 192, 193, e P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 315 (poi seguiti da L. PALADIN, *La funzione presidenziale di controllo*, in *Quad. cost.*, II, 1982, 318) sostennero che, nel caso degli atti propriamente presidenziali, l'attività governativa fosse una sorta di «controllo politico» diretto a vigilare affinché, a sua volta, l'attività presidenziale di controllo costituzionale non sconfinasse nell'indirizzo politico del Governo ingerendosi in scelte spettanti al solo gabinetto responsabile di fronte alle Camere. Tuttavia non si comprende in che termini la scelta di un giudice costituzionale o il rinvio di una legge alle Camere – per stare agli atti che sono diffusamente definiti come propriamente presidenziali – realizzi un'invasione dell'indirizzo politico riservato al Governo: ciò accade quando il PdR propone come nuovo giudice costituzionale un giurista notoriamente ostile alla linea politica del Governo (e della sua maggioranza parlamentare) e quando rinvia una legge che è un momento essenziale del programma governativo? Se «controllo politico» ha da essere, è solo in queste ipotesi che esso troverebbe senso e giustificazione: ma ad accogliere questa conclusione si finirebbe, di fatto, col concepire gli atti propriamente presidenziali come se fossero, in realtà, atti complessi, bisognosi del consenso pieno di ambedue gli organi costituzionali interessati.

²⁰ E difatti G.U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, cit., 2006, osserva esattamente che resta il dubbio se il Ministro mantiene il potere di negare la controfirma qualora ritenga che non è possibile concedere la grazia per ragioni di legittimità.

²¹ G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 2008.

to dei presupposti umanitari che giustificano l'adozione del provvedimento di clemenza».

10. Come si evince dalle cose dette fin qui, non condivido l'interpretazione del ruolo presidenziale che emerge dalla giurisprudenza costituzionale. Mi riferisco, in particolare, alla dottrina polifunzionale della controfirma, che pure è dottrina maggioritaria. Credo infatti che la posizione corretta sia quella espressa dalla dottrina monofunzionale, per la quale tutti gli atti presidenziali sono complessi perché bisognosi tutti dell'incontro delle distinte volontà del Capo dello Stato e del Governo. E – sia chiaro – non è una dottrina isolata, visto che è quanto si desumeva dalle tesi di Esposito, Sandulli e, ora, di Giuseppe Ugo Rescigno²².

Peraltro è una dottrina che conferma il peculiare costituzionalismo della forma di governo parlamentare, il suo peculiare bilanciamento tra poteri, con freni e contrappesi²³.

Va precisato però che sto parlando del costituzionalismo che connota il

²² C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, X; A.M. SANDULLI, *Il presidente della repubblica e la funzione amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1950, 149 ss. spec. 155, 161; G.U. Rescigno, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, cit., 2013 ss. Di sicuro interesse è anche la posizione di M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corriere giuridico*, n. 2, 2007, 192 (peraltro ribadita nel nostro *Convegno*), che sembra ricercare una sorta di “terza via” tra la concezione monofunzionale e quella polifunzionale. Infatti, «all'interprete che voglia avventurarsi sul terreno della classificazione degli atti presidenziali» Luciani (prendendo spunto dalle tesi di Sandulli) consiglia «di muovere dalla presunzione che essi – proprio per la compresenza formale dell'intervento presidenziale e di quello ministeriale – siano da considerare complessi anche nella sostanza a meno che non sia altrimenti dimostrabile la loro natura di atti “ministeriali” ovvero “propriamente presidenziali”. In altri termini: sebbene la dottrina della monofunzionalità della controfirma sia opinabile, solo robuste e documentate ragioni di sistema possono far escludere che la sequenza firma presidenziale-controfirma ministeriale esprima una sostanziale collaborazione di volontà dei due organi». Dico subito che condivido senz'altro il favor per la dottrina dell'atto complesso, ma non l'idea che siano rinvenibili «robuste e documentate ragioni di sistema» in grado di giustificare eccezioni. Illustro estesamente questa mia tesi in O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., *passim*; e in Id., *Capo dello Stato, politica nazionale e interpretazione costituzionale. Una replica ai critici*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, fasc. 11/2012, 173-222.

²³ Giustamente G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, 2009, scrive che «tutti gli atti delle autorità direttamente o indirettamente rappresentative (come sono indirettamente rappresentative del popolo sia il Governo che il Presidente della Repubblica) possono acquistare valenza politica, e cioè diventare oggetto di conflitti politici entro il corpo dei cittadini e delle loro rappresentanze organizzate, ed è proprio per questa ragione, nello spirito della divisione dei poteri, che molti atti sono attribuiti al Presidente della Repubblica purché vi sia la controfirma del ministro (e cioè in buona sostanza del Governo), affinché, data la sempre possibile valenza politica di tali atti, l'uno possa controbilanciare l'altro». Rinvio inoltre a O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., 107 ss. e 219 ss.

governo parlamentare poco “razionalizzato” e che esso tende a sfumare, se non proprio a venir meno del tutto, nei casi di elevata “razionalizzazione”. Ma ad ogni modo, se riferite al caso della costituzione della repubblica italiana (contraddistinta – come è noto – da un modello di parlamentarismo a bassa razionalizzazione), queste letture e interpretazioni paiono, a mio avviso, corrette. La razionalizzazione del governo parlamentare, infatti, se correttamente intesa nella sua accezione originaria, ha avuto un significato storico e un obiettivo politico ben preciso: ridurre ai minimi termini il ruolo di direzione politica o comunque l’influenza politica del capo dello stato nelle dinamiche della forma di governo. Nella prima ondata di costituzioni razionalizzate a cavallo tra la prima e la seconda guerra mondiale emerse il disegno di un nuovo parlamentarismo, in cui non solo fosse espressamente riconosciuto il rapporto fiduciario tra legislativo ed esecutivo – rapporto che in molte esperienze costituzionali si era già affermato e consolidato in via di prassi, come fu il caso dell’Italia, vigente lo Statuto albertino – ma in cui soprattutto il capo dello stato fosse privato del potere di revocare i ministri. *Razionalizzare* equivaleva perciò a *democratizzare*, dal momento che rinsaldava il legame tra governo e assemblea elettiva, eliminando il principio della doppia fiducia e marginalizzando politicamente il capo dello stato.

Dal dualismo del governo parlamentare classico si passò poi all’assetto monistico che in misura maggiore o minore caratterizza tutti i regimi parlamentari contemporanei. C’è dunque un *trade-off* tra costituzionalismo (nel senso liberale classico della separazione e limitazione del potere di direzione politica) e democrazia. Nella misura in cui la razionalizzazione parlamentare approfondisce il processo di democratizzazione, abbiamo contestualmente l’indebolimento dell’elemento propriamente costituzionalistico, cioè legato al costituzionalismo. E viceversa, una debole razionalizzazione, come quella che connota il nostro disegno costituzionale originario, contiene la possibilità di una più accentuata dialettica politica tra capo dello stato e governo, secondo la logica del più classico costituzionalismo separazionista.

Per cogliere la differenza tra un sistema parlamentare ad elevata razionalizzazione e uno a bassa razionalizzazione, basta un fugace confronto con l’esperienza costituzionale tedesca. Qui la compressione costituzionale del ruolo politico del capo dello stato è giunta a tal punto che sono quasi scomparsi sia il potere di nomina dell’esecutivo sia il potere di scioglimento anticipato della camera elettiva: entrambi erano attribuzioni tradizionali e proprie del capo dello stato e adesso, al loro posto, c’è la regola costituzionale sull’elezione parlamentare del cancelliere e la regola costituzionale sullo scioglimento, che opera automaticamente, date certe condizioni, lasciando al capo dello stato solo un risicatissimo margine di valutazione discrezionale²⁴. Dove prima c’erano poteri,

²⁴ Infatti, in base all’art. 68 GG., il potere presidenziale di scioglimento è esercitabile, su proposta del Cancelliere, solo entro ventuno giorni dalla mancata approvazione di una

il cui esercizio poteva essere più o meno intenso secondo le circostanze politiche date e secondo l'apprezzamento di chi ne era titolare, adesso ci sono regole, il cui operare prescinde da un vero intervento presidenziale attivo.

Ecco perché quella che, a giudizio di molti, deve essere letta come un'evoluzione della nostra forma di governo verso una qualche forma di semipresidenzialismo, e quindi come uno stravolgimento, un pervertimento del nostro modello parlamentare, in realtà è un fenomeno perfettamente riconducibile alla logica di un parlamentarismo debolmente razionalizzato. Decenni di dottrina garantista circa il ruolo del capo dello stato hanno esorcizzato questa potenzialità, relegandola nel novero degli eventi inauditi e anomali²⁵. Ma in realtà non è successo e non sta succedendo nulla che non dovessimo aspettarci, considerato il basso grado di razionalizzazione del nostro governo parlamentare. Non stiamo assistendo a una trasformazione fattuale della nostra forma di governo, ma a sviluppi già presenti in potenza nel disegno costituzionale originario. Difatti, l'inclusione (o l'esclusione solo parziale) del capo dello stato nel circuito dell'indirizzo politico è un tratto caratteristico dei regimi parlamentari poco razionalizzati: regimi la cui caratteristica di fondo è quella di sviluppare in modo blando la logica "monista", per fare spazio a elementi di "dualismo"²⁶.

Infine, la dottrina dell'atto complesso consente di inquadrare in modo più corretto la questione del ruolo presidenziale di garanzia: non c'è un Presidente "Garante della Costituzione", c'è invece la garanzia costituzionale del dualismo politico nei rapporti tra Governo e Capo dello Stato. Certo, in base a questa ricostruzione la guarentigia associata al ruolo presidenziale è un effetto sistemico del modo in cui la Costituzione disegna le relazioni tra gli attori della forma di governo, e non è quindi lo specifico compito di un organo costituzionale particolare, collocato al di fuori del recinto degli organi di direzione politica.

Non è detto, però, che ciò la renda una garanzia meno intensa. Anzi.

mozione di fiducia presentata dal Cancelliere federale, sempreché il Bundestag non elegga, a maggioranza dei suoi membri, un altro Cancelliere federale.

²⁵ Anche se va detto che la concezione garantistica ha sicuramente ampliato, nel tempo, il margine di manovra politica del Capo dello Stato, come provo ad argomentare in O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia. Il caso della sentenza n. 1 del 2013*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2013, 21-34.

²⁶ Per queste ragioni il nostro ordinamento costituzionale realizza una sorta di "terza via" tra il monismo coerente del parlamentarismo intensamente razionalizzato e il dualismo accentuato del governo presidenziale statunitense, come provo a spiegare estesamente in O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., 171-225.

IL RUOLO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 1 DEL 2013

Gino Scaccia

SOMMARIO: 1. Prologo. 2. La scelta della Corte di “fare dottrina” sul ruolo del Presidente della Repubblica. 3. La dialettica funzione di garanzia – funzione di indirizzo. 4. La neutralità presidenziale. 5. La funzione di rappresentanza dell’unità nazionale. 6. Epilogo.

1. Prologo

Fra tutte le istituzioni repubblicane, il capo dello Stato è quella che offre la resistenza maggiore all’inquadramento e alla sistemazione teorica secondo le metodologie proprie dell’analisi costituzionalistica. Questo disagio traspare nel frequente rifugio della dottrina in formule definitorie (magistrato di influenza e di persuasione, potere neutro e intermediario, grande regolatore del gioco democratico, garante, guardiano o tutore politico della Costituzione) che descrivono il ruolo del Presidente della Repubblica quale soggetto politico, ma non sono altrettanto utili a fissarne con precisione i limiti di intervento quale potere dello Stato. Né ciò sorprende, perché la disciplina costituzionale, peraltro assai laconica e ambigua nella descrizione dei poteri presidenziali, manifesta un’irrisolta duplicità di ispirazione che rende incerta l’interpretazione della figura e ardua la ricerca di una *ratio* unificante alla quale ricondurre le molteplici attribuzioni dell’organo.

Il dibattito in Assemblea Costituente oscillò in effetti, senza trovare un chiaro punto di sintesi, fra la volontà di discostarsi dal modello del monarca “decorativo” invalso nella tradizione parlamentare inglese e il timore di ascrivere al capo dello Stato funzioni di guida dell’esecutivo, così da riprodurre nei rapporti fra gli organi politici lo schema della “doppia fiducia” operante nel periodo statutario¹. Ne deriva un quadro sfocato, nel quale problemi legati alla traslazione nell’assetto repubblicano di prerogative storicamente regie che i Costituenti ritennero di conservare (l’irresponsabilità politica, il potere di grazia, il comando delle Forze armate) si sommano a questioni interpretative inedite, connesse alle attribuzioni nuove (dalla Presidenza del CSM e del Consiglio supremo di difesa alla nomina dei senatori a vita e dei giudici costituzionali fino al potere di rinvio delle leggi), che fanno del Pre-

¹ Questa duplicità di prospettive è evidente nella relazione preliminare svolta da Costantino Mortati il 3 settembre 1946 in seno alla seconda sottocommissione, che orienterà tutto il successivo dibattito.

sidente della Repubblica italiana un *unicum* nel panorama dei capi di Stato parlamentare per qualità e quantità dei poteri esercitati.

In presenza di un quadro quanto mai incerto a livello normativo, le ipotesi ricostruttive dell'organo presidenziale si sono moltiplicate. Taluni studiosi ne hanno enfatizzato il ruolo di garanzia costituzionale, la funzione di controllo da svolgere sulla base di parametri normativi² o valorizzando, secondo una lettura meno rigida, i poteri di influenza e di intermediazione politica al fine di moderare i rapporti fra poteri³. Altri autori hanno posto l'accento sulla titolarità presidenziale di un «indirizzo politico costituzionale», qualificato dalla sua stretta derivazione dai principi della Costituzione, così riconoscendo al Presidente della Repubblica un potere di correzione dell'indirizzo politico con strumenti decisionali coattivi⁴. Infine, in posizione mediana fra il profilo impolitico della «garanzia passiva» e quello *iperpolitico* della partecipazione all'indirizzo, vi è chi ha riconosciuto alla Presidenza uno spazio di iniziativa politica risultante dalla costante oscillazione tra funzioni di fluidificazione dell'unità maggioritaria e funzioni di integrazione dell'unità nazionale. Un'iniziativa estranea al circuito dell'indirizzo politico e finalizzata a «porre le condizioni e i confini perché gli attori del processo di decisione politica agiscano nel modo più efficace e più conforme ai valori che presiedono alla convivenza costituzionale»⁵.

In uno scenario così frammentato a livello teorico, la risoluzione del conflitto tra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo sulla legittimità della captazione casuale delle conversazioni presidenziali forniva alla Corte costituzionale l'occasione storica di fissare punti fermi e orien-

² S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, 1949, 25 ss..

³ G. GUARINO, *Il Presidente della repubblica italiana (Note preliminari)*, in *Riv.trim.dir pubbl.* 1951, 956 ss., 962-963. Alla tesi garantistica (in questa versione meno rigida di quella originariamente propugnata da Galeotti, che mostra legami con la teoria del *pouvoir neutre et modérateur* di B. CONSTANT, *Principi di politica*, trad. it. a cura di U. CERRONI, Roma, 1970), si sono ispirati, fra gli altri, V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, *Jus*, 1958, 172 ss.; E. CHELI, *Tendenze evolutive nel ruolo e nei poteri del Capo dello Stato*, in *Quad.cost.* 1985, 29 ss.; G. AZZARITI, *Osservazioni sul Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana*, in *Id.*, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, 2000, 415 ss.; G.M. SALERNO, *Presidente della Repubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 4551 ss.

⁴ P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1958, 308 ss.; si ispirano alla tesi di Barile, più recentemente, G. SILVESTRI, *Il Presidente della Repubblica*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, IV, *Legalità e garanzie*, Roma-Bari, 2006, 430 ss.; M. CAVINO, *L'irresponsabilità del capo dello Stato. Nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Milano, 2008, 63 ss.

⁵ A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma - Bari, 1985; nonché A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Presidente della Repubblica e maggioranza di governo*, in G. SILVESTRI (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985, 92.

tamenti interpretativi sulla figura più inafferrabile della forma di governo italiana.

Un'occasione che la Corte non si è lasciata sfuggire.

2. La scelta della Corte di “fare dottrina” sul ruolo del Presidente della Repubblica

Ridotti all'essenziale, i termini del conflitto risolto con la sentenza n. 1 del 2013 erano semplici: il ricorrente lamentava che le intercettazioni delle conversazioni presidenziali dovessero essere distrutte «secondo le disposizioni di legge», e cioè secondo modalità di contraddittorio fra le parti che non ne garantissero la riservatezza. Denunciava dunque la difettosa traduzione normativa di un'esigenza che può effettivamente considerarsi implicita al sistema e alla posizione costituzionale del capo dello Stato. La soluzione più coerente e piana sarebbe stata, dunque, un'auto-rimessione e una conseguente sentenza additiva di principio che, riconoscendo l'esistenza di una lacuna ordinamentale, affidasse al legislatore la ricerca del bilanciamento più accorto fra l'esigenza di tutela della funzione presidenziale e le garanzie della difesa e della giurisdizione.

Scartata questa via, che a molti era parsa preferibile⁶, la Corte avrebbe potuto trovare comodo riparo dietro una motivazione tutta processuale, che prendesse le mosse dall'art. 7, commi 2 e 3, della legge n. 219 del 1989, e in particolare dall'argomento che da esso si può ricavare a sostegno della «inderogabilità della riservatezza della sfera di comunicazioni presidenziali». E infatti, dice la Corte, se «finanche nell'ipotesi di indagini volte all'accertamento dei più gravi delitti contro le istituzioni della Repubblica previsti dall'ordinamento costituzionale [sono] interdette agli investigatori intercettazioni telefoniche nei confronti del Presidente in carica», che possono essere disposte unicamente dall'apposito Comitato parlamentare e solo dopo la sospensione del Presidente dalla carica con decisione della Corte costituzionale, *a fortiori* «per tutte le altre fattispecie non si [può] ipotizzare un livello di

⁶ Tra i favorevoli all'autorimessione: L. CARLASSARE, *Il verdetto della Corte non è affatto scontato*, in *Il fatto quotidiano*, 14 settembre 2012; A. ANZON DEMMIG, *La motivazione del ricorso presidenziale contro la Procura della Repubblica di Palermo: qualche osservazione critica*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012, 10 s.; M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in *Giur.cost.* 2013, 513 ss.; P. FARAGUNA, *E se non vi fosse stata alcuna intervista?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 ss., e A. GIGLIOTTI, *Irresponsabile o inviolabile? Sul ricorso per conflitto tra poteri sollevato dal Presidente Napolitano avverso la Procura di Palermo*, in *www.federalismi.it*, 14; A. PIROZZOLI, *L'immunità del Presidente della Repubblica davanti alla Corte costituzionale: i dubbi della vigilia*, in *www.forumcostituzionale.it*, 9; S. PRISCO, *Quando una telefonata (intercettata) non allunga la vita. Contributo al dibattito di 'Amicus Curiae' sul Presidente intercettato*, in *www.forumcostituzionale.it*, 19-20; G. SCACCIA, *Presidente e ordine giudiziario nell'era di Napolitano*, in *Riv. Aic* 3/2013, 23 ss.,

tutela inferiore». Su queste basi, e *per vie interne*, si sarebbe potuto proporre un'interpretazione adeguatrice dell'art. 271 c.p.p., tale da comprendere nel divieto in esso sancito anche le intercettazioni «acquisite *secundum legem*, divenute inutilizzabili per circostanze o situazioni successive all'operazione acquisitiva», fra le quali sarebbero rientrate pure le intercettazioni casuali del capo dello Stato⁷.

Ma i giudici di Palazzo della Consulta non hanno percorso neppure questa via “minimalista” e si sono avventurati con coraggio sul più impervio dei terreni: quello della complessiva qualificazione del ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema dei poteri costituzionali.

Non hanno condiviso l'onere politico della decisione con il Parlamento, né hanno tentato di ridurlo derubricandola a questione interpretativa di norme processuali, ma al contrario hanno deciso di fare “dottrina”, così contribuendo a ridefinire l'orizzonte teorico nel quale si iscrive la riflessione sull'organo presidenziale.

La sentenza ha un doppio focus.

Per la parte in cui enuncia la regola di composizione del conflitto essa è strettamente ritagliata sul caso di specie, sulle sue irripetibili peculiarità e sembra sforzarsi di impedire alla *ratio decidendi* di assumere portata universalizzabile, in modo da rendere possibile in futuro il più ampio *distinguishing*. A quest'esigenza risponde la precisazione che l'Autorità giudiziaria potrà adottare le «iniziative consentite dall'ordinamento» nel caso in cui dal contenuto delle conversazioni emerga il rischio di un pregiudizio per la «tutela della vita e della libertà personale e (la) salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica»: formula tanto indeterminata nei suoi presupposti e imprecisata nei suoi effetti processuali da porre in questione l'effettiva sopravvivenza in concreto dell'immunità ritagliata in astratto sulla figura presidenziale.

Per la parte in cui ricostruisce posizione e ruolo del Presidente della Repubblica, la pronuncia distende invece il suo sguardo verso il futuro e si sforza di definire precisi indirizzi interpretativi in ordine alle funzioni presi-

⁷ Così D. CHINNI, *Brevi riflessioni sull'intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica*, in www.forumcostituzionale.it, 24 novembre 2012, 8, che osserva: «Per ritenere applicabile la disposizione in esame potrebbe farsi leva sulla circostanza per cui l'art. 271 c.p.p. è rubricato “divieti di utilizzazione” e non “divieti di acquisizione” e che, pertanto, il legislatore con la formula “fuori dei casi consentiti dalla legge” si è voluto riferire non soltanto alle intercettazioni illegittime, ovvero acquisite in violazione di un divieto, ma anche a quelle «acquisite *secundum legem*, divenute inutilizzabili per circostanze o situazioni successive all'operazione acquisitiva», tra le quali – secondo l'A. – potrebbero farsi rientrare appunto le intercettazioni casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica. Una diversa soluzione costituzionalmente orientata era stata prospettata anche da C. PANNACCIULLI, *La riservatezza dei colloqui del Presidente della Repubblica nel conflitto di attribuzioni con la Procura di Palermo*, n www.forumcostituzionale.it, 16 novembre 2012, 12.

denziali con formulazioni di carattere generale che si offrono come punto di riferimento imprescindibile per gli studi sul capo dello Stato.

In quest'ultima prospettiva analizzerò il contributo offerto dalla sentenza n. 1 del 2013 con specifico riguardo alla ricostruzione della funzione presidenziale di garanzia nel suo rapporto con le funzioni di direzione politica attiva (e al connesso problema della neutralità) nonché al significato della funzione di rappresentanza dell'unità nazionale per tentare, nell'epilogo, di misurare come la pronuncia possa influenzare la riflessione teorica e la percezione politica del ruolo presidenziale.

3. La dialettica funzione di garanzia - funzione di indirizzo

La Corte ha scelto di prendere posizione sul ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale e per questa via di fornire una più complessiva interpretazione della forma di governo. Tema tra i più scivolosi perché la forma di governo – come è risaputo – è la risultante di una serie di variabili non tutte riducibili a una dimensione normativa, e neppure sempre qualificabili in rapporto alla loro compatibilità con la Costituzione⁸. Sarebbe stata giustificabile, in un giudizio dinanzi alla Corte, la *conventio ad excludendum* come limite al potere di risoluzione delle crisi di governo e di nomina del Presidente del Consiglio?

Diversamente dai precedenti conflitti che avevano per parte il capo dello Stato, in cui aveva rinunciato a ricostruzioni generali e comprensive della funzione presidenziale, si trattasse di garanzie del Quirinale rispetto ai controlli contabili⁹, dei confini legittimi delle esternazioni presidenziali (caso Cossiga)¹⁰ o di potere di grazia (caso Castelli)¹¹, la Corte non si è rifugiata in definizioni negative e di risulta, atte a dire ciò che il Presidente non è e non può fare, ma ha descritto positivamente i contenuti delle attribuzioni presidenziali.

Nel farlo, però, non ha saputo trattenere la penna. Lungi dal limitarsi a descrivere quegli aspetti generali del ruolo e della posizione apicale del capo dello Stato dai quali può desumersi l'esigenza costituzionale di protezione delle sue conversazioni, la Corte ha inserito nella pronuncia considerazioni debolmente legate alla *ratio decidendi* che hanno alimentato equivoci interpretativi in una dottrina abituata a soppesare ogni parola delle pronunce costituzionali e generalmente incline a ritenere che gli *obiter dicta*, proprio in quanto sganciati dall'obbligo processuale di corrispondenza fra chiesto

⁸ Per tutti si vedano L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 634 ss.; M. LUCIANI, *Governo (Forme di)*, in *End. Dir.*, Annuali, 2009

⁹ Sent. n. 129 del 1981.

¹⁰ Sent. n. 154 del 2004.

¹¹ Sent. n. 200 del 2006.

e pronunciato, siano le parti più “politiche” delle sentenze, la sede in cui la Corte ammonisce, indirizza, *vuole* dire ciò che *non è tenuta* a dire.

Proprio questa incontinenza espressiva spiega perché numerose voci critiche si siano levate contro la sentenza non solo (e non tanto) per la soluzione data al conflitto, ma piuttosto per considerazioni interlocutorie non indispensabili a fini argomentativi e per questo interpretate *magis ut valeant*. Così è ad esempio per il passaggio – davvero necessario? – in cui la Corte liquida in poche assertive battute il problema della configurabilità di uno scioglimento-sanzione per l’ipotesi di sopravvenuto difetto di rappresentatività delle Camere, legittimando il controverso scioglimento di Scalfaro del 1994¹² e offrendo il destro ai commentatori che in questa affermazione hanno visto il lascito più importante e duraturo della sentenza¹³. E così è pure per il censuratissimo brano in cui si bolla come «primitiva» l’interpretazione meramente letterale senza avvertire che l’aggettivo ha un suono beffardo quando si indirizza a magistrati che hanno applicato la legge nel significato corrispondente all’unanime opinione dottrina¹⁴ e alla consolidata giurisprudenza di legittimità¹⁵ e che dalla Corte sono accusati di aver esorbitato dall’ambito delle proprie attribuzioni perché non hanno piegato le norme codicistiche a una lettura non collocabile nell’ambito, pur largamente inteso, dell’interpretazione conforme, ma sconfidente nell’elaborazione creativa di principi costituzionali inespressi¹⁶.

¹² Lo scioglimento fu disposto in assenza di una crisi del Governo Ciampi (la formale richiesta di sfiduciare il Governo compariva nella mozione Pannella ed altri n. 1-000243 e nella risoluzione Ferri n. 6-00036, che tuttavia non vennero votate per le sopravvenute dimissioni del Governo) e con il voto contrario della larga maggioranza della Camera dei Deputati, e fu motivato dal deficit di rappresentatività del Parlamento determinatosi, a giudizio del Presidente, per il concorrere di tre fatti: l’abrogazione in via referendaria della legge elettorale proporzionale e la conseguente approvazione di una legge (il c.d. Mattarellum) di impianto maggioritario; il coinvolgimento di oltre 200 parlamentari nello scandalo “Tangentopoli”; l’esito delle elezioni amministrative del 1993, che faceva emergere «un divario molto sensibile tra le forze rappresentate oggi in Parlamento e la reiterata volontà popolare» (come si espresse Scalfaro nella lettera alle Camere che illustrava i motivi dello scioglimento). Il precedente, che la Corte razionalizza, induce a chiedersi se il difetto di rappresentatività delle Camere, desumibile per implicito dall’abrogazione della legge elettorale, non sia a più forte ragione ricavabile dall’illegittimità costituzionale della stessa legge.

¹³ 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*, in www.forumcostituzionale.it, 16 gennaio 2013; M. TIMIANI, *In margine al conflitto tra Capo dello Stato e Procura di Palermo, ovvero del potere di scioglimento delle Camere*, in www.forumcostituzionale.it, 8 febbraio 2013.

¹⁴ Fra i molti, v. almeno A. GAITO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 2012, 618; L. FILIPPI, *Art. 271*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Commentario al codice di procedura penale*, Milano, 2007, 1998 ss., F. CORDERO, *Se la procedura resta una cosa seria, in la Repubblica*, 25 luglio 2012.

¹⁵ Cass. pen., sez. VI, 26 aprile 2007, n. 33810; Id., 2 aprile 2009, n. 14461.

¹⁶ Maggiore sensibilità nei confronti dei magistrati mostrò il Governo in un caso del tutto

Anche per le parti in cui non fuoriesce dalla linea argomentativa che sorregge il *decisum*, e cioè dalla descrizione generale della figura presidenziale, la sentenza appare ridondante e ricorre a espressioni di non sempre univoca lettura.

La Corte sembra sposare la teoria tradizionale del capo dello Stato come potere neutrale e garante politico della Costituzione. Infatti descrive il Presidente della Repubblica come un potere collocato «al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e (...) al di sopra di tutte le parti politiche», il quale «dispone (...) di competenze che incidono su ognuno dei citati poteri, allo scopo di salvaguardare, ad un tempo, sia la loro separazione che il loro equilibrio». Ancora, aggiunge la Corte, «tutti i poteri del Presidente della Repubblica hanno (...) lo scopo di consentire allo stesso di indirizzare gli appropriati impulsi ai titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi, ma avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali».

Fin qui si resta all'interno dei poteri di controllo e di attivazione del circuito costituzionale nelle ipotesi fisiologiche o patologiche in cui esso si blocca. La sentenza non sembra, dunque, offrire appigli a letture evolutive adombrate in dottrina secondo cui la consistente espansione di fatto dei poteri presidenziali avrebbe già prodotto modificazioni tacite della forma di governo in senso dualista.

A questa generale proclamazione del capo dello Stato come potere neutro di garanzia costituzionale si accompagna però il riconoscimento in via istituzionale di un «potere di persuasione, essenzialmente composto di attività informali, che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti, sia per valutare (...) la loro *opportunità* istituzionale, sia per saggiarne (...) l'impatto sulle relazioni tra i poteri dello Stato». Ed è proprio questa «attività informale di stimolo, moderazione e persuasione» a costituire, secondo la Corte, «il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana».

Una simile descrizione delle funzioni presidenziali appare per un verso troppo stretta, per altro verso troppo estesa.

simile a quello presente, quando cioè furono intercettate conversazioni del Presidente della Repubblica Scalfaro con il Presidente della Banca popolare di Novara. In quella occasione, il Ministro della Giustizia Flick, rispondendo a un'interpellanza parlamentare dell'ex Presidente Cossiga con la quale si chiedeva al Governo se la trascrizione e il deposito di tali intercettazioni fosse compatibile con i principi costituzionali, negò tale compatibilità, ma precisando che l'argomentazione era frutto di un'interpretazione sistematica del testo costituzionale e che pertanto all'autorità giudiziaria procedente – attenutasi al meno raffinato metodo strettamente letterale – non erano in alcun modo imputabili l'inosservanza o l'abnorme interpretazione della legge (cfr. *Resoconto stenografico della 146° seduta pubblica del 7 marzo 1997*, Senato, XIII legislatura, 6 ss.)

E' riduttiva per la parte in cui rinviene il «cuore» del ruolo presidenziale nell'esercizio di poteri di impulso, stimolo e moderazione, lasciando in ombra gli atti formali imputabili al Presidente, dei quali questo è responsabile, sia pure nei limiti segnati dagli artt. 89 e 90 Cost. La Corte pone in secondo piano il profilo istituzionale, formale e pubblico del ruolo a tutto vantaggio delle attività informali. Esalta la dimensione politica rispetto alla dimensione giuridico-costituzionale del potere presidenziale.

La ricostruzione proposta è però, per altro verso, troppo estesa per i contenuti che le ampie formulazioni della Corte consentono di ricondurre alla funzione di garanzia politica della Costituzione intestata al Presidente. Gli è infatti attribuito in via istituzionale un ruolo di mediazione tra le parti diretto ad «armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche» e ad «indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e *devono* essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono», tanto da farne il garante degli equilibri istituzionali.

L'ambiguità di questo passaggio espone la pronuncia a un'irrisolta tensione interpretativa.

Da un lato, essa proclama a tutte lettere la più fedele aderenza alle tesi garantiste, nega al Presidente il potere di assumere «nella sua quotidiana attività (...) decisioni politiche (...) delle quali debba rispondere ai suoi elettori o a chi abbia accordato la fiducia»¹⁷; ne limita l'attività a una funzione di stimolazione di decisioni altrui. Dall'altro lato, richiede che egli «ponga in collegamento tutti i titolari delle istituzioni di vertice», e gli riconosce – facendone anzi la vera essenza costituzionale del suo ruolo – una funzione di mediazione tra le parti per la ricerca di soluzioni «il più possibile condivise».

Un Presidente della Repubblica davvero inteso come mera istituzione di garanzia dovrebbe limitarsi a vigilare, *ab externo*, sul rispetto delle condizioni necessarie perché il conflitto pluralistico delle idee e degli interessi si dispieghi e giunga al suo punto di sintesi nelle forme democratiche previste dalla Costituzione. E' pienamente coerente con la logica democratica che queste sintesi possano essere anche divisive o parziali, dolorosamente escludenti, perché democrazia non significa unanimità, né la regola maggiormente condivisa è necessariamente quella che meglio corrisponde all'interesse o al bene comune. Le parole della Corte mostrano invece in filigrana un'idea concertativo-consociativa della democrazia e del processo politico, che viene posto sotto l'influente tutela presidenziale e che pare declinare la rappresentanza dell'unità nazionale come unità delle forze politiche egemoni (sul punto ritornerò di seguito).

In quanto chiamato a garantire l'equilibrio dei poteri, ad «armonizzare»

¹⁷ Così peraltro indebitamente sottostimando il contenuto politico di poteri di controllo esercitati in sede di promulgazione, emanazione e autorizzazione alla presentazione di disegni di legge.

le posizioni in conflitto e a suggerire i principi in base ai quali «*devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise*», il capo dello Stato si colloca naturalmente al centro della forma di governo, quale punto di snodo dei rapporti politici e mediatore influente fra parti contrapposte. Mediatore, non arbitro. La differenza non è lieve. L'arbitro non prende parte al gioco, ma lo interrompe solo dinanzi alle violazioni regolamentari più gravi ed evidenti.

Chi funge da mediatore e non da mero arbitro, invece, non può restare estraneo al gioco, ma deve farsi portatore di una propria personale soluzione, che incorpori e superi, nel senso della *Aufhebung* hegeliana, le posizioni di partenza. Deve dunque promuovere egli stesso un indirizzo, proporre una propria visione del bene comune.

È a questo punto arduo distinguere il Presidente-mediatore delineato dalla Corte dal Presidente co-governante. La sentenza lo legittima infatti a esercitare il suo preliminare scrutinio di *opportunità istituzionale*¹⁸ su tutte le decisioni politicamente più rilevanti, anche al solo fine di selezionare i campi nei quali promuovere la ricerca della soluzione più condivisibile, fungendo da pungolo polemico del Governo e ponendosi come autorevole sponda dei suoi oppositori, e gli ambiti che al contrario non richiedono – a suo insindacabile giudizio – l'ampliamento della base di consenso della maggioranza.

Un Quirinale così attivamente impegnato nel *bargaining* politico tende a porsi come il luogo supremo delle sintesi decisionali, superiore allo stesso circuito parlamentare, più che la sede di controllo costituzionale che interviene a valle, quando la battaglia delle idee si è spenta e resta sul campo solo la sintesi, imperfetta forse, ma democraticamente legittimata, della volontà popolare. Per questo aspetto la pronuncia non sembra riduca, ma potrebbe al contrario accrescere l'aspettativa e il bisogno – già alquanto diffusi nell'opinione pubblica – di un'istanza monocratica che si ponga come elemento di decantazione dei conflitti e di coagulazione delle forze stabilizzatrici del sistema e diriga dall'alto i processi di identificazione e integrazione politica della società un tempo interamente alimentati dal basso, attraverso le organizzazioni partitiche.

Di qui una eterogenesi dei fini alla quale la sentenza si espone. Mentre sembra diretta a reagire a una tendenza espansiva dei poteri presidenziali, riconducendoli entro gli argini tradizionali di una funzione di garanzia, essa legittima in realtà un attivismo politico a tutto campo del capo dello Stato che ne fa il vero motore – ordinario e non “di riserva” – della forma di governo, proiettandolo verso una funzione di guida del gioco politico.

È forse per questo che nei numerosissimi commenti della pronuncia è stata frequente la metafora del Re, come ricorrente è stato il richiamo alla

¹⁸ Formula che sarà difficile, nella prassi, distinguere dal merito politico puro e semplice, cioè dalla opportunità senza aggettivazioni e che forse sarebbe stato preferibile sostituire con quella, più netta, di “conformità a Costituzione”.

contrapposizione weimariana fra un Presidente inteso come monocratico e apicale rimedio alla disgregazione degli interessi sociali e un circuito politico-rappresentativo espressione di frazionismo e di parzialità.

Molte di queste posizioni sono frutto di un'esasperazione polemica, di un eccesso di *pathos*, o più semplicemente di narcisismo intellettuale.

Con maggiore sobrietà espressiva, mi sembra tuttavia difficile negare che la centralità e anzi il primato della funzione presidenziale siano l'implicito retroterra teorico della sentenza.

Ciò risulta chiaro se si ripercorre l'operazione interpretativa che porta la Corte a riconoscere il regime di inintercettabilità delle conversazioni presidenziali, e in particolare se si riflette sull'uso che in essa viene fatto dell'*argumentum per absurdum*.

Parlamentari e membri del Governo, dice la Corte, sono protetti dalle immunità a garanzia del libero e sereno esercizio delle loro funzioni. Come può non esserlo il Presidente? Il fatto che «la Costituzione non preved[a] alcuno strumento per rimuovere la preclusione all'utilizzazione, nei confronti del Presidente, di mezzi di ricerca della prova invasivi» e la stessa assenza di norme costituzionali che stabiliscano «limitazioni esplicite per categorie di reati» all'uso delle intercettazioni, viene, dunque, dalla Corte interpretato come la riprova del regime di ordinaria inviolabilità delle comunicazioni presidenziali.

L'argomento apagogico non viene impiegato, però, per parificare nel trattamento i parlamentari e i membri del Governo rispetto al Presidente della Repubblica, ma per attribuire a quest'ultimo un trattamento addirittura più favorevole. Questa disparità deriva anzitutto dalla circostanza che per il Presidente il divieto di captazione di intercettazioni non è rimovibile da una delibera autorizzativa. In assenza di una normativa che affidi questa competenza a un organo collegiale, detta autorizzazione non poteva essere attribuita, per ragioni autoevidenti, all'organo monocratico che ne beneficia personalmente. La mancata previsione di un filtro (preventivo o successivo a seconda della natura delle intercettazioni) non rende però scelta costituzionalmente obbligata l'assenza di ogni filtro per ogni tipo di captazione. Può convenirsi che l'esigenza di riservatezza del Presidente sia desumibile sistematicamente, ma sui modi per assicurare questa esigenza la Costituzione è aperta alle più diverse opzioni attuative. Non sarebbe ad esempio irragionevole la scelta di affidare al Parlamento l'autorizzazione all'utilizzo delle intercettazioni presidenziali (come del resto accade in altri ordinamenti¹⁹), se solo si considera che alle Camere riunite spetta deliberare la messa in stato

¹⁹ E' il caso dell'art. 60 GG tedesco, che, applicando al Presidente la medesima disciplina immunitaria dei membri del *Bundestag*, rimette ad esso il voto sull'autorizzazione agli arresti o ad altra restrizione della libertà personale del Presidente. Anche in Italia una simile soluzione sarebbe pienamente coerente con l'attribuzione alle Camere riunite del potere di deliberare la messa in stato d'accusa del Presidente.

d'accusa del Presidente e che pertanto ben potrebbe essere affidato ad esse anche il potere di proteggerlo rispetto a iniziative persecutorie della magistratura. L'autorimessione sarebbe stata, anche per questo, la soluzione più ragionevole da parte della Corte, la quale invece ha ritenuto che il silenzio costituzionale implichi l'assoluta impossibilità di ogni valutazione politica circa il carattere persecutorio dell'iniziativa magistratuale, assumendo che tale carattere sussista sempre e che sempre debba disporsi la distruzione delle intercettazioni presidenziali, anche di quelle casuali in relazione alle quali l'intento persecutorio dovrebbe in radice essere escluso.

Il *privilegium Praesidentis* risulta inoltre dal fatto che la Corte gli ha assicurato protezione assoluta anche rispetto alla documentazione risultante da intercettazioni casuali, che devono sempre essere distrutte sotto la sorveglianza solitaria di un giudice, senza contraddittorio, mentre per i parlamentari l'utilizzazione di dette intercettazioni deve essere autorizzata dalla Camera di appartenenza, ma «il diniego dell'autorizzazione non comport[a] l'obbligo di distruggere la documentazione delle intercettazioni, la quale rima[ne] utilizzabile limitatamente ai terzi», con conseguente possibile diffusione delle conversazioni del parlamentare fortuitamente intercettate²⁰.

Non si ha, in definitiva estensione analogica della disciplina immunitaria prevista per gli altri organi costituzionali, ma creazione *ex novo* di un divieto assoluto di captazione più largo di quello espressamente posto per parlamentari e membri del governo, che, diversamente dal Presidente, non sono protetti contro le intercettazioni casuali²¹.

Questa posizione può trovare sostegno in due percorsi argomentativi fra loro alternativi.

Il primo consiste nell'assumere che le prerogative degli organi costituzionali derogatorie della giurisdizione non costituiscano l'eccezione, ma il regime comune, implicitamente ricavabile dalla posizione che tali organi occupano nella forma di governo. Le previsioni costituzionali espresse di fattispecie

²⁰ Cfr. sentt. nn. 390 del 2007 e 114 del 2010. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, commi da 2 a 6 della legge n. 140 del 2003, per la parte in cui prevedono che le intercettazioni in cui sia stato casualmente captato un parlamentare, nel corso di un procedimento penale riguardante terzo, possono essere utilizzate nei confronti del primo solo previa autorizzazione della Camera competente, per due volte sollevata dinanzi alla Corte, è stata in entrambi i casi dichiarata inammissibile perché nelle ordinanze di rimessione non era sufficientemente dimostrata la natura casuale delle intercettazioni effettuate (sent. n. 114 del 2010 e ord. n. 171 del 2011).

²¹ Può convenirsi con M. LUCIANI, *La gabbia*, cit., che l'eccesso di tutela è imbarazzante e può generare reazioni negative nell'opinione pubblica – e quindi responsabilità diffusa – potendo essere percepito come un odioso privilegio castale; ma, d'altra parte, indubbio che esso garantisce al Presidente un vantaggio “mediatico” rispetto agli altri soggetti istituzionali, i quali, diversamente dal Presidente, possono essere e sono stati in concreto negli anni recenti politicamente azzoppati dalla divulgazione di conversazioni prive spesso di rilevanza penale, ma utili a innescare la terribile “macchina del fango”.

immunitarie non sarebbero perciò il fondamento normativo delle garanzie, ma al contrario la delimitazione di una prerogativa altrimenti assoluta, perché implicita nel sistema dei poteri e attinente allo *status* comune degli organi costituzionali di vertice. Non c'è bisogno di molte parole per mostrare quanto questa ricostruzione sia paradossale e incongruente sul piano logico. A stare alla tesi, l'art. 68 Cost., lungi dall'essere presidio di garanzia dei parlamentari rispetto alle intercettazioni di comunicazioni, sarebbe la fonte che restringe un regime di inintercettabilità assoluta ricavabile sistematicamente dall'esigenza di tutelare la funzione rappresentativa.

Non può essere certo questa la premessa metodica della sentenza in commento; e ciò a prescindere dal fatto che è stata la stessa Corte a dichiarare che le prerogative, per il loro carattere derogatorio del principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla giurisdizione, hanno natura eccezionale e devono essere provviste di «una precisa copertura costituzionale» (sentt. n. 24 del 2004, n. 262 del 2009, n. 87 del 2012). Si può infatti, seppure a fatica, concedere che la copertura può essere precisa anche se non è testuale, ma ricostruibile in via sistematica, come la Corte ha ritenuto sia ricostruibile per il Presidente della Repubblica²².

Come argomentare allora la diversità di disciplina quanto alle intercettazioni casuali fra membri del Governo, parlamentari e Presidente della Repubblica?

Mi pare che l'unica spiegazione plausibile stia nel riconoscimento di una preminenza della funzione di garanzia presidenziale rispetto alle funzioni di indirizzo e direzione politica.

La sentenza, in effetti, costruisce il regime immunitario del Presidente partendo dalla nozione di funzione neutrale, dialetticamente contrapposta alla funzione di indirizzo politico²³, e dalla premessa che tale funzione, svolgendosi in un inestricabile intreccio di attività formali e informali, non può essere esercitata in modo efficace in assenza di un'assoluta riservatezza.

Anche l'attività dei membri del Governo e del Parlamento, tuttavia, si svolge prevalentemente in modo informale, implica la formulazione di «con-

²² Del resto la Corte non è nuova a simili operazioni costruttiviste, nelle quali da un principio elaborato in via dottrinale si ricavano non già criteri di preferenza nella scelta fra diverse opzioni interpretative, ma norme vere e proprie. Si pensi ad esempio agli adempimenti procedurali ricavati dal principio di leale collaborazione nei rapporti Stato Regioni quando lo Stato eserciti competenze assunte in via sussidiaria o competenze legislative trasversali così strettamente intrecciate a quelle regionali da richiedere una compartecipazione regionale agli atti applicativi delle leggi statali (sentenza n. 303 del 2003); o alla stessa giustificazione del valore "primario" della potestà regolamentare della Corte costituzionale, nonostante il suo fondamento espresso negli art. 14 e 22 della legge ordinaria n. 87 del 1953, che poggia sulla posizione di indipendenza e "sovranità" della Corte nel sistema dei poteri costituzionali (da ultimo ord. n. 185/2014).

²³ Secondo O. CHESSA, *Le trasformazioni*,: «Il limite di fondo dell'impostazione seguita dalla Consulta è quello di adoperare la grande divisione tra indirizzo politico e potere neutro, per trarre direttamente da questa, anziché dal testo costituzionale, precise norme di competenza e prerogative presidenziali».

siderazioni e giudizi parziali e provvisori» ed è caratterizzata, più ancora che la funzione presidenziale, da azioni di raccordo, tessitura, mediazione, composizione dei contrasti, nel corso delle quali si compiono azioni non diverse da quelle svolte dal capo dello Stato²⁴. Senza dire delle conversazioni del Presidente del Consiglio, che dirige la politica generale del Governo e, soprattutto, è responsabile ultimo delle decisioni in tema di segreto di Stato e di sicurezza nazionale²⁵. Eppure la Corte ammette intercettazioni fortuite senza alcun filtro preventivo per i membri del Governo e i parlamentari²⁶.

Di qui l'inevitabile conclusione: dato che la *ratio* su cui si fonda la pronuncia è l'esigenza di preservare la segretezza delle conversazioni del Presidente perché esse sono parte essenziale di attività informali necessarie all'esercizio delle sue funzioni istituzionali, il regime più restrittivo previsto attualmente per i Ministri e i parlamentari è spiegabile solo nell'ottica della sovraordinazione della funzione presidenziale rispetto alle funzioni rappresentativa e di governo; o se si preferisce della preminenza *in funzione* e non solo *in posizione* del capo dello Stato sugli altri poteri statali²⁷. Questa preminenza balza ancor più all'occhio se si considera che l'area dell'*arcanum* presidenziale non si estende solo alle conversazioni connesse all'esercizio delle funzioni (come sarebbe coerente con la *ratio* enunciata dalla Corte), ma copre tutte indistintamente le conversazioni presidenziali. Con il che la Corte riconduce al ruolo pubblico ed alla relativa disciplina funzionale atti e dichiarazioni extrafunzionali, compiuti *uti civis*, negando la possibilità di distinguere nell'istituzione presidenziale sfera privata e sfera pubblica.

È stato da più parti osservato come questo indirizzo collida frontalmente con la sentenza n. 154 del 2004, resa in sede di conflitto sulle dichiarazioni diffamatorie di Cossiga, là dove la distinzione fra atti connessi ed estranei all'esercizio delle funzioni era stata tenuta ferma²⁸. Ma è forse ancor più significativo che la sentenza n. 1 del 2013 si è spinta persino oltre la giuri-

²⁴ Ed è stata la stessa Corte costituzionale a riconoscere che la funzione parlamentare si connota per il suo carattere non «specializzato» (sentenze nn. 148 del 1983 e 375 del 1997).

²⁵ Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 124 del 2007.

²⁶ Cfr. ord. n. 390 del 2007 e sentenze n. 213 e 214 del 2010. Sembra in effetti evidente che, se lo scopo della garanzia costituzionale è la protezione della funzione rappresentativa ed esecutiva rispetto a possibili atti persecutori della magistratura, l'intento persecutorio va, per definizione, escluso quando l'intercettazione sia occasionale, e quindi inintenzionale.

²⁷ Una preminenza che, ad essere maliziosi, potrebbe rivelarsi persino in un *lapsus calami*, in quegli errori involontari che – secondo Jorge Luis Borges – rivelano i nostri reali e più nascosti pensieri: nella sentenza, per indicare il capo dello Stato, si usa la C maiuscola, e ciò nonostante che il testo ufficiale della Costituzione italiana, nell'art. 87, riporti la dizione con la lettera minuscola.

²⁸ La Corte aveva distinto in quella occasione «atti e dichiarazioni inerenti all'esercizio delle funzioni, e atti e dichiarazioni che, per non essere esplicazione di tali funzioni, restano addebitabili, ove forieri di responsabilità, alla persona fisica del titolare della carica, che conserva la sua soggettività e la sua sfera di rapporti giuridici, senza confondersi con l'organo che pro tempore impersona».

sprudenza di merito che, nell'ambito della medesima vicenda concreta Cosiga-Onorato aveva bensì tratto dalla politicità della funzione esercitata dal capo dello Stato e dal carattere "non intermittente" del *munus* presidenziale la conclusione che non fosse possibile distinguere l'organo dalla persona fisica che ne è titolare, ma esigendo comunque che le dichiarazioni di volontà del Presidente, per godere del regime dell'irresponsabilità, fossero «in qualche modo riferibili o genericamente connesse alla carica rappresentativa, alla realizzazione dell'indirizzo politico-costituzionale, ai poteri di stimolo e di persuasione o ai poteri di "autotutela" delle prerogative presidenziali»²⁹.

La Corte costituzionale non ha compiuto questo sforzo selettivo fra conversazioni presidenziali private e conversazioni connesse all'esercizio delle funzioni, ma ha sovrapposto interamente la persona del titolare della carica all'istituzione, il *munus* presidenziale alla biografia di un uomo. Viene così riproposta una personalizzazione della funzione che sembrava consegnata all'epoca monarchica e che risalta ancor più se posta a raffronto con la giurisprudenza che, ai fini dell'applicazione della garanzia dell'insindacabilità, qualifica la funzione parlamentare sulla base di indici formali e meccanici, e la identifica, in definitiva, con la sola attività svolta entro le sedi fisiche delle Camere o con quella *extra moenia* che della prima sia meramente riproduttiva³⁰. In tal modo, ai fini del rispettivo regime immunitario, il Presidente è

²⁹ Corte d'Appello di Roma, Sentenze 21 aprile 1997 e 16 marzo 1998, in *Giur.cost.* 1998, 2830 ss. Questa ricostruzione sarà in seguito seccamente smentita dalla Corte di Cassazione, III sez. civile, sentenze 27 giugno 2000, nn. 8733 e 8734, in *Giur.cost.*, 2000, rispettivamente 2948 ss. e 3407 ss. sull'assunto che la Costituzione delinea «una figura di Presidente della Repubblica (connaturata all'adozione del sistema parlamentare) eminentemente rappresentativa» e non consente l'identificazione tra funzione e persona fisica titolare dell'organo. Di qui la conseguenza che l'irresponsabilità presidenziale «riguarda gli illeciti (...) commessi non certo in occasione, per mezzo o nel tempo della funzione, ma solo a causa della medesima e per un fine ad essa inerente» e che i limiti della immunità presidenziale sono «quelli relativi alle stesse attribuzioni del Capo dello stato, allo spazio ed alle ragioni di intervento a lui consentiti dal sistema costituzionale, come si è venuto adeguando sulla base del diritto vivente».

³⁰ In effetti la Corte, per far scattare la garanzia dell'insindacabilità esige, alternativamente: che l'esternazione del deputato o senatore si sia effettivamente esplicitata entro le sedi del Parlamento o che comunque essa rappresenti una pura e semplice "fotocopia" dell'originale, e cioè di opinioni manifestate in quei medesimi luoghi fisici. La protezione costituzionale viene in questo modo circoscritta a precise e definite sedi, in assenza di un qualunque riferimento testuale. L'art. 68 Cost., diversamente dagli art. 46 della Legge fondamentale tedesca; 9 del *Bill of Rights* del 1689; I, Section 6, Clause 1 della Costituzione statunitense; 26 della Costituzione francese, letto in connessione sistematica con l'art. 41 della legge sulla libertà di stampa, che espressamente tutelano le sole opinioni e i voti espressi all'interno delle sedi delle Assemblee parlamentari, fa generico riferimento all'«esercizio delle funzioni parlamentari» e perciò autorizza un'interpretazione più ampia, sganciata dal riferimento esclusivo ai "luoghi" della funzione parlamentare, e richiama semmai l'esigenza di definire le "forme" e i "contenuti" sostanziali di tale funzione. Nel nostro *Spunti per una ridefinizione del "nesso funzionale" in tema di insindacabilità parlamentare*, in Riv. AIC 4/2014, abbiamo tentato di mostrare i limiti

sempre in funzione, mentre i parlamentari lo sono solo se operano entro le sedi fisiche delle Camere o riproducono all'esterno atti *intra moenia* compiuti. Discorso analogo vale per i membri del Governo, per i quali resta netta la distinzione fra attività funzionali e attività estranee all'esercizio della funzione³¹, il che conferma come la rilevata asimmetria sia il riflesso esteriore del riconoscimento, da parte della Corte, della superiorità in grado della funzione presidenziale rispetto a quella parlamentare e governativa.

4. La neutralità presidenziale

L'eccezionalità del regime immunitario del Presidente non è giustificabile neppure alla luce della neutralità dell'azione presidenziale, che – in tesi – meriterebbe più ampia protezione rispetto all'attività e all'azione “di parte” del Governo e delle rappresentanze parlamentari.

Al contrario proprio la natura neutrale e non partigiana della funzione presidenziale di garanzia richiederebbe la maggiore possibile trasparenza e visibilità degli atti che ne sono espressione. Il Governo è infatti parziale per definizione e la sua attività partigiana, che si traduce nella promozione di uno specifico indirizzo, è sottoposta al giudizio degli elettori in sede elettorale e a quello del Parlamento nelle dinamiche della relazione di fiducia.

Non così l'azione del Presidente, che deve dimostrarsi imparziale per essere legittima e che pertanto è astretta a un dovere di motivazione e di trasparenza più stringente di quello che è lecito pretendere per le funzioni direttive di governo. L'attività presidenziale di garanzia costituzionale, che può tradursi in interventi di interdizione e addirittura – in ipotesi più rare – di blocco delle decisioni politiche democraticamente legittimate, non può sottrarsi a un criterio di verificabilità. La garanzia della Costituzione non può essere infatti occulta. Ma quando – come assume la sentenza che ci occupa – atti formali e informali del capo dello Stato si intrecciano in modo inestricabile e l'attività informale precedente e successiva all'adozione di atti formali non è conoscibile neppure a fini di giustizia, chi garantisce che il garante politico della Costituzione agisca davvero a tutela di questa e non invece per perseguire un indirizzo politico altrettanto partigiano di quello governativo?

Nel momento in cui per quella larga sfera di attività presidenziale che rappresenta – secondo la Corte – l'essenza della funzione presidenziale non vi è conoscibilità neppure casuale e vige dunque il più assoluto segreto, la formula della *neutralità* del capo dello Stato si risolve in una *fiduciosa dichia-*

della ricostruzione del “nesso funzionale” attualmente accolta dalla Corte costituzionale proponendone il superamento ed elaborando un nuovo *test* di giudizio per l'applicazione della garanzia della insindacabilità parlamentare.

³¹ Cfr. art. 10 legge n. 219 del 1989.

razione ottativa; nella mera aspettativa di una *qualità personale* degli inquilini del Quirinale. Al che si potrebbe replicare con Kant che l'uomo – fosse anche il Presidente della Repubblica – è un «legno storto» dal quale «non si può ricavare nulla di perfettamente dritto»³².

Proprio sulla centrale nozione di neutralità e di potere neutrale, che rappresenta l'asse portante della costruzione della figura presidenziale, la Corte non elabora una riflessione adeguata all'imponente apparato concettuale spiegato nella pronuncia.

Da almeno un trentennio e cioè dagli studi di Mezzanotte e Baldassarre, può darsi per acquisito che la neutralità presidenziale non coincide con l'assenza di politicità e non si identifica neppure con la rappresentanza della totalità in contrapposizione alle parti politiche.

Non con la prima, perché essa è riferita a un organo politico, che agisce secondo moventi politici e strumenti politici, e quindi è del tutto inassimilabile all'impolitica neutralità giudiziale, che assume sostanza concreta nel contraddittorio delle parti e nella forma argomentativa delle pronunce.

Non con la seconda, perché la politicissima neutralità di conio schmittiano³³ era il riflesso dell'unificazione personale del sistema istituzionale nel Presidente della Repubblica, e del suo porsi come esclusivo interprete degli interessi generali della Nazione in opposizione alla forza disgregatrice del pluralismo partitico³⁴; mentre al contrario nella Costituzione italiana la rappresentazione presidenziale dell'unità nazionale è finalizzata proprio – come si dirà tra breve – al pieno dispiegamento del pluralismo istituzionale e politico.

Definizioni di neutralità ritagliate su una doppia negazione (né, né), però, non possono bastare. Per oggettivizzarsi e non restare una formula ipocrita o una petizione di principio, la neutralità presidenziale dovrebbe essere positivamente definita come attributo della funzione di garanzia costituzionale e strettamente legata alle condizioni di esercizio di tale funzione.

In tal senso essere neutrale non può voler dire porsi in geometrica equidistanza dalle parti in contesa (come presuppone invece la “neutralità” del mediatore), ma semplicemente essere dalla parte della Costituzione, opponendosi agli interessi dei soggetti politici dominanti e dei più influenti blocchi di potere quando questi si collochino fuori del tracciato costituzionale.

³² Secondo il celebre aforisma di I. Kant: «Da un legno così storto com'è quello di cui è fatto l'uomo non si può ricavare nulla di perfettamente dritto» (da *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. BOBBIO, L. FIRPO, V. MATHIEU, Torino, 1956)

³³ CARL SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, trad. it a cura di A. CARACCILO, Milano, 1981, 239 – 240.

³⁴ Che era giunta a coinvolgere le stesse strutture statali, non più percepite – a Weimar – come istituzioni sopra le parti, ma esse stesse oggetto di una permanente contrattazione fra gruppi sociali e forze politiche, secondo la lettura proposta da G.E. RUSCONI, *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaria*, Torino, 1977.

La neutralità non è dunque un predicato astratto del potere presidenziale, ma prende forma negli atti di controllo costituzionale, che si “depoliticizzano” e quindi si neutralizzano in quanto sono fondati su una volontà normativa preesistente ed esteriore alla volizione personale del capo dello Stato: la volontà della Costituzione, come interpretata dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dominante dottrina.

Per le attività presidenziali diverse da quelle di stretto controllo, la neutralità è invece una *virtù passiva*, nel senso che essa impone di non varcare la frontiera oltre la quale ogni condotta presidenziale diventa necessariamente di parte: l’area dell’indirizzo politico. La neutralità colora oggettivamente gli atti di impulso e di intermediazione politica solo quando questi, indipendentemente dai moventi soggettivi e quindi inevitabilmente politici che li animano, restano esterni ai confini della funzione di direzione politica e perciò non si risolvono in forme di compartecipazione a decisioni politiche di governo, seppure in forma negativa. L’unica condizione che legittima il Presidente a condizionare o a bloccare del tutto il corso delle scelte riferibili agli organi di indirizzo è infatti la rilevazione della loro evidente contrarietà a Costituzione, non essendo sufficienti mere ragioni di opportunità istituzionale a intestargli un potere di veto.

5. La funzione di rappresentanza dell’unità nazionale

Nella costruzione concettuale della neutralità presidenziale un peso decisivo riveste la formula costituzionale secondo cui il capo dello Stato rappresenta l’unità nazionale. Su questa formula è ora necessario soffermarsi per verificare se essa si presti a ospitare le virtualità interpretative che la Corte ha ad essa ricondotto.

La nozione è intimamente incerta, per il significato plurivoco dei concetti che accosta.

Da un lato, l’unità nazionale può essere riferita al territorio della Repubblica (l’Italia *una* e indivisibile dell’art. 5 Cost.); o al popolo italiano inteso come tutto unitario al di sopra delle frazioni politiche e sociali (il popolo detentore della sovranità); o ancora allo Stato come apparato organizzativo, e quindi all’articolazione dei poteri costituzionali nel suo complesso; o infine, in stretta aderenza al dato letterale, alla Nazione, intesa come dimensione spirituale del vivere in comune, forgiata dalla storia e dalla cultura, e dunque «*una* d’arme, di lingua, d’altare, di memoria, di sangue e di cor»³⁵.

Dall’altro, e soprattutto, il concetto stesso di rappresentanza non è fissato dal proprio oggetto in modo sempre identico «ma è piuttosto un’espressione

³⁵ Secondo il celebre verso del manzoniano *Marzo 1821*, 30-31.

“sinsemantica” e “sincategorematica” con la quale si può operare in modi diversi, a seconda del senso che essa può acquisire entro un determinato contesto»³⁶.

Nel peculiare contesto di una tradizione giuridica non del tutto emancipata dall'influenza del principio monarchico e dall'idea da esso derivata di rappresentazione monocratica dell'unità statale, il verbo «rappresenta» può essere ricondotto, in astratto, tanto alla nozione di “rappresentazione”, quanto a quella di “rappresentanza”, con evidenti differenze quanto al significato da ascrivere alla funzione rappresentativa del Presidente della Repubblica.

Secondo la prima opzione interpretativa, detta funzione potrebbe identificarsi nella rappresentazione simbolica dell'unità territoriale della Repubblica e dell'identità morale e spirituale del popolo italiano.

Avrebbe caratteri simili alla dimensione ecclesiologica della rappresentazione eucaristica. Come questa rende presente l'idea di una invisibile verità originale ad essa preesistente³⁷, senza fare dell'autore del processo rappresentativo (il *sacerdos*) l'interprete e il demiurgo dell'entità rappresentata, così la rappresentazione presidenziale renderebbe tangibile l'unità nazionale, di cui il capo dello Stato sarebbe l'immagine vivente, il *simbolum*³⁸, senza però conferirgli il potere di dare ad essa forma politica. In questa chiave di lettura, la “rappresentanza dell'unità” – ascrivibile al campo della *Vorstellung* e non a quello della *Repräsentation* – ha valore esornativo sul piano giuridico, è espressione retorica, di tono poetico³⁹, e si dimostra quindi priva di rilievo ai fini della ricostruzione della figura presidenziale e meno che mai idonea a fondare letture espansive dei suoi poteri.

Muovendo invece dalla nozione romanistica di *repraesentatio* come “luogotenenza”, e cioè come potere del presente (il rappresentante) di esprimere la volontà dell'assente (il rappresentato)⁴⁰, si giunge alla conclusione che la rappresentanza presidenziale dell'unità ha ad oggetto gli interessi permanenti della Nazione, di cui il Presidente della Repubblica sarebbe appunto il finale centro di imputazione. Lungi dall'essere mera personificazione simbolica dello Stato, egli si presenta in questo caso come l'autore del processo di attualizzazione di interessi che occupano una posizione esterna e superiore all'area dell'indirizzo politico, perché sono riferibili all'intera comunità nazionale. L'autorità politica del capo dello Stato, in tesi, rinvia infatti a un'idea di totalità che lo pone naturalmente al di sopra delle parti politiche e lo porta

³⁶ H. HOFMANN, *Rappresentanza - rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, 2007, 26 (traduzione di *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antiken bis ins 19. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, 1974).

³⁷ *Summa Theologiae*, III Q 83 ad. 2, a.3; Q 80, a.10, ad. 2.

³⁸ Inteso come l'elemento di connessione fra sensibile e sovransensibile.

³⁹ Così C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enc.dir.*, VI, Milano, 1960 e G.U. RESCIGNO, *Art. 87 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna - Roma, 1978.

⁴⁰ Un confronto fra la nozione tomista e quella romana di rappresentazione in H. HOFMANN, *Rappresentanza - rappresentazione*, cit.

a concorrere in senso dialettico con la funzione rappresentativa della volontà nazionale affidata ai membri del Parlamento. In coerenza con questo schema, il Presidente della Repubblica potrebbe dunque partecipare al processo di formazione dell'indirizzo politico in forma positiva o negativa⁴¹ ed esprimere, in circostanze eccezionali e temporanee, una volontà vicaria rispetto alle istituzioni politiche di governo⁴².

Secondo la Corte, il Presidente della Repubblica rappresenta l'unità nazionale «non soltanto nel senso dell'unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica. Si tratta di organo di moderazione e di stimolo nei confronti di altri poteri, in ipotesi tendenti ad esorbitanze o ad inerzia». Questa funzione di rappresentanza dell'unità nazionale trova forma nei poteri presidenziali di impulso e mediazione e costituisce il fondamento ultimo della funzione neutrale da cui – secondo la Corte – si ricava il principio del segreto presidenziale sull'ambito indistinto delle attività funzionali ed extrafunzionali del capo dello Stato.

Quest'ultima inferenza non persuade. La rappresentanza dell'unità nazionale non può infatti dare fondamento ad attribuzioni e prerogative costituzionali non espresse e meno che mai a poteri di compartecipazione all'indirizzo politico. E ciò in quanto il capo dello Stato non ha il potere di dare forma politica, rendendola attuale (*vergegenwärtigen*), all'entità ideale rappresentata, come accade invece nella *politische Repräsentation*. Non esprime la volontà del corpo comune, ma, più limitatamente, è chiamato a «mette(re) in azione un movimento partecipativo nei confronti di ciò che è simbolizzato»⁴³. Egli rende idealmente presente l'unità nazionale – da intendere come unità della Costituzione quale sede di sintesi suprema dei valori identitari del popolo italiano – al fine di sollecitare le forze politicamente attive e la comunità nazionale a rispettare tali valori o a darne coerente attuazione, ma senza poter dare ad essi forma politica concreta e senza poter disporre di poteri ingiuntivi per imporne l'inveramento; è destinatario di un'istanza di

⁴¹ E' questa la posizione di O. CHessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, 41, che ricava dall'assonanza fra «rappresentanza dell'unità nazionale» (art. 87) e «rappresentanza della Nazione» (art. 67), la conseguenza che il capo dello Stato possa partecipare al processo di formazione dell'indirizzo politico.

⁴² Il vicario «fa sì che un essere, dotato di forze insufficienti, sia presente e operi in certi luoghi a esso appropriati in modo tale da non smarrirli o da non comprometterne la sussistenza» (così C. GESTRICH, *Christentum und Stellvertretung. Religionsphilosophische Untersuchungen zum Heilverständnis und zur Grundlegung der Theologie*, Tübingen, 2001, 235 - 236).

⁴³ G. DUSO, *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Milano, 1988, 95, così descrive l'aspetto simbolico della rappresentanza.

integrazione della comunità politica intorno ai valori costituzionali che non può essere completamente soddisfatta nelle forme giuridiche del controllo sulle leggi e che tuttavia è necessaria per dare vitalità al fondamento materiale del “Patto costituente”. Al capo dello Stato non sono affidate, tuttavia, la rappresentanza dell’unità politico-ideale del popolo – riservata nelle forme di governo parlamentari alle Assemblee elettive⁴⁴ – né la rappresentanza della Nazione o dello Stato, intesi come un “tutto” sovrastante le “parti”, ma piuttosto la *rappresentazione simbolico-ideale* di valori costituzionali che esigono il pieno dispiegamento del pluralismo istituzionale e politico.

Si deve trattare perciò di valori non divisivi, aggreganti, principalmente procedurali, se è vero come è vero che in assetti fortemente pluralizzati come sono le democrazie occidentali anche i valori materiali supremi (la difesa della vita, la dignità dell’essere umano e del transito mortale, la tutela della famiglia e della salute, per fare alcuni facili esempi), sono oggetto di aspre controversie ideali e di un generale «ragionevole disaccordo»⁴⁵ fra i consociati.

Così intesa, la funzione rappresentativa presidenziale non è ridicibile ad alcuno dei tipi weberiani (rappresentanza appropriata, di ceto, vincolata, libera)⁴⁶, e può essere definita piuttosto come “magistratuale”.

Come infatti il magistrato, nel dare voce ai principi di giustizia, trae dalla legge gli elementi giustificativi della sua decisione soggettiva, e così la oggettiva e ne riporta il fondamento ultimo alla volontà sovrana di cui è mero rappresentante (tanto da pronunciare “in nome del popolo italiano”); così il Presidente della Repubblica, rappresentante dell’unità nazionale, incarna l’immagine e trasmette i contenuti di valore della Costituzione quale sede e condizione di efficienza dei percorsi di unificazione politica, senza però disporre di poteri sovrani di elaborazione creativa di quell’unità o di interpretazione vincolante di quei contenuti (che spetta alla Corte costituzionale).

Nella rappresentanza magistratuale, infatti, è sovrana, senza ambiguità, l’entità rappresentata (la Costituzione) e non la persona che la rappresenta (il Presidente)⁴⁷; laddove nella rappresentanza politica delle democrazie parlamentari sovrano reale (*Herr*) è il rappresentante della volontà popolare, che la conforma e ne è l’interprete legittimo, più ancora che il rappresentato (il popolo).

⁴⁴ Che il Parlamento sia, nelle democrazie parlamentari, «il solo rappresentante dell’unità politico-ideale del popolo» è dimostrato brillantemente da G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation in der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert* (1929), Berlin 1966, 197 ss.

⁴⁵ Il «reasonable disagreement» di cui parla J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 Yale Law Journal 1346 (2006). 1364 ss..

⁴⁶ M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1974, 290 - 297 classifica quattro tipi di *Repräsentation*: *approprierte*, di tipo patriarcale e carismatico, propria delle società tradizionali; *Ständische* (di ceto); *gebundene* (vincolata, su mandato imperativo), *freie* (libera e perciò implicante il divieto di mandato imperativo).

⁴⁷ H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts*, Berlin - Leipzig, 1927, 75 ss.

Da queste premesse teoriche discendono alcune importanti conseguenze pratiche:

- a) la funzione di rappresentanza dell'unità nazionale, per la prevalenza in essa dell'elemento simbolico-funzionale su quello creativo-costitutivo, non si può porre a fondamento esclusivo di attribuzioni nuove, sprovviste di un diverso, puntuale, ancoraggio costituzionale⁴⁸; non autorizza letture espansive di potestà e prerogative quirinalizie; non giustifica prassi eterodosse o irrituali in quanto necessarie all'erogazione di prestazioni di unità. Non conferisce poteri, ma indica piuttosto il *fine* cui è preordinato l'esercizio delle funzioni presidenziali⁴⁹. E' infatti dalla conformità a questo vincolo teleologico – agire per il riconoscimento e l'affermazione dei valori costituzionali unitari – che l'azione del Presidente della Repubblica ricava la propria autorità politica e al contempo la misura della sua legittimità;
- b) l'unità nazionale preesiste al capo dello Stato e si forma nel processo di interazione e di integrazione fra i soggetti del pluralismo e le istituzioni politiche. La funzione di rappresentanza dell'unità impone, pertanto, al Presidente di vigilare sul rispetto delle *condizioni relative alla genesi democratica di quell'unità* nello scenario pluralistico della Costituzione, ma non lo autorizza affatto a ergersi a «tribuno del popolo»⁵⁰ facendosi portatore degli interessi generali della Nazione, in posizione superiore ed esterna al processo politico-parlamentare, né a collocarsi al centro della forma di governo come grande attore del gioco politico;
- c) l'unità nazionale, in quanto unità nella Costituzione, non coincide né può sovrapporsi con l'unità delle forze politiche egemoni. Non si realizza quando le parti in conflitto siano armonizzate e quando esse, sotto l'egida presidenziale, convergano verso soluzioni il più possibile condivise, ma quando a tutte sia imposto il rispetto delle norme costituzionali entro le quali si svolge il confronto pluralistico delle forze politiche e sociali. La rappresentanza dell'unità richiama il Presidente a una vocazione *countermajoritan*, nella misura in cui la Costituzione è limite alle decisioni di maggioranza, e in senso più largo, *counterpartisan*.

Alla luce della ricostruzione qui proposta, i riferimenti ricondotti alla

⁴⁸ Come invece si è ritenuto in dottrina ad esempio da G. MOTZO *Esternazioni presidenziali ed informazioni nel Capo dello Stato*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1487 ss., che sulla funzione di rappresentanza incardina il potere di esternazione.

⁴⁹ Un *fine* che è stato descritto dalla Corte costituzionale come quello «della coesione e (del)l'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica» (sent. n. 1 del 2013).

⁵⁰ Come dice G. PASQUINO, *L'elasticità della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.* 1/2013, 112. Si veda pure E. GALLI DELLA LOGGIA, *Da Pertini a oggi: il Quirinale e l'antipolitica*, in M. BREDÀ (a cura di), *Il grande gioco del Quirinale*, Rizzoli, Milano, 2013, 35 ss. il quale rinviene nell'uso politico dell'antipolitica la complessiva cifra di lettura delle Presidenze della Repubblica da Pertini a Napolitano.

funzione di rappresentanza dell'unità e i significati ad essa ascritti nella sentenza n. 1 del 2013 possono alimentare fraintendimenti.

La Corte infatti non mostra di considerare la rappresentanza dell'unità nazionale come l'orizzonte finalistico nel quale vanno iscritti i poteri formali del Presidente, e dunque il limite di esercizio di questi poteri; ma sembra farne al contrario la fonte di inedite prerogative e di inconoscibili poteri informali. Una sorta di *clausola generale di chiusura delle relazioni fra gli organi costituzionali*, che si offre come criterio interpretativo privilegiato delle incerte norme costituzionali sui poteri presidenziali (e sulla forma di governo più in generale).

È stata del resto l'accentuazione della funzione di rappresentanza dell'unità, intesa come estraneità al circuito dell'indirizzo politico e capacità del Presidente di farsi interprete di ragioni umanitarie apprezzabili solo in termini im-politici nel diretto contatto con il corpo sociale, a mutare in senso favorevole al Presidente la prassi interpretativa pluridecennale sull'esercizio del potere di grazia (sentenza n. 200 del 2006).

Ed è sempre il richiamo alla rappresentanza dell'unità, intesa come interpretazione della volontà della Nazione in opposizione a quella delle forze politiche, a far orientare la Corte verso una lettura dello scioglimento come potere a prevalenza presidenziale. Con la previsione che il Presidente possa sciogliere le Camere anche quando rilevi il loro difetto di rappresentatività, lo scioglimento, infatti, non è più soltanto il rimedio estremo alle disfunzioni del circuito fiduciario, ma può diventare il meccanismo di risoluzione dei conflitti fra Parlamento e popolo, maggioranze politiche e opposizioni sociali. Fuoriesce dai confini tradizionali dello Stato-apparato e si proietta sullo Stato comunità; inserisce quindi il Presidente nella dinamica che lega popolo e partiti e questi alla rappresentanza parlamentare autorizzandolo a farsi interprete della volontà popolare anche in opposizione a quella espressa dal circuito politico-parlamentare.

Infine, con il riferimento alla necessaria ricerca delle soluzioni conciliative, e la funzione centrale assegnata ai poteri informali di intermediazione politica, la nozione di unità costituzionale, nella visione della Corte, non viene sufficientemente differenziata dall'unità delle forze politiche egemoni e rischia di sovrapporsi al principio di effettività. La scarsa accentuazione del profilo garantistico della funzione rappresentativa dell'unità, e del suo intimo legame con la nozione di garanzia costituzionale non pongono infatti un ostacolo insuperabile a questo slittamento semantico e concettuale.

6. Epilogo. Il rapporto Presidente-organi di direzione politica fra evoluzione e razionalizzazione costituzionale

La riflessione svolta nella sentenza n. 1 del 2013 si inserisce in un contesto che vede da almeno un ventennio una crescita di ruolo politico dell'istitu-

zione presidenziale e che solo in parte è riconducibile a elementi personali, al tratto più o meno carismatico e intraprendente dei singoli Presidenti, derivando piuttosto da una serie di ragioni storico-politiche profonde, così stilizzabili (e senza pretesa alcuna di esaustività):

- a) la crisi ormai endemica della rappresentanza politica e dei partiti, la perdita della loro funzione pedagogica e integratrice che per almeno un quarantennio della vita repubblicana aveva garantito solidità al sistema di governo ed equilibrio alle relazioni fra i poteri. Quando in porzioni non marginali dell'elettorato viene posta apertamente in discussione l'idea che la rappresentanza parlamentare sia l'unica forma di rappresentanza politica⁵¹, e d'altro canto l'idea opposta di una diretta partecipazione popolare alle decisioni collettive si esprime ancora in forme ambigue e non trasparenti, tanto che il popolo viene ridotto alla dimensione fittizia e disincarnata del pubblico televisivo o della comunità degli utenti di Internet, è quasi inevitabile che aumenti il "bisogno di capi"⁵² e quindi il «bisogno di Presidente»;
- b) il superamento della regola di natura convenzionale, secondo cui uno Presidente delle Camere doveva essere designato dalle opposizioni parlamentari. La "conquista" dei Presidenti di Assemblea ad opera della maggioranza e la naturale, oggettiva riduzione della loro funzione di garanzia ha comportato infatti il parziale assorbimento da parte del Presidente della Repubblica dei loro poteri di controllo sul processo legislativo e conseguentemente accresciuto la penetrazione degli interventi presidenziali sulla produzione normativa, tanto da fare del Presidente una sorta di "custode" della qualità della legislazione⁵³;
- c) la "provenienza politica" del Presidente della Repubblica. Mentre, infatti, nel corso della Prima Repubblica il capo dello Stato era sempre stato

⁵¹ Nel solco di un processo di "disintermediazione" che sta già trasformando in profondità le dinamiche del sistema capitalistico e che si vorrebbe applicare anche al sistema politico, attraverso la riduzione dei corpi intermedi, la marginalizzazione, in termini elettorali, del consenso di interesse rispetto al consenso di opinione e la collocazione dei leader politici in una relazione diretta, non mediata, con gli elettori.

⁵² Su cui v. P. SIMONCELLI, *Tra sovranità e rappresentanza. Il "bisogno di Presidente"*, in www.federalismi.it. n. 8/2013, 1, che insiste pure sulla sostituzione della categoria del popolo sovrano con quella democratico-televisiva di «pubblico sovrano».

Ad alimentare questo bisogno di figure leaderistiche potrebbe contribuire il processo di disintermediazione che sta già trasformando in profondità le dinamiche del sistema di produzione capitalistica e che in Italia sembrerebbe trasmettersi anche al sistema politico, attraverso la marginalizzazione dei corpi intermedi, la crisi della conduzione politica collegiale dei partiti e quindi l'instaurazione di un rapporto diretto fra elettori e leader politici. Sul modello della *Zero marginal costs economy* basato su un tipo di produzione di beni e servizi sempre più autonomo e disintermediato, sottratto alle leggi del mercato (i cd. Collaborative Commons) v. J. Rifkin.

⁵³ Così L. LORELLO, *Presidente della Repubblica e rinvio della legge: un nuovo "custode" della qualità della legislazione?*, in *Nuove autonomie*, n.3/2005.

- eletto tra gli esponenti dei partiti di maggioranza ed aveva svolto il suo mandato in presenza di Governi politicamente affini, dopo la svolta maggioritaria del 1993 tutti i Presidenti hanno convissuto, almeno per una parte del loro mandato, con Esecutivi di diversa ispirazione politica e ideale. La dialettica personale fra i due Presidenti (del Consiglio e della Repubblica) si è fatta, inevitabilmente, più aspra;
- d) la trasformazione tecnologica della comunicazione politica che porta a misurare il consenso politico in termini di *appeal* mediatico e la massiccia presenza del capo dello Stato sul proscenio della politica-spettacolo. Per di più, con un vantaggio di immagine formidabile rispetto agli altri attori politici: quello di incarnare – *absit iniuria verbis* – una sorta di *magistratura dell'ovvio*, chiamato com'è nelle più diverse occasioni pubbliche ad indicare alla comunità nazionale le mete e i traguardi più fulgidi e desiderabili senza l'onere politico di indicare attraverso quali tortuosi e tormentati percorsi, quali opzioni escludenti e dolorose, essi possono essere raggiunti. Non sorprende, perciò, che nelle graduatorie del consenso dei *leader* politici, il capo dello Stato occupi pressoché costantemente la prima posizione. Né stupisce che dal suo indice di gradimento, o se si preferisce dalla sua capacità di esercitare una *leadership* popolare, il Presidente della Repubblica – almeno a partire dalla Presidenza Pertini – abbia tratto una forza e una legittimazione politica proprie, esterne al sistema dei partiti e non più interamente derivate da essi;
- e) ad accentuare il fascino della figura presidenziale contribuisce anche il fatto che la percezione tangibile del Patto costituzionale, almeno nell'elettorato meno attrezzato culturalmente, non è affidata più a processi di trasmissione di memoria o di identificazione politica (la pregiudiziale antifascista, che fungeva da fattore di legittimazione democratica nella “Prima Repubblica”), quanto piuttosto a meccanismi di rappresentazione simbolica. La Costituzione si identifica con l'istituzione che rappresenta l'unità nazionale, quale sintesi delle «pluralistiche componenti politiche, sociali e istituzionali attraverso le quali si svolge (...) il processo politico democratico»⁵⁴; ha la sua rappresentazione vivente nel capo dello Stato, che diffonde e rende comprensibili i valori della Carta in termini popolari, ben più delle sentenze costituzionali, inaccessibili alle masse nel loro asciutto tecnicismo e sprovviste in genere di ogni argomento retorico *pro populo*. L'uomo al quale il cerimoniale militare assicura – insieme al Santissimo Sacramento⁵⁵ – il privilegio di non inchinarsi dinanzi alla

⁵⁴ A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO e A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997.

⁵⁵ Art. 81, comma primo, del *Regolamento sul servizio territoriale e di presidio*: «La Bandiera di guerra saluta soltanto: il SS. Sacramento e il Presidente della Repubblica in ogni circostanza di tempo e di luogo (...)».

bandiera nazionale, che al contrario si inchina al suo cospetto, incarna così in misura crescente la *dignified function*⁵⁶ della Costituzione e viene percepito dalle masse come “il custode”⁵⁷ ultimo e definitivo della legalità costituzionale – con un’indebita sovrapposizione alla Corte costituzionale – e, di riflesso, come la più elevata istanza morale della Repubblica e addirittura il riparatore dei torti e delle ingiustizie, al quale rivolgono il loro appello speranzoso moltitudini di cittadini.

Persino considerazioni di psicologia sociale hanno il loro peso nel rafforzare l’istituzione presidenziale. Lo spaesamento e lo sradicamento culturale indotti dalla globalizzazione spingono difatti verso la ricerca di figure paterne capaci di offrire stabilità. Istituzioni unipersonali che compensano sul piano simbolico la perdita di sicurezza e di identità provocate dalla lacerazione delle legature familiari, religiose e sociali⁵⁸ e dalla diffusa precarietà economica e addirittura affettiva⁵⁹ (l’amore liquido di cui parla Bauman). L’*evaporazione* del Padre (celeste e terreno), può trovare così un surrogatorio rimedio nella paternità politica, incarnata per dignità, posizione ed età dal “capo” dello Stato/*Pater familias*⁶⁰.

Se il capo dello Stato italiano fosse il Re di una monarchia parlamentare, se cioè fosse designato in modo non democratico, ma per discendenza dinastica, il suo consenso popolare e il suo carisma personale influirebbero molto marginalmente sulla dimensione effettiva dei suoi poteri costituzionali. Pur se osannato dalle folle, egli sarebbe soltanto il primo *gentilhomme de l’Italie*, non diverrebbe per questo un capo politico. Il principio di sovranità popolare – asse portante di ogni regime democratico – impedirebbe infatti alla sua legittimazione carismatica di convertirsi in forza politica effettiva. Ma il Presidente della Repubblica è eletto dai rappresentanti del popolo in Parlamento, esprime un’investitura democratica, seppure indiretta, ed è pertanto in grado di assorbire interamente il plusvalore politico derivante dal suo legame con il corpo sociale e di riversarlo sul tavolo del confronto istituzionale con il sistema dei partiti e dei poteri costituzionali.

⁵⁶ W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Oxford, 1867.

⁵⁷ G. CAZZATO, *Il custode*, Roma, 2011.

⁵⁸ Come ha insegnato RALF DAHRENDORF, *La libertà che cambia*, trad. it., Roma-Bari, 1995, la rottura di queste legature consegue alla moltiplicazione delle opportunità di vita e alla dilatazione apparentemente senza limiti degli spazi di libertà individuale.

⁵⁹ L’allusione è a Z. BAUMAN, *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, trad. it., Roma-Bari, 2003.

⁶⁰ Sulla giustificazione lacaniana del totalitarismo come riflesso dello «sbriciolamento della funzione paterna e del tessuto familiare che si sosteneva grazie ad essa» v. M. RECALCATI, *Cosa resta del padre?* Milano, 27 ss., 39. R. ESPOSITO, *Quando la democrazia ha bisogno di un padre*, ne *la Repubblica*, 1 maggio 2013, 37, afferma: «Nulla come questa fase convulsa della vita politica italiana sembra attestare la necessità, simbolica e istituzionale, del Padre» e si chiede se sia possibile «sfuggire alla macchina della teologia politica che da duemila anni ci tiene prigionieri».

Questa tendenza allo *enlargement of powers* del Quirinale si è ulteriormente rafforzata con la Presidenza di Napolitano. Il capo dello Stato si è posto infatti come il principale fattore di stabilità del sistema, il centro di agglutinazione di forze centripete e frammentate, di partiti rapidamente liquefatti e scomposti in gruppi di potere su base personale tanto sfuggenti e refrattari alla irregimentazione da risultare inefficienti persino nell'attività di selezione oligarchica della classe dirigente (lo dimostrano le modalità grottesche della rielezione presidenziale e insieme il prolungato stallo sulle elezioni per il CSM e la Corte costituzionale).

In questo clima di "eccezionalità" costituzionale si sono consolidate interpretazioni espansive e prassi che, secondo una parte della dottrina, hanno condotto già al punto di crisi la tradizionale raffigurazione del ruolo presidenziale come struttura garantistica e non governante.

Omar Chessa, in particolare, in un volume densissimo, ha teorizzato il "dualismo inevitabile" della nostra forma di governo, e la rottura dell'argine che separa il Presidente della Repubblica dagli organi di direzione politica; egli ha posto infatti il capo dello Stato in una relazione triadica, legandolo al Parlamento e al Governo in posizione non più esterna e superiore, ma affiancata, in quanto «organo che può legittimamente porre un 'veto politico' alle scelte d'indirizzo del gabinetto»⁶¹.

Anche gli autori che non hanno costruito il proprio modello interpretativo, come Chessa, su una rilettura complessiva della nozione di potere neutro e della teoria della controfirma e si sono attestati sulla rilevazione del *Sein* piuttosto che del *Sollen* costituzionale, hanno segnalato lo scivolamento della forma di governo verso un semipresidenzialismo di fatto o mite o comunque un parlamentarismo a prevalenza o tendenza presidenziale⁶². In un simile scenario, generalmente favorevole all'espansione dei poteri presidenziali e debolmente preoccupato di segnare in modo più rigoroso i limiti di questi poteri, si sono moltiplicate interpretazioni estensive delle attribuzioni presidenziali basate su argomenti giuridici spesso opinabili che prospettano un vero e proprio mutamento di orizzonte culturale nella percezione del ruolo presidenziale.

Così, per limitarci a una sommaria enumerazione: è stata contestata la comune qualificazione del potere di rinviare le leggi alle Camere come potere di garanzia e di controllo e si è sostenuto che l'art. 70 Cost., nell'attribuire in

⁶¹ O. CHessa, *Il Presidente*, cit., 53; sul quale, se si vuole, G. SCACCIA, *Recensione a O. Chessa, Il Presidente della Repubblica. Un'interpretazione della forma di governo parlamentare*, in *Dir. pubbl.*, 1/2011, 335 ss.

⁶² C. FUSARO, *Il presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, in *Quaderni costituzionali*, Bologna, 2013; I. NICOTRA, *Il Quirinale e l'inedita declinazione del principio di leale collaborazione istituzionale: l'Italia verso un semipresidenzialismo mite*, in F. GIUFFRÈ, I.A. NICOTRA (a cura di), *Il Presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, Torino, 2012, 19 ss., Pasquino...

via esclusiva al Parlamento l'esercizio della funzione legislativa «non impedirebbe il concorso esterno del Capo dello Stato al processo *decisionale*⁶³»; si è affermato che il capo dello Stato può disporre unilateralmente lo scioglimento delle Camere anche contro la volontà di queste e del Governo⁶⁴, riproponendo la tesi dello scioglimento-sanzione che era costata a Cossiga – quando l'aveva prospettata pubblicamente – l'accusa di attentato alla Costituzione da parte di Marco Pannella; si è giustificata, nella fase delle consultazioni successiva alle elezioni del febbraio 2013, l'istituzione di un gruppo di “saggi” incaricato di formulare «proposte programmatiche» al futuro governo su temi istituzionali ed economici trascurando che questo potere istruttorio e di proposta altera il ruolo costituzionalmente attribuito al Presidente della Repubblica e ne fa uno dei soggetti dell'accordo di coalizione; si è sostenuto che Napolitano, nella situazione di incertezza in cui si è aperta la XVII legislatura, avrebbe potuto nominare il Presidente del Consiglio e i ministri e poi presentare il “suo” Governo in Parlamento per chiedere la fiducia alle Camere, con ciò proponendo un'interpretazione letterale dell'art. 92 Cost. che nessuno aveva considerato plausibile e compatibile con l'impianto parlamentare della forma di governo⁶⁵; nella fase di formazione dei Governi Monti, Letta e Renzi, si è da più parti letto, fra gli opinionisti, che il Presidente della Repubblica potrebbe ordinariamente concorrere alla scelta dei Ministri fornendo l'identikit dei titolari dei Dicasteri più importanti; infine, e più in generale, si è affermato che in alcuni passaggi della Presidenza di Napolitano «è sembrato non che il capo dello Stato abbia bisogno della controfirma governativa per la validità dei propri atti (...) bensì il contrario», traendone non già la conclusione che in tal modo è stato tradito lo specifico significato dell'istituto della controfirma, ma, all'opposto, che questo istituto «è un po' l'emblema della nostra macchina istituzionale: una macchina con un doppio pilota» con «al volante il capo dello Stato, non il presidente del Consiglio»⁶⁶.

⁶³ L. VESPIGNANI, *Il Presidente ritrovato (Mitologie vecchie e nuove sul potere di rinvio delle leggi)*, in *Dir. e soc.*, 2009, 68 – 69.

⁶⁴ E. SCALFARI, *Quante sono le divisioni del capo dello Stato*, in *Repubblica*, 30 gennaio 2011; G. FERRARA, *Presidente della Repubblica e scioglimento delle Assemblee parlamentari nell'emergenza costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 1 marzo 2011.

⁶⁵ M. AINIS, *I passaggi per un nuovo Governo-La cruna dell'ago*, su *Corriere della Sera*, 19 marzo 2013.

⁶⁶ M. AINIS, *Napolitano, l'esploratore*, in M. BREDI (a cura di), *Il grande gioco del Quirinale*, Milano, 2013, 73. Usava – significativamente – in senso opposto l'identica metafora L. ELIA, *Appunti sulla formazione del Governo*, in *Giur. cost.*, 1957, 1200 ss.: «Sicché quando il Capo dello Stato, per una disfunzione del regime quale è una crisi ministeriale, è chiamato ad intervenire allo scopo di rimettere in moto i congegni inceppati, è logico che il suo intervento si limiti all'atto preliminare necessario a rimuovere la situazione di stasi. In altri termini, quando la macchina del governo si è arrestata perché la guida non è al suo posto, il Capo dello Stato deve invitare al volante un altro uomo politico, ma non può né prescrivergli la strada da imboccare, né imporgli i compagni di viaggio».

Quanto ai costituzionalisti, essi, con eccezioni limitate, si sono divisi fra una grande maggioranza di teologi dell'ordine costituito e del fatto compiuto pronti a giustificare ogni e qualsivoglia irritualità costituzionale, ogni deviazione della prassi dal testo e dalla forma in una logica di legittimazione per risultati che in taluni casi ha riassorbito la stessa legittimazione giuridico-formale⁶⁷; e una ridotta pattuglia di *laudatores temporis acti*, custodi della impossibile restaurazione di una democrazia parlamentare pura, cui fanno ormai difetto le condizioni strutturali di efficiente funzionamento, essendo il partito-personale non più l'eccezione, ma la regola.

Come può influire su questo clima culturale la riflessione della Corte costituzionale?

Se ci si attendeva da essa la definizione di più precisi confini giuridici alle attribuzioni presidenziali, mi pare che questa aspettativa sia stata delusa. La pronuncia, che secondo taluni avrebbe avuto l'obiettivo dichiarato di reimporre la «supremazia del dover essere costituzionale sull'essere politico»⁶⁸,

⁶⁷ Irritualità così sommariamente enumerabili: la rielezione condizionata a un Patto di dimissioni anticipate, e quindi la previsione di un mandato "a tempo", che ha fatto venire meno un elemento essenziale nel gioco degli equilibri costituzionali fra poteri; l'interpretazione restrittiva – delimitata ai soli profili di merito e non a quelli di costituzionalità – del potere del CSM di rendere pareri sui disegni di legge in materia di giustizia nella discussione relativa al lodo Alfano; la concessione della grazia per ragioni politiche e non umanitarie (a Sallusti e al colonnello americano Joseph Romano), contro i *dicta* della sentenza n. 200 del 2006; gli interventi formali del Presidente nel corso del procedimento legislativo per orientarne gli esiti (fatto mai verificatosi neppure in epoca statutaria); la convocazione del Presidente del Senato Pietro Grasso e di Nichi Vendola, segretario del partito presentatore del maggior numero di emendamenti alla proposta di revisione costituzionale in discussione, con l'ammonimento sul «grave danno che arrecherebbe al prestigio e alla credibilità dell'istituzione parlamentare il prodursi di una paralisi decisionale su un processo di riforma essenziale», che il giorno successivo (24 luglio 2014) ha prodotto la decisione di contingentare i tempi di discussione costituzionale; l'avallo del comunicato del Consiglio Supremo di Difesa con il quale si – nel quale si negava al Parlamento la facoltà di esercitare il suo potere di veto sulla scelta di acquistare gli aerei F-35, considerandola rientrando «tra le responsabilità costituzionali dell'Esecutivo»; da ultimo, ma solo in ordine di enumerazione, l'interpretazione "legittimista" della sentenza di annullamento della legge elettorale che, per un singolare e inatteso paradosso delle conseguenze, non ha politicamente – non giuridicamente – delegittimato il Parlamento, ma anzi lo ha autorizzato a porre mano alla più grande riforma costituzionale finora concepita. E ciò nonostante il non innocente riferimento nella sentenza n. 1 del 2014 al potere di revisione costituzionale intestato al Parlamento e il richiamo alla *prorogatio* delle Camere sciolte, che evoca la *deminutio potestatis* di queste. Tutto è stato giustificato alla luce del contesto politico, della debolezza dei partiti, della indispensabilità della funzione tutoria del Presidente, dell'essenzialità della sua funzione di garante rispetto ai centri di potere economico e politico internazionali, che non hanno più interlocutori credibili. Tutto è scivolato dal terreno del diritto costituzionale, che si interroga sui limiti del potere segnati dalle norme, a quello della scienza politica, che descrive e razionalizza i rapporti di forza e i modi di conquista del potere, accantonando il problema della loro legittimazione giuridica o democratica.

⁶⁸ A. MORELLI, *La riservatezza del Presidente. Idealità dei principi e realtà dei contesti*

può infatti fornire argomenti più forti ai fautori della necessità di un transito verso un assetto duale della forma di governo che ai restauratori di una Presidenza notarile mai davvero concretizzatasi nella prassi storica.

Il Presidente che la Corte dipinge è infatti sideralmente lontano dalla figura sbiadita del *Bundespräsident* della democrazia parlamentare tedesca (del quale si potrebbe dire ciò che Loewenstein⁶⁹ diceva del Capo dello Stato monarchico: che era simile alle belle ma inutili figure dorate con cui si adornava un tempo la prua delle navi); e piuttosto mostra qualche somiglianza con il Presidente francese, per come lo descrive l'art. 5 della Costituzione del 1958: «*Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État*».

L'Eliseo assicura, «*par son arbitrage*», il funzionamento regolare dei poteri pubblici; il Quirinale, secondo la Corte, esercita il suo potere di persuasione, stimolo, influenza allo scopo di armonizzare i conflitti e favorire soluzioni condivise, tanto da porsi come supremo moderatore del gioco politico. Con la relevantissima differenza che mentre i poteri di arbitrato politico del Presidente francese trovano corrispondenza in una serie precisa e molto estesa di specifiche e puntuali norme attributive di potere, e dunque di poteri formali verificabili e controllabili giuridicamente, al contrario la funzione di mediazione politica del Presidente della Repubblica, che nella costruzione della Corte conforma il ruolo presidenziale, si condensa in un potere di *moral suasion* o di influenza, i cui confini non sono segnati dalla Corte secondo le metodologie proprie dell'analisi giuridico-costituzionalistica⁷⁰.

Se l'influenza presidenziale si svolga nelle forme della *dissuasione*, dello *scoraggiamento* o del *condizionamento* (secondo la graduazione di intensità proposta da Felix Oppenheim⁷¹) è, infatti, interamente rimesso ai rapporti di forza fra i soggetti politici.

Si potrebbe facilmente obiettare che è sempre stato così e che l'«amor-fismo istituzionale»⁷² del Presidente della Repubblica, e cioè la possibilità di modellare il suo ruolo sulle contingenti condizioni del sistema politico è necessario per conferire duttilità a una forma di governo debolmente razionalizzata a livello costituzionale.

Mi sembra però che una maggiore cautela di giudizio sia consigliata da almeno tre dati storico-politici, che tolgono forza esplicativa alla metafora della “fisarmonica” presidenziale e pongono in questione l'esattezza geometrica dello schema secondo il quale i poteri rispettivi di Governo e Presidente

nella sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale, in www.penalecontemporaneo.it (28 marzo 2013).

⁶⁹ K. LOEWENSTEIN, *Die Monarchie im modernen Staat*, 1952.

⁷⁰ Nonostante recenti tentativi dottrinari in tale direzione: A. PIROZZOLI 2013.

⁷¹ F. OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, Feltrinelli, Milano, 1964, 31 ss.

⁷² Così A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., 104.

si pongono in rapporto di proporzionalità inversa, nel senso che «di fronte ad una chiara maggioranza parlamentare e quindi a un Governo sicuro e costante, i poteri del Capo dello Stato cedono e divengono tutti formali, comunque secondari»⁷³.

Il primo dato proviene dall'esperienza repubblicana, la quale consiglia di non attendersi dai futuri Presidenti volontarie retrocessioni rispetto alle posizioni acquisite. Nessun Presidente, infatti, al di là delle dichiarazioni di facciata, ha interpretato le proprie prerogative in senso riduttivo⁷⁴ e le conquiste ottenute anche a prezzo di strappi o forzature costituzionali da Presidenti iperinterventisti hanno nel tempo perso il legame con la loro genesi storica e sono state definitivamente incamerate nell'arsenale quirinalizio⁷⁵. Come ogni uomo, raggiunta l'età di mezzo, si volge periodicamente verso il proprio passato per ricercare quella che Friedrich Nietzsche definiva la *goldene Kette*, la "catena d'oro" che lega i momenti più alti e felici della propria vita al fine di

⁷³ G.U. RESCIGNO, Art. 83-86, 87, I-VII, X-XII comma, *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1978, 181; A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, in G. AMATO – A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1983, 263 ss.

⁷⁴ Nemmeno Einaudi, a torto o a ragione considerato il più notarile dei Presidenti, che si scontrò vittoriosamente con De Gasperi per imporgli la propria lettura del potere di rinvio delle leggi.

⁷⁵ Bastino qui alcuni esempi: dopo la fase della diplomazia parallela gronchiana in politica estera – che procurò fermo disappunto nelle forze di maggioranza per le dichiarazioni e le iniziative del Presidente pisano non concordate con il Gabinetto (per tutte, le dichiarazioni rese durante il viaggio in Sudamerica del 1961, che causarono la dura replica del Presidente del Consiglio Segni e l'incontro con l'ambasciatore russo Bogolomov per discutere della riunificazione della Germania, che costrinse il Governo a una presa di distanza ufficiale), il Quirinale si è visto riconoscere il diritto «di essere messo al corrente dell'intero svolgimento degli affari di Stato», e di ottenere «copia di ogni atto riservato del Ministro degli Esteri» (lo riferisce A. PURI PURINI, *Dal Colle più alto*, Milano, 2012, 34); dopo la seduta del Consiglio supremo di difesa del 19 marzo 2003, in cui Ciampi, ampliando la composizione del Collegio in modo da garantirsi la maggioranza, riuscì a spingere l'Esecutivo verso una posizione di non belligeranza nella campagna militare contro l'Iraq (una dettagliata ricostruzione della seduta del CSD in F. FURLAN, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, Milano, 2013, 341 ss.), il CSD è venuto assumendo poteri di indirizzo in materia di difesa; dopo lo scontro "fisico" di Cossiga con il CSM sul potere di determinazione dell'ordine del giorno, questo è sottoposto al gradimento preventivo del Presidente della Repubblica; dopo che Scalfaro ha opposto con successo il veto sulla nomina del Ministro della Giustizia Previti, il "gradimento" presidenziale sulla lista dei ministri o sui rimpasti è diventato prassi corrente (gli esempi anche recentissimi non mancano) e si è addirittura sostenuto nel dibattito giornalistico che il Quirinale avrebbe il potere di indicare l'identikit dei Ministri, delimitando *ab origine* il potere di proposta del Presidente del Consiglio); il rifiuto di emanazione del decreto-legge nel caso Englaro non è rimasto senza conseguenze, come testimonia la nota del Quirinale 20 febbraio 2009, intitolata significativamente «Precisazione sulla leale collaborazione istituzionale tra Governo e Presidenza della Repubblica in materia di decreti legge». *Excusatio non petita*, che rivela il mutare dei rapporti di forza fra Governo e Presidente nell'adozione dei provvedimenti ex art. 77 Cost.

trarne indirizzi e prospettive per l'avvenire⁷⁶, così i Presidenti scavano nelle prassi dei predecessori per ricercare i momenti più luminosi della funzione presidenziale, i precedenti più favorevoli, che saranno all'abbisogna invocati per riproporli con la forza autolegittimante proveniente dalla storia.

Il secondo elemento da considerare è che il potere, e dunque anche il potere presidenziale – si espanda esso per prassi politica o per effetto di pronunce costituzionali – tende a strutturarsi burocraticamente, ad assumere dimensione istituzionale⁷⁷. Non è un caso che gli Uffici della Presidenza della Repubblica, in corrispondenza con l'espansione dei poteri del Colle, si sono andati sempre più organizzando come un *Cabinet* parallelo a quello del Governo. Strutture che è improbabile siano smantellate o anche solo depotenziate e che anzi rendono tangibile e quasi fisicamente afferrabile quella funzione quirinalizia di “tutela” sul Governo che è così difficile ricondurre a una sistemazione teorica.

Al Quirinale sembra insomma applicabile la massima di Bernardo di Chiaravalle «*Stare, in via Dei, retrocedere est*»⁷⁸. Anche sul Colle, chi non avanza, arretra. Resta vero, dunque, che a un Governo politicamente debole corrisponde un Presidente forte, ma non sempre è vero il contrario, e anche Governi politicamente coesi e baciati dal consenso popolare non bastano a riportare le esondazioni presidenziali nel loro originario alveo. Esempi anche recentissimi in questo senso non mancano.

Il terzo elemento da considerare attiene al venir meno delle due convenzioni che – nella prima Repubblica – tenevano in equilibrio la forma di governo: la *conventio ad excludendum* e la derivata convenzione *ad integrandum*, rivolta a garantire ai partiti esclusi dall'area di governo l'attiva compartecipazione – in Parlamento – alla gestione della cosa pubblica. Queste convenzioni delimitavano l'esercizio dei poteri politicamente più pregnanti del Presidente: la nomina del Governo e lo scioglimento delle Camere. Del primo, per la drastica riduzione – derivante dal “fattore K” – degli spazi di manovra quirinalizi nella gestione delle crisi di governo; del secondo, perché contribuiva a dislocare sulle forze politiche dominanti (in sostanza la DC e il PCI) la decisione di provocare le elezioni anticipate (tanto che tutti gli scioglimenti erano in realtà “autoscioglimenti”)⁷⁹.

⁷⁶ Per la continua costruzione di sé, che conduce a “diventare ciò che si è”, F. NIETZSCHE, *Ecce homo*.

⁷⁷ E così, ad esempio, il giorno dopo il deposito della sentenza n. 200 del 2006, il Quirinale ha istituito un apposito Ufficio per l'esame delle grazie e dei provvedimenti di clemenza individuale.

⁷⁸ BERNARDO, Epist. 23, *Ad abbatem Garinum*.

⁷⁹ Emblematico lo scioglimento del 1972, unanimemente sostenuto da tutte le forze politiche per posticipare il referendum sul divorzio. Secondo A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Quad.cost.* 2/2013, 302 nt. 40, anche i due scioglimenti del Senato del 1953 e del 1958, generalmente ritenuti “tecnici”, sono in realtà qualificabili come autoscioglimenti.

Venute meno entrambe le *conventiones* con l'avvento della "Seconda Repubblica" e nella perdurante assenza di nuovi accordi di stabilizzazione del modello bipolare, il Presidente è rimasto privo di una cornice condivisa entro cui inserire la propria attività di intermediazione politica e si è trovato anzi a supplire con proprie decisioni all'assenza di queste regole convenzionali⁸⁰.

In un contesto simile, in cui la razionalizzazione della dialettica politica non è affidata a predefiniti congegni normativi né a saldi accordi convenzionali⁸¹, ma si realizza prevalentemente in virtù dell'intervento di un organo monocratico che opera secondo valutazioni largamente discrezionali, ulteriori dilatazioni dei poteri presidenziali e persino modifiche tacite dell'assetto della forma di governo sono tutt'altro che impossibili⁸².

Qualche segnale in tal senso si può cogliere nel superamento della regola convenzionale della non rielezione, che accentua la politicizzazione partigiana della carica.

La durata del mandato è infatti una garanzia indisponibile dell'istituzione presidenziale, un fattore di equilibrio diacronico nel rapporto capo dello Stato-Governo e un presidio della sua irresponsabilità politica, che proprio nella "impraticabilità" della rielezione aveva – e ora non ha più – il suo più forte puntello⁸³. Il "tempo" della Presidenza non deve diventare oggetto di negoziato politico fra Presidente e Parlamento.

Se la sentenza n. 1 del 2013 ambiva a mutare un clima culturale che sembra accettare la costante dilatazione dei poteri presidenziali come dato strutturale, indipendente dai movimenti "della fisarmonica", non mi pare, dai segnali che è possibile cogliere, che si stia andando in questa direzione. Mi pare

⁸⁰ Alla Corte costituzionale è toccato invece risolvere le controversie insorte fra i soggetti politici sull'interpretazione di poteri presidenziali tradizionalmente esercitati in modo condiviso con il Governo (il potere di grazia). Ed è degno di nota che la riscrittura o la definizione di queste nuove regole è avvenuta con modalità che riducono gli spazi della mediazione partitica, irrigidiscono e isolano i singoli poteri, sottraggono l'interpretazione ed evoluzione delle norme sulla forma di governo alla negozialità politica e la traslano sugli organi costituzionali di garanzia, con il rischio della loro sovraesposizione politica.

⁸¹ Come ad esempio la sfiducia costruttiva o il *simul stabunt*. Uno degli esempi di più analitica razionalizzazione del procedimento di nomina del Governo, e di conseguente limitazione della discrezionalità decisionale del capo dello Stato, si trova nell'art. 37 della Costituzione greca.

⁸² Sul punto, con il consueto acume, P. RIDOLA, *Il Presidente della Repubblica nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Il Quirinale. Dall'Unità d'Italia ai nostri giorni*, Roma 2012.

⁸³ Chi ha compiuto il pregevole tentativo di descrivere con precisione lo spazio che c'è fra il legittimo esercizio di un potere presidenziale e l'ipotesi limite dell'attentato alla Costituzione (un'area «molto vasta», secondo V. CRISAFULLI, *Aspetti*, cit., 184), e quindi di delineare le forme della responsabilità politico-costituzionale del capo dello Stato, giunge alla conclusione che la responsabilità politica in senso proprio (non quindi quella giuridica derivante da una sentenza sfavorevole della Corte costituzionale resa in sede di conflitto di attribuzione o di giudizio sulle accuse) si manifesta attraverso la mancata rielezione (così F. SACCO, *La responsabilità politico-costituzionale del Presidente della Repubblica*, Roma, 2012, cit., 113 ss.).

anzi che la pronuncia offra strumenti concettuali utili a favorire un ulteriore avanzamento del capo dello Stato, assicurando a una larga sfera della sua azione un regime di inconoscibilità che rende più difficile la rilevazione stessa della responsabilità presidenziale (anche nella tenue forma della responsabilità diffusa) e legittimando un potere di influenza che, non adeguatamente delimitato in termini giuridici, è liberamente espandibile fino alla forma del condizionamento (che è prossimo al veto) su tutte le più importanti scelte di Governo.

La sensazione è, in definitiva, che il Presidente del Governo sia soggetto a una permanente coabitazione e a un incessante negoziato con il Quirinale senza poter far valere nei confronti dell'interlocutore forme di responsabilità diverse da quelle penali e potendo quindi fare affidamento solo sulle qualità personali di moderazione degli inquilini del Colle. Sulla buona volontà presidenziale. Decisamente poco per regolare i rapporti di potere fra le due più importanti cariche monocratiche della Repubblica e per evitare che le loro traiettorie si incrocino pericolosamente. Il dualismo non regolato in sede normativa, ma governato interamente dalle leggi della politica, conduce infatti, prima o poi, all'instabilità e al conflitto.

DISCUSSANT

Massimo Luciani

1. Le relazioni di Omar Chessa e di Gino Scaccia sollecitano più di una riflessione critica sulla giurisprudenza costituzionale in materia di Presidenza della Repubblica. Ne dirò rapidamente fra poco. Preliminarmente, tuttavia, vorrei proporre una considerazione d'ordine generale: che per quanto incisive possano essere alcune singole pronunce, la Corte costituzionale non è mai davvero in grado di plasmare la forma di governo.

Sebbene - come a me pare - la forma di governo *in quanto forma* sia data dalla regolazione *giuridica* dei rapporti fra gli organi costituzionali, la naturale elasticità che ne caratterizza il funzionamento anche in regime di costituzione rigida impedisce ad un giudice, pur costituzionale, di ingabbiarne le potenzialità adattative. Lo aveva ben compreso la sent. n. 379 del 1996 (dovuta alla fine penna di Carlo Mezzanotte), nella quale la Corte costituzionale, di fronte alla delicatissima questione delle indagini penali sul censurabile fenomeno dei parlamentari “pianisti” che votavano in luogo degli assenti, distinse con accuratezza il piano della *legalità/legittimità* dell'azione parlamentare da quello della *legittimazione* dell'istituzione. Le ultime, notissime, righe della sentenza sono un capolavoro di equilibrio: “*La soluzione del presente conflitto è [...] favorevole alla Camera dei deputati alla luce del principio di legalità costituzionale al quale devono conformarsi i rapporti tra poteri e, nella specie, tra autorità giudiziaria e Parlamento*”, vi si scrisse. “*Tuttavia questa Corte non può esimersi dall'osservare che, nello Stato costituzionale nel quale viviamo, la congruità delle procedure di controllo, l'adeguatezza delle sanzioni regolamentari e la loro pronta applicazione nei casi più gravi di violazione del diritto parlamentare si impongono al Parlamento come problema, se non di legalità, certamente di conservazione della legittimazione degli istituti della autonomia che presidiano la sua libertà*”. Il problema era così posto nei termini corretti: la legittimità dei rapporti fra i poteri è presidiata dal giudice costituzionale, ma la legittimazione di ciascuno di essi è affidata alla capacità che questi hanno di interpretare correttamente il proprio ruolo, tenendo sempre a mente che la fonte legittimante è e resta democratica. L'essenza stessa della forma di governo, in definitiva, giace nel dominio del libero giuoco politico-istituzionale.

A ben vedere, il filo allora messo in evidenza è stato tessuto ancora di recente dalla sent. n. 1 del 2014, che, negando l'esistenza di un problema di *legittimità* del Parlamento in carica pur dopo la declaratoria di incostitu-

zionalità della legge elettorale, ha caricato sulle spalle delle assemblee rappresentative quello della loro *legittimazione* politica, conquistabile (ovvero: conservabile) solo grazie al corretto esercizio delle funzioni e alla capacità di aggregare consenso sulle scelte politiche più significative.

2. L'impossibilità che sia la giurisprudenza costituzionale a plasmare la forma di governo e il suo funzionamento, negandone l'elastica capacità di adattamento alle contingenti esigenze dei singoli momenti storici, emerge con assoluta chiarezza dagli interventi della Corte sulla Presidenza della Repubblica.

La sentenza sulla grazia (200 del 2006), in particolare, è illuminante. In quell'occasione, forzando - a mio avviso - il dato costituzionale e trascurando la dottrina che a lungo (prima del "caso Bompressi", o sarebbe meglio dire del "caso Sofri") era stata dominante, la Corte consegnò al capo dello Stato una vittoria addirittura eccessiva, trasformando la grazia da atto duale ad atto presidenziale in senso stretto fondato su ragioni umanitarie, ma così sottraendo alla scelta presidenziale l'essenziale copertura (di responsabilità) offerta dalla sostanziale compartecipazione di volontà ministeriale. Mi sembrò, allora, che per rimettere le cose a posto si sarebbe dovuto agire *etsi sententia non daretur*, e questo parve a taluno addirittura irrispettoso nei confronti della Corte. In realtà, quel suggerimento era massimamente rispettoso delle prerogative presidenziali e del libero giuoco dei rapporti fra i poteri costituzionali, che rifiuta l'irrigidimento derivante da opzioni eccessivamente nette - ad esempio - in materia di controfirma. L'ultima prassi della Presidenza Napolitano, mi sembra, ha dimostrato che l'istituto della grazia non poteva non tornare alla sua storica, originaria, dimensione di atto segnato anche da intima politicità, nel quale la volontà presidenziale e quella ministeriale non possono ragionevolmente disgiungersi.

Più problematica la sent. n. 1 del 2013, sulle intercettazioni indirette del capo dello Stato. Anche in quella occasione la Corte ha commesso (quello che a me pare) il medesimo errore nel quale era già incappata nel 2006, tentando di irrigidire oltre misura il trattamento giuridico delle prerogative del Presidente. Proprio sul finale della pronuncia, però, come spaventata dalle conseguenze del suo *dictum*, essa si è quasi ritratta, circondando le garantigie presidenziali di una serie di eccezioni e di temperamenti affidati al discrezionale apprezzamento dell'autorità giudiziaria (per quanto sotto il finale controllo, in sede di eventuale conflitto di attribuzione, della stessa Corte). In questo modo, però, ha creato problemi interpretativi di enorme difficoltà, che sarebbero stati facilmente superabili se ci si fosse attenuti alla più flessibile ricostruzione del ruolo del capo dello Stato che era stata proposta in altre occasioni, in particolare nelle "sentenze Cossiga" (nn. 154 del 2004 e 290 del 2007).

Cosa accadrà dopo quella pronuncia, però, è ben difficile dire: se non si ha il dono della divinazione, è arduo immaginare quali saranno le reazioni dell'apparato giudiziario e del sistema politico-istituzionale. Quel che è certo, però, è che alcuni principi costituzionali agevolmente accertabili aiutano comunque a risolvere molti dei possibili problemi pratici che si potranno porre. Già da adesso, ad esempio, possiamo dire che la questione della testimonianza del Presidente della Repubblica va inquadrata non solo nella prospettiva del principio di eguaglianza (che deve far porre anche il Presidente sul piano degli altri cittadini), ma anche in quella dell'immunità della sede (che rende il Presidente *dominus* dell'accesso al Quirinale e quindi - anche - delle modalità di svolgimento della fase dell'escussione testimoniale). Una volta di più, però, quei principi vanno applicati con sapienza e flessibilità, e soprattutto nel contesto di un generale rapporto collaborativo fra le istituzioni, ciascuna delle quali deve essere rispettosa della dignità delle altre. Interventi regolatori eccessivamente rigidi, come quelli che la Corte costituzionale ha talora preteso di operare, non solo non risolvono i problemi, ma li aggravano (quando non li creano).

3. Ma veniamo alle due interessantissime relazioni. Di quella di Chessa condivido la *pars destruens*, ancorché non quella *construens*. Mi sembra corretta, infatti, la critica che si appunta sull'interpretazione e sull'utilizzazione della dottrina del potere neutro. Che gli schemi concettuali della monarchia costituzionale possano ritenersi ancora applicabili nel contesto di un ordinamento democratico mi ha sempre sorpreso, visto che di quegli schemi manca il presupposto oggettivo, e cioè il dualismo della forma di governo (fondata, allora, su una diversa legittimazione del capo dello Stato e della Camera bassa; radicata, oggi, nella medesima scaturigine democratica di qualunque potere costituzionale). Si capisce bene che ne tentasse la riedizione Carl Schmitt, visto che il suo obiettivo era mostrare la disunità del disegno costituzionale weimariano e - grazie a questo - operarne la disgregazione, ma si capisce molto meno che lo stesso impianto analitico venga riproposto oggi, da autori certo non sospettabili delle medesime intenzioni eversive e sulla base di dati costituzionali così diversi (in assenza, a tacer d'altro, di un corrispondente dell'art. 48 RV).

Quanto all'istituto della controfirma, per come disegnato dall'art. 89 Cost., mi sembra corretto affermare che tutti gli atti formalmente presidenziali sono tendenzialmente complessi, a meno che non si trovino in Costituzione indicazioni precise in senso contrario: è una tesi che era stata prospettata già molti anni addietro da Sandulli e che ho sempre trovato convincente, perché fondata su robusti dati di diritto positivo (in particolare, sul testo dell'art. 89). E mi sembra corretto, più in generale, negare che al Presidente della Repubblica possa essere ascritta una funzione di garanzia giuridica (in senso proprio).

Parimenti, ha ragione Scaccia a dire che non è il Presidente della Repubblica il soggetto costituzionale capace di generare l'unità nazionale: da sempre a me sembra ch'egli possa favorirla e promuoverla, ma che i processi che ne sono costitutivi trascendano di gran lunga la sua figura e - più in generale - trascendano in qualche misura la stessa dimensione istituzionale (che costituisce, smendianamente, solo uno dei pilastri dell'integrazione politico-sociale). Direi di più: le difficoltà attuali dell'unità nazionale non sono state determinate da una qualche crisi di quelle che Baldassarre e Mezzanotte hanno chiamato istituzioni dell'unità, ma da quella delle istituzioni del pluralismo, che l'unità erano state capaci di generarla attraverso il dialogo parlamentare e l'assorbimento delle opposizioni nell'area della decisione pubblica compromissoria.

Il problema essenziale è oggi quello della mediazione. Spariti o in grave difficoltà i necessari protagonisti dei processi di mediazione, *in primis* i partiti e i sindacati, le istanze sociali si scaricano direttamente sulle istituzioni rappresentative, che devono cercare di governarle, però, prima ancora ch'esse siano state in qualche modo filtrate e organizzate in domande assorbibili nella logica istituzionale. Invasi dal conflitto sociale non mediato, le istituzioni (il Parlamento in particolare) perdono la loro capacità di orientamento e rischiano costantemente di agire senza un'autentica conoscenza delle questioni controverse, dei bisogni sociali, dei reali rapporti di forza. Il pericolo della perdita di consenso per difetto di legittimazione rispetto allo scopo è costantemente dietro l'angolo.

Qui, forse, si può capire (anche se non condividere) il tentativo della Corte costituzionale di esaltare le prerogative del Presidente della Repubblica, facendone quasi una istituzione di mediazione del conflitto sociale. Se, però, il tentativo lo si fosse voluto davvero condurre ad effetto, si sarebbero dovuti vedere di quell'organo entrambi i volti: quello di capo dello Stato e quello di rappresentante dell'unità nazionale, mentre la sent. n. 1 del 2013 ha tenuto conto solo del primo e la sent. n. 200 del 2006 solo del secondo. Una volta di più: una maschera rigida su un volto multiforme non può mai essere adeguata, né prescrittivamente, né descrittivamente.

4. È all'interno della più generale alternativa tra democrazia del conflitto e democrazia del compromesso che, a mio parere, può essere inteso il ruolo del Presidente della Repubblica nella nostra forma di governo. Nel disegno costituzionale è immaginata una democrazia che, pur conoscendo il conflitto (e, anzi, alimentandosene), deve essere capace di conoscere l'armonizzazione degli interessi, delle pretese, dei bisogni sociali. In questo quadro, la mediazione del conflitto spetta ai soggetti dell'autorganizzazione sociale, che devono essere capaci di trasmettere alle istituzioni del pluralismo domande "dal basso" già organizzate e in qualche modo già definite nei loro

contorni fondamentali e nei margini del compromesso che possono esperire. In questo scenario, pretendere che della mediazione sia protagonista anche il Presidente della Repubblica sarebbe un grave errore. Gli spetta, semmai, la moderazione del conflitto, che - peraltro - non è certo prestazione di poco conto. Il problema delle democrazie contemporanee, infatti, è la temperatura: se è troppo alta, esse si dissolvono per esplosione; se è troppo bassa per implosione. Talvolta (ed è il caso dell'Italia di questo turno di tempo) i due rischi si possono correre in contemporanea, sicché senza "termostati" la probabilità di un evento disgregatore si fa molto elevata. Il più sensibile di questi termostati è proprio il Presidente della Repubblica, che non può essere *pouvoir neutre* in assenza di un ambiente dualistico, ma allo stesso tempo non può essere parte del conflitto che è chiamato a moderare. Non gli spetta assegnare beni o costi, torti e ragioni. Della prima cosa si occupa il circuito Parlamento-Governo; della seconda la magistratura (che non deve fare giustizia sostanziale, ma semplicemente applicare la legge). Semmai, il suo compito è assicurare il mantenimento della precondizione che consente a queste prestazioni di essere rese: una unità nazionale concretamente percepita (e condivisa) nelle sue ragioni.

Ma ha ragione chi ha intravisto nella vicenda recente della Presidenza della Repubblica "bagliori di semipresidenzialismo"? Non credo. Tale vicenda, tutt'al contrario, ha dimostrato tutte le potenzialità che la figura del capo dello Stato può avere in una forma di governo parlamentare, che - al contrario di quanto comunemente si crede - non è affatto destinata a relegarla ai margini dell'interlocuzione fra i poteri costituzionali, ma può modellarne i contorni con fine sensibilità per le esigenze contingenti dei rapporti politici ed istituzionali. Se avessimo avuto una forma di governo presidenziale o semipresidenziale, allora sì avremmo avuto problemi seri di regolazione della temperatura del confronto democratico: proprio la naturale elasticità della forma di governo parlamentare, completata da un sapiente disegno costituzionale della figura del capo dello Stato, consente l'assorbimento del conflitto in condizioni di divisione e di crisi di legittimazione, laddove altre forme di governo sono costrette a far prevalere questo o quello dei due poli in cui si articolano, con rischi di tenuta del sistema laddove lo "spirito repubblicano" o il sentimento dell'unità nazionale non siano sufficientemente consolidati.

COMUNICAZIONI

LA SENTENZA 1/2013: OSSERVAZIONI DI LOGICA E DI ARGOMENTAZIONE

Matteo Carrer

SOMMARIO: 1. La forma logica della decisione. – 2. Gli argomenti. – 3. Conclusioni.

1. La forma logica della decisione

Le pagine che seguono vogliono annotare un singolo aspetto della sentenza 4 dicembre 2012, n. 1/2013 della Corte costituzionale, ovvero come viene argomentato il punto centrale della decisione.

Sono stati studiati e analizzati da ampia e attenta dottrina¹ i due “momenti” fondamentali del problema: il “prima”, cioè il caso, l’avvenimento

¹ V. *ex multis*, almeno gli atti del convegno “amicus curiae” del 2012, dal titolo Il Presidente intercettato con le relazioni di R. ORLANDI e T. GIUPPONI e gli interventi di F. J. BASTIDA FREIJEDO, D. GALLIANI, A. ANZON DEMMIG, D. VICOLI, C. PANNACCIULLI, D. CHINNI, A. GIGLIOTTI, P. FARAGUNA, S. PRISCO, tutti in *forumcostituzionale.it*; i contributi in F. GIUFFRÈ, I.A. NICOTRA (a cura di), *Il Presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, Torino 2012; C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, 1; L. FILIPPI, *La riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica*, in *Arch. pen.* 2013, 3; P. FERRUA, *La sentenza sulle intercettazioni “casuali” del Presidente Napolitano. I non sequitur della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 2013, 1287; L. CAMALDO, *La tutela “assoluta” della riservatezza del Capo dello Stato: inammissibilità e distruzione immediata delle intercettazioni di comunicazioni*, in *Proc. pen. giust.* 2013, 57; A. DE FRANCESCO, *Non sono utilizzabili e vanno immediatamente distrutte le intercettazioni casuali delle comunicazioni del Presidente della Repubblica*, in *Dir. e Giust.*, 2013; A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali, per gentile concessione*, in *Consulta on line*, Studi, 2013; F. SORRENTINO, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza, per gentile concessione di Giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta on line*, Studi, 2013; 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*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; M. C. GRISOLIA, *La sentenza della Corte 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*, 2013; M. TIMIANI, *In margine al conflitto tra Capo dello Stato e Procura di Palermo, ovvero del potere di scioglimento delle Camere*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; F. VIGANÒ, *La sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra Presidente della Repubblica e Procura di Palermo*, in *Dir. pen. cont.* 2013; N. GALANTINI, *Un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 232 ss.; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua*

storico delle intercettazioni casuali da parte della procura palermitana con il conseguente ricorso per conflitto d'attribuzioni del Presidente della Repubblica e il "dopo", ovvero le conseguenze di sistema di questa decisione, la quale, non si può nascondere, ha assunto ormai una portata storica.

È stato indagato anche il presupposto della decisione, ovvero l'"idea" della figura e della posizione del Presidente della Repubblica che ha portato il Collegio a scrivere la sentenza in esame. Una sentenza "platonica"², che dal mondo delle idee scende nel mondo reale, ma che non può non essere tale quando si pone a mente la portata degli argomenti in discussione.

La Corte costituzionale, consapevole del proprio ruolo e del ruolo della propria giurisprudenza, ha impostato la decisione secondo un modello logico che scende dal generale al particolare. Dopo aver esposto delle premesse di fatto³ e di metodo⁴ ha chiarito quale sia il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale⁵, dopodiché ha specificato quale sia e debba essere la disciplina della libertà di comunicazione connessa a tale ruolo⁶, ha trattato – sia pure specificando che non è argomento necessario alla decisione – della responsabilità del Capo dello Stato⁷ e, infine, ha ragionato nel merito delle intercettazioni, dirette e indirette⁸, giungendo alla soluzione.

Il percorso è lineare. La Corte fonda tutta la decisione sul ruolo del Presidente della Repubblica e ripete in più occasioni, persino quasi con le stesse parole, che ogni considerazione e valutazione nel merito della questione sono condizionate dal sistema, ribadisce che dal ruolo complessivo del Capo di Sta-

responsabilità dopo la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; A. ANZON DEMMIG, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, in *Rivista AIC*, 2013; A. MORELLI, *La riservatezza del Presidente. Idealità dei principi e realtà dei contesti nella sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; D. CODUTI, *La sentenza n. 1 del 2013 della Corte Costituzionale sullo sfondo dei rapporti tra politica e magistratura: una decisione forse inevitabile ma non priva di ombre*, in *www.amministrazioneincammmino.it*, 2013; G. SIMONE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013: l'occasione per riflettere sulla responsabilità e sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, 2013; P. COSTANZO, *Postilla*, in *Consulta on line*, Studi, 2013; M. DEGANELLO, *Presidenza della Repubblica ed intercettazioni fortuitamente apprese: una decisione non sufficientemente meditata della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014

² Cfr. le considerazioni di G. ZAGREBELSKY, in questo volume.

³ Il riferimento è al considerato in diritto, in particolare al punto 2.

⁴ Punto 8.1 c.i.d.

⁵ Il riferimento è all'intero punto 8 c.i.d. Non a caso, il par. 8.1. esordisce: «al fine di decidere il presente conflitto di attribuzione, non è sufficiente una mera esegesi testuale di disposizioni normative, costituzionali od ordinarie, ma è necessario far riferimento all'insieme dei principi costituzionali, da cui emergono la figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano».

⁶ Punto 9 c.i.d.

⁷ Punti 10-13 c.i.d.

⁸ Punto 14 c.i.d.

to consegue la disciplina delle intercettazioni e che allo stesso Collegio non resta altra strada se non dare attuazione al principio in riferimento al dettaglio.

Uno dei passaggi più chiari in merito è quello qui riportato di seguito, che la Corte imposta come ragionamento logico rigoroso. Non si tratta di un sillogismo in senso formale, poiché in un sillogismo vi sono due affermazioni da cui si deduce una conclusione, ma piuttosto si tratta di un'affermazione generale alla quale la Corte giustappone una affermazione particolare, fa notare che esse sono collegate e che la verità logica della prima comporta la verità logica della seconda.

Nelle parole della Corte: «difatti, se il fondamento della tutela della riservatezza delle comunicazioni presidenziali non è l'espressione di una presunta – e inesistente – immunità del Presidente per i reati extrafunzionali, ma consiste nell'essenziale protezione delle attività informali di equilibrio e raccordo tra poteri dello Stato, [...] allora si deve riconoscere che il livello di tutela non si abbassa per effetto della circostanza, [...] che l'intercettazione non riguardi una utenza in uso al Capo dello Stato, ma quella di un terzo [...]. Si verificherebbe, secondo l'opposta opinione, la singolare situazione di una tutela costituzionale che degrada in seguito a circostanze casuali, imprevedibili anche da parte degli stessi inquirenti»⁹.

In discussione non è l'intercettazione diretta a carico del Presidente, che la Corte ritiene vietata, ma quella casuale, imprevedibile, da cui discende, in estrema ma efficace sintesi, l'«obbligo per l'autorità giudiziaria procedente di distruggere, nel più breve tempo, le registrazioni»¹⁰.

Il lungo passaggio argomentativo del Collegio si può sintetizzare – si ritiene senza forzature, posto che l'argomento è ripetuto più volte – nel passaggio riportato.

Il ragionamento impostato è convincente per quanto si è già detto sopra. Il passaggio dal generale al particolare è un cardine del ragionamento giuridico¹¹ e – nel caso di specie – fa apparire con chiarezza l'assurdità di ammettere che il Presidente abbia un ruolo di garante dell'equilibrio costituzionale eppure sia potenzialmente intercettabile per caso e che – ulteriormente – da questo ne possa derivare la diffusione delle informazioni. L'argomento per assurdo, tuttavia, non è un vero argomento aggiuntivo, solo la conferma con altre parole di quanto già ammesso¹². In un certo senso, è solo un chiarimento che nulla aggiunge dal punto di vista logico e argomentativo¹³.

⁹ Punto 14 c.i.d.

¹⁰ Così il punto 15 c.i.d.

¹¹ *Amplius*, per una ricostruzione degli argomenti e della logica giuridica applicata al caso in esame, A. MORELLI, *La riservatezza del Presidente*, cit., 4.

¹² Anzi di quanto già *premess*o, cfr. punto 8.1. in cui si legge che «è necessario far riferimento all'insieme dei principi costituzionali, da cui emergono la figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano».

¹³ Non tragga in inganno l'insistenza sul passaggio riportato più sopra: l'intera decisione

Posto vero che il Presidente è organo di garanzia e come tale necessita di riservatezza nelle funzioni, già tutto è affermato.

2. Gli argomenti

Il punto cruciale dell'intera sent. 1/2013, quindi, è il ruolo del Presidente della Repubblica. La domanda che qui ci si pone è su quali basi argomentative la Corte costruisca questo argomento nel considerato in diritto, passaggio decisivo se si accoglie l'impostazione proposta, in quanto non costituisce la premessa di un ulteriore ragionamento, ma è esso stesso la conclusione, l'affermazione generale da cui trarre, per specificazione, la regola del caso di specie.

Nel paragrafo 8.2 del considerato in diritto della decisione in esame si leggono le seguenti affermazioni: il «Presidente della Repubblica [...] è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato [...], al di sopra di tutte le parti politiche. Egli dispone [...] di competenze che incidono su ognuno dei [...] poteri, allo scopo di salvaguardare [...] sia la loro separazione che il loro equilibrio [secondo la] natura delle sue attribuzioni, che non implicano il potere di adottare decisioni nel merito di specifiche materie, ma danno allo stesso gli strumenti per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni, da cui devono scaturire le relative decisioni di merito.»

L'affermazione è il cardine della decisione. Con altre parole la Corte ribadisce il medesimo concetto: «il Presidente possiede soltanto funzioni di raccordo e di equilibrio, che non implicano l'assunzione, nella sua quotidiana attività, di decisioni politiche – delle quali debba rispondere ai suoi elettori o a chi abbia accordato la fiducia – ma richiedono che ponga in collegamento tutti i titolari delle istituzioni di vertice, esercitando quei poteri di impulso, di persuasione e di moderazione, di cui si diceva prima, richiedenti necessariamente discrezione e riservatezza»¹⁴.

Di nuovo al paragrafo 8.2 la Corte argomenta la propria affermazione in tre punti. Il Presidente della Repubblica (a) rappresenta l'unità nazionale «nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri»; nonché (b) è «organo di moderazione e di stimolo»¹⁵ in quanto tutti i suoi poteri han-

della Corte è coerente con quel passaggio e il medesimo punto si può estrapolare da altri passaggi. Ad esempio, posto che il Presidente è il «garante dell'equilibrio costituzionale», posto che nell'ambito dei suoi poteri deve fare un «uso discreto di quello che è stato definito il “potere di persuasione”, essenzialmente composto di attività informali» (punto 8.3 c.i.d.), ne discende di conseguenza che «non è ammissibile l'utilizzazione di strumenti invasivi di ricerca della prova, [...] che finirebbero per coinvolgere, [...] tutte le comunicazioni, comprese quelle necessarie per lo svolgimento delle sue essenziali funzioni istituzionali» (punto 11 c.i.d.).

¹⁴ Punto 9 c.i.d.

¹⁵ Sia permesso qui osservare – alla luce di quanto sostiene la Corte – che il Presidente non

no «lo scopo di consentire allo stesso di indirizzare gli appropriati impulsi ai titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi».

L'affermazione sub (b) è supportata da tre “esempi”, così espressamente definiti nel testo della decisione: «(b1) il potere di sciogliere le Camere», (b2) «la nomina del Presidente del Consiglio»; (b3) «l'assunzione, nella sua qualità di Presidente del Consiglio superiore della magistratura, di iniziative volte a garantire le condizioni esterne per un indipendente e coerente esercizio della funzione giurisdizionale».

Ulteriormente, (c) la Corte aggiunge che il Presidente è «garante dell'equilibrio costituzionale» e «magistratura di influenza»¹⁶.

La prima e la terza affermazione sono indubbiamente condivisibili e comportano che il Presidente, parafrasando quanto riportato sopra, disponga di competenze che incidono su ognuno dei poteri, allo scopo di salvaguardare sia la loro separazione che il loro equilibrio. Il passaggio successivo, decisivo, quello per cui il Presidente non assume decisioni politiche, né deve rispondere ai suoi elettori, e la natura delle sue attribuzioni lo esclude dal merito, non è dimostrato.

Ammesso che la rappresentanza dell'unità nazionale possa essere ricondotta “soprattutto” al senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, è fin troppo evidente che non è l'unico compito del Presidente e che – astrattamente – il potere di rappresentanza non esclude la responsabilità politica, come è il caso, ad esempio, del Presidente della Giunta regionale, che rappresenta la Regione ma risponde al Consiglio.

A ben guardare, persino gli esempi riportati *sub* (b) potrebbero essere interpretati in senso completamente diverso¹⁷. Lo scioglimento delle Camere, la nomina del Presidente del Consiglio sono indubbiamente atti che inducono gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni,

è un arbitro, almeno non nel senso comune del termine. L'arbitro è imparziale, non stimola né modera, si limita a verificare il rispetto delle regole e, si potrebbe aggiungere, il rispetto *formale*. Nell'incarnazione più nota, quella dell'arbitro sportivo, il rispetto delle regole non impedisce ad una squadra di vincere di larga misura, mentre un arbitro di “moderazione e di stimolo” sicuramente impedirebbe una vittoria schiacciante e un gioco non equilibrato. Tuttavia lo sviluppo di questo tema, per quanto di sicuro interesse e di costante attualità, esce dai confini del presente scritto.

¹⁶ Punto 8.3 c.i.d.

¹⁷ Merita un'osservazione la specificazione della Corte quando sottolinea che il Presidente della Repubblica non implica l'assunzione di decisioni politiche nella sua *quotidiana* attività. Innanzitutto, al momento di argomentare, la Corte sceglie degli esempi di non quotidiana attività e, dunque, non dimostra ciò che sostiene, in secondo luogo è comunque da dimostrare che nessuna attività quotidiana del Presidente comporti una decisione politica (ad esempio, il suo potere di promulgazione ed emanazione) e, in terzo luogo, anche se fosse dimostrato che il Presidente quotidianamente non si occupa di politica, resterebbe impregiudicata eventuale un'attività politica occasionale ma – considerati i poteri in gioco – decisiva.

da cui devono scaturire le relative decisioni di merito, ma, considerati di per sé, non sono neutri né neutrali e sono decisioni di merito.

Essi implicano una decisione politica e, più il momento e il contesto politico sono delicati, più la decisione del Presidente è importante non tanto per supervisionare l'equilibrio politico esistente, ma per *creare* un equilibrio politico¹⁸. Moderazione e stimolo, senza dubbio, ma che facilmente possono essere tutt'altro che a "rime obbligate", quale sarebbe l'espressione di un potere solo formale di controllo della regolarità di decisioni assunte da altri soggetti. Proprio la forma scarsamente razionalizzata dei poteri che Costituzione italiana attribuisce al Presidente in tali contesti ne suggerisce l'ampiezza e la libertà.

Quanto agli atti come Presidente del CSM, il discorso è ancor più delicato, poiché si dovrebbe far riferimento non al suo ruolo formale, ma a quelle iniziative a lui direttamente attribuibili che siano volte a garantire – per riprendere la formulazione della Corte – le condizioni esterne per un indipendente e coerente esercizio della funzione giurisdizionale. Nonché, all'interno di queste, valutare (e dimostrare) come siano di pura moderazione e stimolo e non comportino assunzione di responsabilità politica nel valutare, per pura ipotesi, quali siano le interferenze esterne tali per cui si debbano ripristinare l'indipendenza dei magistrati o rispetto a quali criteri la funzione giurisdizionale sia o meno coerente.

Al contrario, non è impossibile credere che un intervento puntuale del Presidente della Repubblica al CSM in tal senso sarebbe un segnale politico molto forte, proprio per la figura di chi solleva il problema o propone delle soluzioni.

È facile credere che il Presidente della Repubblica sia estraneo a logiche partitiche, che sia «al di sopra di tutte le parti politiche», che non sciolga le Camere nel momento in cui i sondaggi danno per favorito il partito cui vanno le sue simpatie, che non si rifiuti di nominare una determinata persona Presidente del Consiglio perché rappresenta un partito o una maggioranza parlamentare a lui sgradita. È lecito aspettarsi, insomma, che il voto espresso dalla persona fisica che ricopre la carica di Presidente della Repubblica nel segreto dell'urna delle elezioni politiche non condizioni apertamente l'esercizio dei suoi poteri istituzionali¹⁹.

Nonostante sia vero che il Presidente della Repubblica non risponde del suo operato ai suoi elettori, ovvero al Parlamento in seduta comune in com-

¹⁸ Le recenti vicende dei governi Monti, Letta e Renzi ne sono un'espressione chiara che non necessita di commento. In ogni caso, il compito di nomina del Presidente del Consiglio è stato facilitato al Presidente della Repubblica solo in quelle occasioni – vicine alle consultazioni elettorali degli anni 2000 – in cui il sistema italiano ha presentato una tendenza al bipolarismo.

¹⁹ Per quanto chi scrive reputi problematico chiedere o pretendere una perfetta dissociazione tra le attività in senso formale e la cultura, la sensibilità, la personalità, la formazione, le idee di colui che è chiamato a svolgerle.

posizione integrata, nonostante sia vero che non è legato ad un rapporto di fiducia a nessuno dei poteri dello Stato, gli esempi offerti dalla sentenza della Corte costituzionale non dimostrano l'affermazione cui sono correlati, ovvero che il Presidente sia organo di moderazione e di stimolo privo di poteri decisionali ovvero dai poteri decisionali meramente formali.

La stessa affermazione secondo cui il Presidente è "magistratura di influenza" depone in senso contrario a quanto la Corte afferma. Prescindendo dalla tipizzazione degli atti del Presidente della Repubblica, opera della dottrina e quindi soggetta a interpretazioni non univoche, l'influenza del Presidente della Repubblica potrebbe essere utilizzata proprio per intervenire dove in teoria non ne avrebbe il potere formale. Lo scioglimento delle Camere è un "esempio" perfetto: il Presidente, visto anche l'art. 88, co. 1° e considerato l'art. 94, co. 1° Cost., non decide da solo. Eppure, proprio esercitando la sua influenza, può adoperarsi per convincere i Presidenti delle Camere o del Consiglio ad una soluzione cui lui (per definizione di "influenza") non sarebbe estraneo nell'ideazione. Ben lungi da una mera figura notarile, il Presidente magistrato d'influenza deve essere ben inserito nei meccanismi politici²⁰. Il fatto che non risponda politicamente a chi l'ha eletto e non possa essere sfiduciato non comporta che egli non assuma decisioni di merito o non concorra a determinarle.

3. Conclusioni

Copiando la struttura argomentativa della Corte, se si accolgono le osservazioni critiche sopra esposte, ne discende che l'affermazione fondamentale nella sentenza 1/2013 non è adeguatamente motivata.

Da questo deriva, per ulteriore specificazione, che l'intero edificio logico costruito dalla sent. 1/2013 si fonda su una premessa fondamentale e fondante non adeguatamente motivata.

Analizzando con attenzione la struttura logica, si rintracciano perlomeno altre due affermazioni che potrebbero reggere la decisione nel suo complesso e, dunque, coadiuvare l'argomento centrale fin qui analizzato.

La prima si rinviene allorquando la Corte osserva che l'inderogabilità della riservatezza della sfera delle comunicazioni presidenziali «discende dalla posizione e dal ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale italiano» (e quindi si appoggia all'argomento di cui sopra) e, aggiunge il Collegio, «non può essere riferita ad una norma specifica ed esplicita, poiché non esiste una disposizione che individui un soggetto istituzionale competente ad auto-

²⁰ Si legga il punto 9 c.i.d. per vedere come la stessa Corte attribuisce al Presidente un ampio margine di decisione nella decisione di sciogliere le Camere, apparentemente al contrario di quanto ha sostenuto più sopra. V. *amplius*, M. TIMIANI, *In margine al conflitto*, cit., *passim*.

rizzare il superamento della prerogativa. Non si tratta quindi di una lacuna, ma, al contrario, della presupposizione logica, di natura giuridico-costituzionale, dell'intangibilità della sfera di comunicazioni del supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato»²¹.

La presupposizione giuridico-costituzionale potrebbe da sola reggere la decisione, ma si vede chiaramente come – dal punto di vista logico-argomentativo – reggere una pronuncia così delicata su una norma implicita presenta delle difficoltà quasi insormontabili. Non a caso, la Corte ricollega l'argomento al precedente e, in un certo senso, si avvale del ruolo costituzionale complessivo – che pretende già dimostrato – del Presidente della Repubblica per individuare una base a questa denegata lacuna del testo della Carta fondamentale.

Il secondo argomento si rintraccia al punto 13 del considerato in diritto: «nella materia su cui incide il presente conflitto si deve procedere tenendo conto del necessario bilanciamento tra le esigenze di giustizia e gli interessi supremi delle istituzioni, senza giungere al sacrificio né delle prime né dei secondi. Va ribadito peraltro, anche a questo proposito, che il tema della responsabilità penale del Presidente della Repubblica resta estraneo all'odierno giudizio». Nel concetto di interesse delle istituzioni si può vedere riassunta la necessità di riservatezza delle comunicazioni del Presidente, ma, di nuovo, l'argomento da solo apparirebbe debole, espressione mascherata di una "ragion di Stato" che porrebbe dei seri problemi di compatibilità con il principio di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge.

Ulteriormente, la Corte esprime un timore legato non tanto all'intercettazione in quanto tale ma alla sua diffusione presso il pubblico. «Le attività di raccordo e di influenza [del Presidente] possono e devono essere valutate e giudicate, positivamente o negativamente, in base ai loro risultati, non già in modo frammentario ed episodico, a seguito di estrapolazioni parziali ed indebite»²².

Se si collega questo passaggio ai precedenti, si nota come la Corte ammetta che le attività del Presidente possono e devono essere valutate e giudicate: dunque egli è inserito – sia pure in modo peculiare – nel circuito democratico e risponde del proprio operato. Non ai suoi elettori, ma quantomeno all'opinione pubblica e agli altri poteri dello Stato.

²¹ Punto 9 c.i.d..

²² Ulteriormente, la Corte ammette che il problema consiste «anche, e prima di tutto, alla rivelazione del contenuto dei colloqui presidenziali ad ulteriori soggetti (e, in particolare, a soggetti privati, quali i difensori delle parti) che inevitabilmente deriverebbe dal ricorso alle procedure [di cui al c.p.p.] con il conseguente rischio di una loro generale propalazione» (punto 5 c.i.d.). Un problema concreto, non teorico né di modellistica costituzionale, cui non è estraneo il complesso delle intercettazioni telefoniche in Italia avendo a mente che al solo ex senatore Mancino tra novembre 2011 e maggio 2012 sono state intercettate 9295 telefonate (punto 2 c.i.d.).

Questi argomenti ulteriori sono “collaterali”, ovvero sono comunque debitori della struttura logica sopra descritta e, a differenza dell’argomento principale, non si ritiene opportuno trarre eccessive considerazioni (quali, l’apparente contraddizione in ultimo esposta) dalla formulazione letterale.

Per questa ragione, l’osservazione decisiva è la prima esposta.

La Corte costituzionale dichiara di argomentare a favore della irresponsabilità politica del Presidente, ma, in realtà, argomenta sulla sua responsabilità e indipendenza e – se la definizione non è eccessiva – ne tutela gli *interna corporis acta*, che sono necessariamente informali.

Di conseguenza, si potrebbe concludere che l’argomento scomodato sia stato fin troppo generale. Più semplicemente il Collegio avrebbe potuto argomentare che «l’immunità in questione risulterebbe strumentale all’espletamento degli altissimi compiti che la Costituzione demanda al Presidente della Repubblica, nella sua veste di Capo dello Stato e di rappresentante dell’unità nazionale, intesi ad assicurare in modo imparziale, insieme agli altri organi di garanzia, il corretto funzionamento del sistema istituzionale e la tutela degli interessi permanenti della Nazione»²³.

Da qui la garanzia «del massimo di libertà di azione e di riservatezza, anche perché alcune delle attività che egli pone in essere nel perseguimento delle finalità istituzionali – e di non poco significato – non hanno un carattere formalizzato»²⁴.

Un’imparzialità che non è un ruolo notarile ma l’espressione di un indirizzo politico legato alla Costituzione e non alla maggioranza di governo o – meglio – non legato esclusivamente o necessariamente a considerazioni politiche contingenti.

La scelta della Corte, la quale ricorda ricorda che «non è sufficiente una mera esegesi testuale di disposizioni normative, costituzionali od ordinarie, ma è necessario far riferimento all’insieme dei principi costituzionali»²⁵ è, quindi, un’opzione interpretativa ben precisa che consente al Collegio di non abbassare mai lo sguardo dai principi della Carta fondamentale e, di conseguenza, di argomentare su un piano alto. Un metodo concettualmente rigoroso ma, come si è cercato di dimostrare, che proprio nell’argomentare la premessa può non convincere.

In conclusione, il Presidente della Repubblica è l’unico che può permettersi di telefonare senza salutare il maresciallo all’ascolto ed essere sicuro che davvero nessuno lo stia intercettando²⁶, nella considerazione teorica dei suoi

²³ È, questa, una sintesi che si trova al punto 1.2. del ritenuto in fatto, tratta da argomentazioni presentate dal ricorrente.

²⁴ Di nuovo la dicitura è al punto citato nella nota che precede, stavolta riportato letteralmente dalla Corte.

²⁵ Punto 8.1 c.i.d.

²⁶ Perlomeno nessuno che risponda alla magistratura italiana, lo spionaggio anche estero è altra questione.

altissimi compiti e nella considerazione, concreta e nemmeno troppo velata, che dalla diffusione dei contenuti di intercettazioni indirette costituirebbe un *vulnus* alla figura e alla credibilità stessa del Presidente e un probabile cortocircuito rispetto ai compiti di garanzia e di indipendenza che la Corte vuole garantire e che emergerebbero in modo distorto da colloqui intercettati e venuti a diffusione «a seguito di estrapolazioni» che vengono definite «parziali ed indebite»²⁷: “parziali” per definizione, “indebite” – il termine è rivelatore – non tanto perché rivelatrici di un astratto ruolo di moderazione e di stimolo ma perché il Presidente della Repubblica dev’essere libero di esprimere coi suoi interlocutori giudizi e valutazioni *politiche* che è opportuno restino riservate. Una riservatezza – dice la Corte – che è «coessenziale»²⁸ al suo ruolo, ovvero sia una riservatezza che è la chiave del suo ruolo nella politica italiana. Certo è che, se questa fosse la corretta visuale dell’argomentazione, essa apparirebbe molto più orientata alla prassi che all’alta costruzione costituzionale.

²⁷ Punto 8.3 c.i.d.

²⁸ Punto 8.3 c.i.d.

IL CAPO DELLO STATO E LA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE COSTITUZIONALE: IL SEMPRE DIFFICILE INCONTRO TRA DIRITTO E POLITICA

Giacomo Galazzo

SOMMARIO: 1. Sul rarissimo utilizzo, da parte dei Presidenti, dell'istituto dell'istituto del conflitto di attribuzioni. – 2. Sulle statuizioni delle sentenze nn. 200/2006 e 1/2013 della Corte costituzionale. – 3. Sulle discussioni attorno alla Presidenza Napolitano: il sempre attuale dibattito sul ruolo costituzionale del Capo dello Stato.

1. Sul rarissimo utilizzo, da parte dei Presidenti, dell'istituto dell'istituto del conflitto di attribuzioni

La figura costituzionale del Presidente della Repubblica continua ad essere un tema di studio estremamente complesso. Non è superfluo, in apertura di questa riflessione sui più recenti arresti della giurisprudenza costituzionale sul Capo dello Stato, ricordare le parole di un celebre scritto di Livio Paladin. Analizzando i lavori dell'Assemblea costituente il grande giurista osserva che per quanto riguarda la forma di governo è ben più agevole individuare dei punti fermi di carattere negativo che alcuni di carattere positivo: se si riesce a stabilire quanto è stato escluso dal dettato costituzionale, infatti, ben più difficile è la definizione di un quadro certo in ordine ai confini della stessa¹. La disciplina costituzionale del Capo dello Stato è certamente uno dei punti sui quali questa difficoltà ricostruttiva è maggiormente evidente: da qui un lungo e mai cessato dibattito sulla sua posizione costituzionale, a fronte del quale quanto deciso dalla Corte costituzionale con la prima sentenza del 2013 ha suscitato grande attenzione. Quella decisione, come noto, è stata in resa in un giudizio per conflitto di attribuzioni: ciò rende necessaria una preliminare riflessione in ordine all'utilizzo da parte del Capo dello Stato di questo istituto, così raro nella concreta esperienza costituzionale.

Il conflitto di attribuzioni, che Roberto Bin ha efficacemente definito «una fortezza dalle fondamenta malcerte», ha sempre avuto nella definizione del concetto di “potere” il punto di maggiore problematicità dell'analisi. Sicuramente insufficiente, a fronte della complessità dell'ordinamento co-

¹ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXV, Milano 1986, p. 166 ss.: «Per meglio dire, dagli atti della Costituente si desumono anche in tal senso alcuni punti fermi: ma essi concorrono piuttosto a stabilire quanto è stato escluso dal disegno costituzionale, che non a definirlo nei suoi aspetti caratterizzanti».

stituzionale, sarebbe stata infatti l'opzione per un esclusivo riferimento alla tradizionale tripartizione di Montesquieu. Per meglio definire quali soggetti potessero rientrare in questa nozione fu senza dubbio fondamentale il ruolo della giurisprudenza della Corte costituzionale² che, per quanto qui interessa, a partire dall'ordinanza n. 150 del 1980 ammise il Capo dello Stato nel novero dei soggetti legittimati a ricorrere³. Oggi può sostenersi che tale approdo è pacificamente condiviso, così come sostenuto dal Presidente Napolitano stesso nel testo del recente ricorso avverso la Procura di Palermo⁴. Rimane ugualmente utile analizzare il passaggio concettuale alla base di questa conclusione.

La Corte costituzionale ha incluso nel novero dei "poteri dello Stato" gli organi che presentano le seguenti caratteristiche: sono menzionati in Costituzione in quanto titolari di alcune attribuzioni; sono in grado di compiere in modo autonomo e definitivo atti che possono essere imputati allo Stato. Non c'è alcun dubbio che questo sia il caso del Presidente della Repubblica, il quale, definito dalla Carta costituzionale "Capo dello Stato" e "rappresentante dell'unità nazionale", è reso titolare di tutta una serie di specifiche competenze, sebbene egli necessiti per esercitarle dell'assistenza della controfirma governativa ai sensi dell'art. 89 Cost⁵. Se dal punto di vista giuridico non sembra dubbio che il Capo dello Stato possa fondatamente rientrare in tale cornice, la questione è stata ugualmente dibattuta dal punto di vista della concreta praticabilità del ricorso all'istituto. A ciò osterebbe, secondo autorevoli opinioni, la difficoltà di porre in termini giuridici le questioni squisitamente politiche che normalmente nascono dall'attività del Capo dello Stato⁶, organo dalla disciplina costituzio-

² Per queste riflessioni vedi R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Macerata 1996, pagg. 7 ss. e, per la citazione iniziale del paragrafo, p. 3.

³ L'ordinanza è stata consultata sul sito istituzionale della Corte costituzionale, <http://www.cortecostituzionale.it>. Si vedano al proposito anche le ordinanze nn. 354/2005 e 218/2012 sull'ammissibilità, rispettivamente, dei conflitti sollevati dal Presidente Ciampi sul potere di grazia e, appunto, dal Presidente Napolitano sul tema dell'intercettazione casuale di conversazioni telefoniche del Capo dello Stato.

⁴ Il testo del ricorso, sul tema, non è equivocabile. Al punto 1.1. delle considerazioni in diritto può infatti leggersi, senza ulteriori argomentazioni: «La spettanza della qualificazione di potere dello Stato in capo al Presidente della Repubblica, odierno ricorrente, è del tutto pacifica». L'atto è consultabile in <http://www.quirinale.it>.

⁵ Per queste riflessioni si veda A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2013, pp. 243-246 e, sullo specifico tema del Capo dello Stato, pp. 252-253. Da menzionare è il passaggio nel quale gli Autori segnalano che questa ricostruzione porta con sé la conseguenza dell'impossibilità di individuare un numerus clausus di poteri dello Stato, stante la costante evoluzione della giurisprudenza costituzionale e «anche in ragione dell'ampia possibilità di frammentazione delle "attribuzioni/competenze" costituzionali».

⁶ Si veda, pur con riferimento al caso di un conflitto di attribuzione sollevato contro il Capo dello Stato, quanto sostenuto da F. DIMORA, *Alla ricerca della responsabilità del Capo dello Stato*, Milano 1991, pp. 243-244: «Se, infatti, si riconosce che il Presidente della Repubblica è titolare di una sfera di competenza propria e costituzionalmente protetta, distinta da quella assegnata al Governo è possibile prevedere, a differenza di quanto avviene nei sistemi

nale non particolarmente dettagliata. Un' altra ragione di perplessità, più volte avanzata in dottrina, riposa sulla effettiva neutralità della Corte costituzionale in un giudizio nel quale è parte il Presidente della Repubblica: sia perché con tale soggetto la Corte condividerebbe una funzione di protezione dei principi costituzionali⁷, sia soprattutto per le deflagranti conseguenze istituzionali che deriverebbero da una pronuncia che fosse sfavorevole alle ragioni del Presidente. Difficilmente, infatti, il Capo dello Stato potrebbe rinunciare alle dimissioni così profondamente minato nella sua autorevolezza⁸.

Naturale, dunque, che dalla scelta del Presidente Napolitano di ricorrere avverso la Procura di Palermo scaturisse un' accesa discussione e che il dibattito tra i costituzionalisti assumesse notevole risalto presso l'opinione pubblica. In diversi interventi sulla stampa nazionale furono sostenute sia l'inopportunità della determinazione presidenziale che, al contrario, la sua correttezza⁹. Forse consapevole dell'attenzione che la scelta avrebbe destato

parlamentari cd. puri, una composizione giuridica degli eventuali contrasti di competenza che si determinano nelle relazioni tra i due organi.

Vero è che l'ipotesi di un conflitto siffatto è da ritenersi poco praticabile in concreto, quando si tenga presente la difficoltà di risolvere in termini rigorosamente giuridici problemi che coinvolgano organi "politici" e a cui gli stessi tendono a dare soluzioni di tipo politico». Nello stesso senso si era autorevolmente espresso, in precedenza, V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi in onore di V. Crosa*, Vol. I, Milano 1960, p. 651.

⁷ Si veda quanto sostenuto da A. PACE, Intercettazioni telefoniche e menomazione delle attribuzioni presidenziali, consultato in <http://www.giurcost.org>, che, riprendendo Gustavo Zagrebelsky (vedi infra, nota), sostiene che sia «inimmaginabile» l'evento della soccombenza del Presidente in un giudizio dinnanzi alla Corte costituzionale. Presidente e Corte rivestirebbero, infatti e seppur a diverso titolo, funzioni di custodia della Costituzione: poichè una sconfitta del Capo dello Stato nuocerebbe alla stessa tenuta istituzionale del Paese, il conflitto di attribuzioni si trasformerebbe «da giudizio a parità delle armi tra i contendenti, in uno strumento del Presidente, imbarazzante per la Corte, per ottenere un avallo, o una copertura».

⁸ In questo senso vedi ancora V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici*, cit., 651.

⁹ A criticare duramente la scelta del Presidente Napolitano fu appunto G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione*, La Repubblica del 17 agosto 2012, consultato in <http://www.repubblica.it>: oltre ad argomentare sull'impossibile neutralità della Corte in un giudizio di cui è parte un altro "custode della Costituzione", egli sottolineò che nel caso specifico il Capo dello Stato non lamentava la lesione di una specifica e puntuale prerogativa, ma che si trattava di «un giudizio nel quale una parte getta tutto il suo peso, istituzionale e personale, che è tanto, sull'altra, l'autorità giudiziaria, il cui peso, al confronto, è poco. Quali che siano gli argomenti giuridici, realisticamente l'esito è scontato». In senso contrario si esprime Valerio Onida in un' intervista rilasciata al Corriere della Sera (Un'iniziativa corretta. Si può ascoltare il Quirinale solo per alto tradimento, Corriere della Sera del 17 luglio 2012, consultato in <http://www.corriere.it>), sostenendo che, trattandosi di una questione inerente al corretto bilanciamento tra i due "poteri", soltanto la Consulta avrebbe potuto stabilire quale fosse il corretto equilibrio delle rispettive posizioni. Si vedano anche, in senso favorevole alla posizione del Presidente Napolitano: U. DE SIERVO, *Ristabilire il senso del limite*, La Stampa del 17 luglio 2012, consultato in <http://www.lastampa.it>, che sottolineò che la Corte avrebbe deciso "in piena autonomia"; M. AINIS, *Le istituzioni e le persone*, Corriere della Sera del 17 luglio 2012, consultato in <http://www.corriere.it> il quale sostenne che «la democrazia non deve

fu poi lo stesso Presidente Napolitano a diramare un comunicato nel quale motivava le ragioni della decisione, richiamandosi alla nota dottrina einaudiana per la quale compito del Presidente della Repubblica sarebbe quello di conservare intatte al suo successore le prerogative della carica¹⁰.

Analizzati pur sommariamente questi profili non può evitarsi di annotare che l'utilizzo dell'istituto da parte dei diversi Presidenti, come detto, è stato estremamente raro: si ricordano tre casi nell'intera storia repubblicana, e non è da escludere che tale parsimonia sia riconducibile alla percezione della notevole delicatezza di una simile iniziativa da parte dei Presidenti che si sono succeduti in carica. È infatti evidente come, al netto delle considerazioni di cui sopra, l'atto del Capo dello Stato di sollevare un conflitto di attribuzione presso la Corte costituzionale rappresenti un passaggio di grande delicatezza politica. Soffermandosi sulla storia repubblicana recente, dunque, possono unicamente menzionarsi: l'episodio del 2005, quando il Presidente Ciampi solleva conflitto di attribuzione avverso il Ministro della Giustizia Castelli in ordine alla corretta configurazione del potere di grazia; la vicenda del 2013 che vede il Presidente Napolitano ricorrere avverso la Procura di Palermo sul tema delle intercettazioni casuali di alcune sue conversazioni telefoniche.

2. Sulle statuizioni delle sentenze nn. 200/2006 e 1/2013 della Corte costituzionale

In entrambi i casi menzionati, che pure non possono qui essere ripercorsi nel dettaglio, le statuizioni della Corte furono di notevole rilevanza. È peraltro sostenibile che la sentenza del 2013 sviluppi e porti forse a compimento premesse concettuali le cui basi affondano nella pronuncia del 2006: nella sentenza 200 la Corte affermò infatti, con ciò aderendo alla teoria polifunzionale della controfirma, che «Rimane la necessità di riconoscere nell'esercizio di tale potere – conformemente anche alla lettera dell'art. 87, undicesimo comma, Cost. - una potestà decisionale del Capo dello Stato, quale organo *super partes*, “rappresentante dell'unità nazionale”, estraneo a quello che viene definito il circuito dell'indirizzo politico-governativo”, e che in modo imparziale è chiamato ad apprezzare la sussistenza in concreto dei presupposti umanitari che giustificano l'adozione del provvedimento di grazia».

aver paura dei conflitti: meglio portarli allo scoperto, che nascondere la polvere sotto i tappeti».

¹⁰ Conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale per le decisioni sulle intercettazioni di conversazioni telefoniche del Capo dello Stato. Comunicato, consultabile in <http://www.quirinale.it>: «Alla determinazione di sollevare il conflitto, il Presidente Napolitano è pervenuto ritenendo “dovere del Presidente della Repubblica”, secondo l'insegnamento di Luigi Einaudi, “evitare si pongano, nel suo silenzio o nella inammissibile sua ignoranza dell'occorso, precedenti, grazie ai quali accada o sembri accadere che egli non trasmetta al suo successore immuni da qualsiasi incrinatura le facoltà che la Costituzione gli attribuisce”».

Il riconoscimento della facoltà del Capo dello Stato di decidere in prima persona per un atto di clemenza può a buon diritto essere considerata come la manifestazione dell'adesione della Consulta ad una concezione garantistica dell'organo: si tratta di un potere che viene riconosciuto al Presidente per la sua natura di soggetto estraneo al circuito della contrapposizione politica; una figura, dunque, imparziale per definizione e titolare di funzioni di "equilibrio" all'interno dell'ordinamento costituzionale¹¹. La vicenda del 2013 vede la Corte confermare appieno questa ricostruzione della posizione costituzionale del Presidente: la necessità che egli possa contare sulla riservatezza delle comunicazioni sue proprie si fonda sulla necessità di tutelare la medesima funzione di rappresentanza dell'unità nazionale. Può infatti leggersi nelle considerazioni in diritto che: «(...) la ricostruzione del complesso delle attribuzioni del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano mette in rilievo che lo stesso è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche. (...) il Presidente della Repubblica "rappresenta l'unità nazionale" (art. 87, primo comma, Cost.) non soltanto nel senso dell'unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica. Si tratta di organo di moderazione e di stimolo nei confronti di altri poteri, in ipotesi tendenti ad esorbitanze o ad inerzia».

Le due pronunce riposano entrambe, dunque, sulla netta distinzione tra Capo dello Stato ed istituzioni "politiche": presupposto di questa è l'affermazione di una vera e propria differenza "qualitativa" tra gli organi costituzionali deputati all'indirizzo politico, che per natura tollerano la parzialità dei propri titolari, ed il Presidente della Repubblica, i poteri del quale mirano alla garanzia della Costituzione e necessitano al contrario di un profilo imparziale¹². Questa tesi ha la caratteristica di isolare il Capo dello Stato dagli organi costituzionali politicamente orientati: nonostante ciò, come il concreto svolgimento costitu-

¹¹ Per una efficace ricostruzione di questa visione dell'organo "Capo dello Stato" vedi M. TIMIANI, *La rappresentanza dell'unità nazionale può costituire fondamento del potere di grazia?*, consultato in <http://www.forumcostituzionale.it>. L'Autore non manca di sottolineare, però, che al tempo della pronuncia la grande maggioranza degli studiosi riteneva al contrario che la grazia dovesse intendersi quale atto duumvirale, di carattere non unicamente umanitario ma anche politico, ed aggiunge che questa visione godeva del supporto di «una prassi che si è costantemente mossa in questa direzione». Sulle perplessità in ordine a questa decisione della Consulta vedi anche M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2007, pp. 190-191.

¹² Per questa ricostruzione vedi F. DIMORA, *Art. 87*, in V. CRISAFULLI – S. PALADIN – S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 776: «La concezione garantistica è stata sviluppata e approfondita poi sul presupposto che la funzione del Presidente della Repubblica sia qualitativamente diversa da quella degli altri poteri (...) e si connota non solo come controllo, ma anche come intervento attivo, seppur finalizzato alla garanzia della Costituzione e caratterizzato per l'imparzialità e l'estraneità alla funzione di governo».

zionale non ha mancato di dimostrare anche di recente, le attribuzioni del Capo dello Stato rimangono di notevole rilevanza e possono ben diventare politicamente divisive¹³. Le recenti vicende italiane ne sono buona testimonianza.

3. Sulle discussioni attorno alla Presidenza Napolitano: il sempre attuale dibattito sul ruolo costituzionale del Capo dello Stato

Nonostante le autorevoli prese di posizione della Consulta, infatti, quella di Giorgio Napolitano è stata una Presidenza spesso al centro della dibattito e della contrapposizione politica. La neutralità del Presidente è stata più volte messa in discussione, fino a sostenere una sorta di torsione in senso presidenzialista del nostro ordinamento¹⁴. Per rimanere ai temi trattati in questo contributo, si pensi ad esempio alla discussione scaturita da un molto noto provvedimento di clemenza, deciso dal Capo dello Stato nell'aprile 2013: ci si riferisce alla grazia concessa al colonnello statunitense Joseph Romano, condannato con sentenza divenuta irrevocabile il 19 settembre 2012 per fatti riguardanti la vicenda del sequestro dell'Imam Abu Omar da parte di agenti della CIA, a Milano nel 2003. Il Presidente annunciò di essersi determinato alla grazia «per dare soluzione a una vicenda considerata dagli Stati Uniti senza precedenti per l'aspetto della condanna di un militare statunitense della NATO per fatti commessi sul territorio italiano, ritenuti legittimi in base ai provvedimenti adottati dopo gli attentati alle Torri Gemelle di New York dall'allora Presidente e dal Congresso americani¹⁵». Intorno a questo episodio è stato autorevolmente sostenuto che, contrariamente al profilo del potere di grazia tracciato dalla Consulta nel 2006, la natura delle motivazioni sulle quali si è fondato il provvedimento non poteva in alcun modo da considerarsi umanitaria, ma che anzi fosse squisitamente (e dichiaratamente) politica¹⁶. Si pensi poi, allargando il campo della nostra visuale, al tema del

¹³ D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, I, Milano 2013, 198-199, argomenta sulla politicità delle attribuzioni del Capo dello Stato da un lato riferendosi alla riflessione di Carl Schmitt, dall'altro citando episodi della recente storia costituzionale europea, avvenuti rispettivamente in Belgio e Lussemburgo. Nel primo caso, del 1990, Re Baldovino negò la sanzione alla legge che liberalizzava l'aborto; nel 2008, invece, Enrico di Lussemburgo si oppose duramente alla depenalizzazione del suicidio assistito. Queste decisioni, che riguardano temi fortemente divisivi nell'opinione pubblica, sono nella prospettiva dell'Autore molto rilevanti dal momento che riguardarono Capi di Stato ereditari. A maggior ragione, dunque, poteri "politici" potrebbero essere esercitati da Presidenti eletti, seppure non direttamente dal corpo elettorale.

¹⁴ Così ad esempio A. RIVERA, *Presidenzialismo di fatto e suicidio della democrazia parlamentare*, 22 aprile 2013, consultato in <http://blog-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it>.

¹⁵ Grazia del Presidente Napolitano ai sensi dell'art. 87 comma 11 della Costituzione. Comunicato, 5 aprile 2013, consultato in <http://www.quirinale.it>.

¹⁶ Si veda sul tema G. SCACCIA, *La grazia di Napolitano al colonnello Joseph Romano e i limiti al potere presidenziale di clemenza individuale*, consultato in <http://www.forumcosti->

mancato rinvio di leggi politicamente divisive, che addirittura fu posto tra le motivazioni sulle quali un gruppo parlamentare fondò una richiesta di messa in stato d'accusa del Presidente ai sensi dell'art. 90 Cost¹⁷. Ancora, poi, può essere citato il forte ruolo del Presidente della Repubblica nella formazione dei governi successivi alla crisi politica del 2011, per il quale non si esitò, nel dibattito pubblico, a parlare di «presidenzialismo di fatto¹⁸». Si pensi infine al notevole sforzo del Presidente Napolitano nel sollecitare l'impegno delle forze politiche sul percorso delle riforme, da lui stesso rivendicato e rilanciato con fortissima determinazione nel discorso per il suo nuovo insediamento a seguito della rielezione dell'aprile 2013¹⁹: un'attività, questa, per la quale più volte l'operato della Presidenza della Repubblica ha avuto ingresso nella critica politica.

Mentre non sono mancate anche tra gli studiosi posizioni nel senso di una esorbitante espansione del ruolo presidenziale²⁰, autorevole dottrina ha con-

tuzionale.it, p. 3. L'Autore, inoltre (p. 5), segnala che spia della natura politico-discrezionale del provvedimento sarebbe anche quanto sostenuto nella parte finale del comunicato, laddove si tratta di «una situazione di evidente delicatezza sotto il profilo delle relazioni bilaterali con un potere amico». Per questi i motivi si sostiene (p. 6) che tale provvedimento contraddirebbe quanto sostenuto dalla Corte in ordine al potere di grazia nella sentenza n. 200.

¹⁷ Gruppo parlamentare “MoVimento 5 Stelle”, Denuncia per la messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica concernente il reato di attentato alla Costituzione repubblicana, consultato in <http://www.beppegrillo.it>.

¹⁸ Si veda, tra molti, un intervento di Sonia Alfano, Presidente della Commissione Antimafia europea, per le colonne del Fatto quotidiano (7 giugno 2013): «Ha deciso lui chi deve governare, come e persino quanto. È più che presidenzialismo: questa è monarchia!». Sul punto va menzionata l'opinione di V. LIPPOLIS – G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna 2013, p. 43-45.: gli Autori si soffermano a lungo sulla vicenda che portò alla formazione del Governo Monti e concedono che la nomina a Senatore a vita del Prof. Monti, di poco precedente, può ben essere considerata come un vero e proprio «preannuncio di incarico». Essi, però, commentano l'iniziativa del Presidente in termini diametralmente opposti: «In un quadro di estrema debolezza dell'esecutivo e a fronte di un panorama parlamentare confuso e contraddittorio nel quale era ancora acuta la non componibile contrapposizione tra maggioranza e opposizione, la decisa iniziativa di Napolitano ha corrisposto alla sua funzione di capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale».

¹⁹ Messaggio del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano al Parlamento nel giorno del giuramento, 22 aprile 2013, consultato in <http://www.quirinale.it>. Il Presidente Napolitano, dopo aver espressamente qualificato come «imperdonabile» l'insuccesso del Parlamento nella legislatura che si era appena conclusa, affermò: «(...) su quei temi specifici ho speso tutti i possibili sforzi di persuasione, vanificati dalla sordità di forze politiche che pure mi hanno ora chiamato ad assumere un ulteriore carico di responsabilità per far uscire le istituzioni da uno stallo fatale (...). Non si può più, in nessun campo, sottrarsi al dovere della proposta, alla ricerca della soluzione praticabile, alla decisione netta e tempestiva per le riforme di cui hanno bisogno improrogabile per sopravvivere e progredire la democrazia e la società italiana».

²⁰ Si veda al proposito G. SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, Modena 2015, p. 61, che menziona alcuni Autori che hanno «denunciato lo scivolamento della forma di governo verso un semipresidenzialismo o comunque un parlamentarismo a prevalenza o tendenza presidenziale» (sono annoverati tra questi i contributi di Fusaro

testato apertamente queste censure mosse al Presidente Napolitano: le sue determinazioni sono state al contrario ricondotte al concetto di “prestazioni di unità”, esercitate in un momento di forte debolezza istituzionale e di concreto disgregamento del sistema politico. Il Presidente, lungi dallo stravolgere il suo ruolo costituzionale, avrebbe al contrario agito come una sorta di «motore di riserva²¹». Un concetto, questo, nel quale sembra riecheggiare la visione di Esposito, che definiva il Presidente della Repubblica quale “reggitore” dello Stato nel momento della crisi: un’ impostazione, quella, che seppur elaborata in tempi ormai lontani conserva il pregio di suggerire una ricostruzione per così dire “elastica” dei poteri del Capo dello Stato, che pure sono stati descritti tramite la nota metafora della “fisarmonica²²”. Ciò che ad oggi sembra certo, però, è che la posizione costituzionale del Capo dello Stato che emerge dalle analizzate sentenze della Corte costituzionale non sembra potersi ritenere pacifica e universalmente accettata; sembra in realtà essere la stessa sentenza 1, come è stato autorevolmente sostenuto, a prefigurare ampi spazi di intervento presidenziale nelle vicende politico-istituzionali, quasi come se la funzione di rappresentanza dell’unità nazionale che la Carta attribuisce al Presidente si tramutasse in una sorta di «clausola generale di chiusura delle relazioni tra gli organi costituzionali²³», ai quali il Capo dello Stato sovrintenderebbe in un ruolo di mediazione tutt’altro che passivo.

Le discussioni intorno agli analizzati arresti della giurisprudenza costituzionale ricordano dunque la persistente difficoltà di trarre conclusioni giuridicamente definite dalle vicende di un organo costituzionale la posizione del quale è grandemente influenzata dalle vicende del sistema politico, come già

e Nicotra). Egli stesso (p. 53) non esita a trattare della «doppia fiducia, del Parlamento e del Capo dello Stato» della quale avrebbero dovuto godere gli esecutivi succedutisi nell’esperienza di Giorgio Napolitano.

²¹ Si veda ancora al proposito V. LIPPOLIS – G. M. SALERNO, *La repubblica del Presidente*, cit., p. 178-179, i quali affermano che «il Presidente Napolitano è stato un motore di riserva molto potente, ma anche perchè il motore principale è stato spesso giù di giri». Nello stesso senso M. LUCIANI, *La parabola del Presidente della repubblica*, in *Rivista telematica dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1/2014, pp. 5-6, consultato in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>: l’Autore sostiene proprio che se il disfacimento del sistema dei partiti non ha portato con sè un crollo delle istituzioni lo si deve proprio alle «prestazioni di unità» rese dal Presidente Napolitano. Queste, lungi dal segnalare una torsione semipresidenzialista del nostro ordinamento, vanno considerate al contrario come la più chiara espressione della forma di governo parlamentare: in un sistema nel quale il Presidente avesse una connotazione politica ben precisa, come avviene per l’appunto nel semipresidenzialismo, «attività di stabilizzazione» come quelle portate avanti da Napolitano non sarebbero state possibili.

²² Si veda al proposito R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2013, p. 258.

²³ Si veda ancora G. SCACCIA, *Il Presidente*, cit., p. 42. L’Autore sostiene che le statuizioni della sentenza n.1, mentre sembrano tese a contenere il ruolo del Presidente nell’ambito di una funzione di garanzia, finirebbero poi per «legittimare l’attivismo politico a tutto campo del Capo dello Stato, che si propone come il vero motore – ordinario e non di “riserva” – della forma di governo e si proietta verso una funzione di guida del gioco politico».

fu autorevolmente sostenuto al tempo della sentenza n. 200/2006, e nell'analisi delle quali è di conseguenza molto labile il confine tra diritto e politica²⁴. Il ruolo del Capo dello Stato, infatti, sembra ancora dipendere fortemente e forse principalmente dall'interazione tra i poteri formali che l'ordinamento gli attribuisce e il concreto svolgimento della vita politica del Paese²⁵: nonostante le autorevoli statuizioni della Consulta sembra dunque difficile immaginare che il dibattito in ordine alla sua posizione costituzionale possa essere fissato una volta per tutte, almeno in assenza di una revisione costituzionale che ne definisca con maggior grado di dettaglio il ruolo (il che pure è stato autorevolmente auspicato²⁶). A questo proposito una utile suggestione potrebbe essere rinvenuta nella costituzione francese, nel testo della quale un ruolo di "arbitraggio" dei pubblici poteri del Presidente della Repubblica è formalizzato nell'art. 5²⁷. Al contrario potrebbe però ben ritenersi, come scrisse Rescigno proprio a proposito della sentenza n. 200, che il diritto ed in particolare il diritto costituzionale debbano ad un certo punto arrestarsi e lasciare il campo al libero svolgimento dei rapporti politici tra i soggetti dell'ordinamento²⁸.

²⁴ Si veda, per un' ampia trattazione sul tema, G. U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2006. Per una diffusa critica alla sentenza n. 1/2013 si veda invece A. PACE, *Intercettazioni telefoniche*, cit.

²⁵ Sul punto V. LIPPOLIS – G. M. SALERNO, *La repubblica*, cit., p. 9, sostengono che le vicende politiche influenzano alle volte la concreta configurazione costituzionale del ruolo del Presidente anche più del dato costituzionale formale: «Vi è però un secondo fattore che condiziona fortemente, e forse più del primo, il concreto sviluppo del ruolo del Capo dello Stato: il grado di stabilità del sistema politico-istituzionale (...)».

²⁶ Proprio a commento della sentenza n. 1/2013 si veda quanto sostenuto da M. C. GRISOLIA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, consultato in <http://www.forumcostituzionale.it>, secondo la quale sarebbe auspicabile una revisione della disciplina costituzionale del Capo dello Stato, che riguardi «i molti profili da troppo tempo lasciati alla soluzione (rectius alle soluzioni) fornite dalla prassi».

²⁷ Costituzione del 4 ottobre 1958, art. 5 comma 1, consultata nella traduzione italiana in <http://www.assembleenationale.fr>: «Il Presidente della Repubblica garantisce il rispetto della Costituzione. Mediante il suo arbitrato, assicura il regolare funzionamento dei poteri pubblici e la continuità dello Stato».

²⁸ Nel contributo sulla sentenza n. 200 citato alla nota n. 24, infatti, l'Autore scrisse che «il diritto, anche e soprattutto quello costituzionale, deve sapere quando e dove arrestarsi, e lasciare spazio alla politica».

UNA RILETTURA DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL POTERE DI GRAZIA

Davide Galliani

SOMMARIO: 1. Una sentenza comunque problematica. – 2. La grazia per soli fini umanitari e il ruolo decisivo del Presidente della Repubblica. – 3. Un primo completamento della sentenza del 2006. – 4. Il problema delle garanzie costituzionali. – 5. Il diritto di chiedere la grazia secondo il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966. – 6. La grazia secondo i giudici di Strasburgo. – 7. Una rinnovata importanza della grazia per la Corte di Strasburgo. – 8. La sentenza della Corte costituzionale in un contesto più generale. – 9. L'obbligo parziale di motivazione in attesa di svolgimento. – 10. Un nuovo conflitto di attribuzione?

1. Una sentenza comunque problematica

La sentenza 18 maggio 2006, n. 200, con la quale la Corte costituzionale ha risolto il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, sollevato dal Presidente della Repubblica nei confronti del Ministro della Giustizia¹, è stata molto commentata in dottrina². Allo stesso modo, tra i commenti hanno prevalso quelli dubitativi rispetto a quelli positivi. Vi sono anche stati autorevoli auspici affinché il giudice delle leggi tornasse sui propri passi³.

In questo contributo s'intende prospettare un ulteriore elemento da tenere in considerazione per valutare in termini più generali quella storica decisione, la quale, è opportuno premettere sin da subito, rimane *comunque* problematica, ma, forse, se inquadrata in un contesto più generale, potrebbe divenire *almeno* più comprensibile⁴.

¹ Il quale, vale la pena rilevarlo subito, ha optato per la non costituzione in giudizio.

² In effetti, era anche una decisione molto attesa, come dimostra la scelta di dedicarvi un seminario "preventivo" ferrarese: cfr. *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, a cura di R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, Giappichelli, Torino 2006. Inoltre, sempre precedente, si veda almeno P. ARMAROLI, *Grazia a Sofri? Un intrigo costituzionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006.

³ Hanno immediatamente auspicato un ripensamento della Corte costituzionale, in particolare, G. U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2006, pp. 2005 ss. e M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Il Corriere Giuridico*, 2/2007, pp. 190 ss.

⁴ Tra i costituzionalisti, è sicuramente A. PUGIOTTO, dopo la sentenza n. 200/2006: *Un nuovo statuto per gli atti di clemenza*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2007, pp. 769 ss., l'autore che più ha difeso la decisione della Corte Costituzionale.

2. La grazia per soli fini umanitari e il ruolo decisivo del Presidente della Repubblica

Non occorre ripercorrerne i principali svolgimenti argomentativi. Si tratta di una decisione in sé molto chiara e, da un certo punto di vista, anche coerente.

È però indispensabile soffermarsi brevemente su due tra le maggiori critiche che la decisione del 2006 ha ricevuto. Da un lato, si è preso di mira quello che è il “cuore” della decisione, ossia la nuova configurazione dell’istituto della grazia⁵. Dall’altro lato, non sono mancate certo le riflessioni critiche riguardanti l’esito di questa nuova configurazione, l’attribuzione al Presidente e non al Ministro della decisione finale, con ciò che questa scelta comporta in merito al problema – non affrontato, se non velocemente, nella decisione – della responsabilità vuoi presidenziale vuoi ministeriale⁶.

In entrambi i casi, le valutazioni dottrinali poggiano su argomenti robusti. Se, per la Corte, la grazia è ora un istituto finalizzato a perseguire scopi eminentemente ed essenzialmente umanitari, non è stato difficile rilevare che, in primo luogo, non è questa la soluzione più confacente all’istituto della grazia in sé considerato e, in secondo luogo, il concreto svolgimento costituzionale, lungi dal confermare il nuovo senso della grazia, parrebbe invece smentirlo.

Al di là della questione della prassi, ciò che appare meritevole di particolare attenzione è la circostanza per la quale la limitazione del potere di grazia al perseguimento di scopi umanitari non appare in linea con l’istituto considerato da un punto di vista per così dire teorico-concettuale. Certo che

⁵ Questo il passaggio pertinente del *Considerato in diritto*, in specie il paragrafo 6.1: “Orbene, deve ritenersi, al riguardo, che l’esercizio del potere di grazia risponda a finalità essenzialmente umanitarie, da apprezzare in rapporto ad una serie di circostanze (non sempre astrattamente tipizzabili), inerenti alla persona del condannato o comunque involgenti apprezzamenti di carattere equitativo, idonee a giustificare l’adozione di un atto di clemenza individuale, il quale incide pur sempre sull’esecuzione di una pena validamente e definitivamente inflitta da un organo imparziale, il giudice, con le garanzie formali e sostanziali offerte dall’ordinamento del processo penale. La funzione della grazia è, dunque, in definitiva, quella di attuare i valori costituzionali, consacrati nel terzo comma dell’art. 27 Cost., garantendo soprattutto il «senso di umanità», cui devono ispirarsi tutte le pene, e ciò anche nella prospettiva di assicurare il pieno rispetto del principio desumibile dall’art. 2 Cost., non senza trascurare il profilo di «rieducazione» proprio della pena”.

⁶ La Corte nulla dice sul profilo della responsabilità presidenziale, mentre pochissimo afferma rispetto a quella ministeriale. Nel *Considerato in diritto*, paragrafo 7.2.5, si trova l’unico cenno: “Ciò significa che, a fronte della determinazione presidenziale favorevole alla adozione dell’atto di clemenza, la controfirma del decreto concessorio, da parte del Ministro della giustizia, costituisce l’atto con il quale il Ministro si limita ad attestare la completezza e la regolarità dell’istruttoria e del procedimento seguito. Da ciò consegue anche che l’assunzione della responsabilità politica e giuridica del Ministro controfirmante, a norma dell’art. 89 della Costituzione, trova il suo naturale limite nel livello di partecipazione del medesimo al procedimento di concessione dell’atto di clemenza”.

la grazia può anche contribuire al soddisfacimento di interessi di natura umanitaria, ma il punto è che questi sono solo *alcuni* tra gli scopi che tale istituto può contribuire a perseguire. Volverne invece fare gli unici scopi contrasta con la libertà nei fini che la grazia, atto politico per definizione, può perseguire. A meno che la Corte intendesse ridefinire, giurisprudenzialmente, l'appartenenza della grazia agli atti politici. Non vi è traccia nella sentenza di alcun esplicito ragionamento in tale direzione, anche se si possono individuare talune tracce, soprattutto per quanto riguarda il nuovissimo obbligo di motivazione in capo al Presidente nel caso in cui disattenda il parere contrario del Ministro. Non era anche l'assenza di qualsiasi obbligo di motivazione a connaturare la libertà nei fini tipica di ogni atto politico, tra cui la grazia? Su questo aspetto, in ogni caso, si tornerà in chiusura.

Allo stesso modo, rimanendo alle principali critiche alla sentenza della Corte, questa volta con riferimento all'organo titolare della decisione finale, la soluzione prospettata dal giudice delle leggi non era certo l'unica possibile. Si sarebbe potuto decidere diversamente senza modificare la premessa maggiore del ragionamento sul senso eminentemente umanitario della grazia. Le soluzioni alternative erano essenzialmente due. In primo luogo, si potevano lasciare parificate nella decisione finale la posizione del Presidente e quella del Ministro, obbligandoli ad una soluzione, formalmente, concorde⁷. A discapito della trasparenza, della chiarezza, si sarebbe salvata almeno la forma.

In secondo luogo, nulla avrebbe impedito alla Corte di giungere alla soluzione anche radicalmente opposta rispetto a quella presa. Si noti, differente soluzione perfettamente conforme a Costituzione. Una volta ridefinito il senso costituzionale della grazia in termini umanitari, per quale motivo il Presidente e non il Ministro avrebbe potuto garantirne attuazione? Se le decisioni della Corte sono vincolanti per tutti gli organi costituzionali, perché non sarebbe stato possibile immaginare un cambio di politica da parte del Ministro? Cosa realmente garantiva che *solo* il Presidente avrebbe potuto dare seguito alla decisione della Corte? A fronte del suo essere rappresentante dell'unità nazionale, vi era pur sempre l'impossibilità di attivare, nei suoi confronti, gli strumenti che invece si sarebbero potuti utilizzare nei confronti del Ministro, sempre nell'ipotesi che avesse disatteso la pronuncia della Corte⁸.

⁷ Salvando pertanto il principio in base al quale a ogni potere deve corrispondere una responsabilità, sul quale ha insistito sin da subito T. F. GIUPPONI, *Potere di grazia e controfirma ministeriale: là dove (non) c'è la responsabilità, là c'è il potere...*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 luglio 2006.

⁸ Molto esplicito, nel senso dell'attribuzione ministeriale, è G. GEMMA, *Grazia e rieducazione del condannato: una dissenting opinion*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 luglio 2006, il quale comunque non nega un qualche margine di intervento del Presidente per evitare atti di ingiusto favoritismo, fermo restando la possibilità di intervenire per tenere sotto controllo quantitativo le clemenze individuali ministeriali.

3. Un primo completamento della sentenza del 2006

Vi è però da dire che uno degli assi portanti della decisione del 2006, quello in base al quale il potere di grazia, come riformulato, andava attribuito, quanto a decisione finale, al Presidente e non al Ministro e questo perché il primo e non il secondo rappresentava un potere non politico, neutro, ha trovato un'ulteriore e più dettagliata specificazione nella giurisprudenza costituzionale successiva.

Ci si riferisce, evidentemente, alla sentenza 15 gennaio 2013, n. 1, in materia di intercettazioni telefoniche, che ha risolto il conflitto di attribuzione (ancora una volta) sollevato dal Presidente della Repubblica questa volta verso la Procura della Repubblica di Palermo. Questa sentenza, non meno commentata di quella del 2006, ha, da un certo punto di vista, portato a compimento la ricostruzione del ruolo presidenziale iniziata in materia di potere di grazia. La conclusione raggiunta per quanto riguarda la (immediata) distruzione delle intercettazioni telefoniche, senza possibilità di attivazione della procedura camerale "partecipata", si basa infatti sulla necessità di garantire l'autonomia e l'indipendenza del Capo dello Stato, indispensabili per svolgere in modo neutrale le funzioni presidenziali. Da questo punto di vista, vi è perfetta sintonia tra le due decisioni. In entrambe, ha assunto un ruolo di particolare rilevanza la neutralità, non politicità, del ruolo del Capo dello Stato⁹.

Il che non significa che la tesi sostenuta dalla Corte prima nel 2006 e dopo nel 2013 sia convincente. Autorevolmente, a commento della sentenza in materia di grazia, si è detto che la Corte ha sposato una concezione mistica della figura presidenziale¹⁰. Su questo non si può che concordare, aggiungendo unicamente che nel 2013 di chiarezza la Corte ne ha fatta ben poca. Il giudice delle leggi, verrebbe da affermare, è stato "obbligato" a prendere una qualche posizione che, probabilmente, avrebbe preferito non prendere.

⁹ Per i primissimi commenti alla sentenza n. 1 del 2013, ai quali se ne sono aggiunti moltissimi, facendola diventare una decisione profondamente commentata come quella sulla grazia del 2006, si vedano gli articoli apparsi in *Quaderni costituzionali*, 1/2013, di R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, ivi, pp. 7 ss., O. CHES- SA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia. Il caso della sentenza n. 1 del 2013*, ivi, pp. 21 ss., A. D'ANDREA, *Questioni metodologiche e qualche rilievo a caldo sulla "Presidenza Napolitano"*, ivi, pp. 35 ss., C. FUSARO, *Il presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, ivi, pp. 47, D. GALLIANI, *Metodo di studio e "settennato" Napolitano*, ivi, pp. 61 ss., I. PELLIZZONE, *Il peso specifico della prassi nella configurazione delle attribuzioni presidenziali*, ivi, pp. 79 ss. e G. SCACCIA, *Il "settennato" Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva*, ivi, pp. 93 ss.

¹⁰ Cfr. L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo*, in *www.associazio- neitalianadeicostituzionalisti.it*, 28 novembre 2007

4. Il problema delle garanzie costituzionali

Ad ogni modo, scelta una strada, va dato atto al giudice delle leggi di averla perseguita fino in fondo. Una volta ridefinito il senso costituzionale della grazia, la Corte ne ha attribuito al Presidente e non al Ministro (e non a entrambi) la decisione finale poiché *veramente* ha ritenuto che il *solo* Presidente fosse in grado di perseguire scopi umanitari. Se anche le cose stessero in questo modo, le critiche rivolte alla sentenza del 2006, invece che smorzarsi, troverebbero nuova linfa.

È possibile sostenere che solo chi rappresenta l'unità nazionale sia in grado di valutare queste esigenze di tipo eminentemente umanitario? Per quale motivo non potrebbe farlo il Ministro? Per quale motivo non si sarebbe potuto lasciare alla collaborazione Presidente-Ministro la parola definitiva? Se, dopo la sentenza della Corte, la grazia non poteva più concedersi per scopi di deflazione penitenziaria, ma solo per motivi appunto umanitari, perché solo il Presidente-neutro e non il Ministro-politico avrebbe potuto garantire questo obiettivo? Al di là del fatto, ampiamente sottolineato in dottrina, che in ogni atto di grazia, ancorché umanitaria, vi è sempre uno scorcio di politica, essendo la scelta umanitaria essa stessa una scelta politica¹¹, il problema era (ed è) principalmente di garanzie di ordine costituzionale. Se è vero che "in entrata" il ruolo del Presidente, rispetto a quello del Ministro, si presenta tendenzialmente meglio in grado di garantire neutralità (dato che è eletto con una maggioranza più ampia di quella necessaria per la fiducia al Governo e dato che è il rappresentante dell'unità nazionale), non lo stesso si può dire "in uscita", appunto nel versante della garanzie costituzionalmente previste. Il Ministro, non il Presidente, può essere sfiduciato individualmente dal Parlamento. Il Ministro, non il Presidente, è comunque partecipe di un organo collegiale, il Consiglio dei Ministri, nel quale la sua posizione dovrà per definizione confrontarsi con quella di altri, almeno con quella del Presidente del Consiglio che dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. E' possibile che la messa in stato di accusa possa bastare in termini di garanzie costituzionali?

Non varrebbe sostenere che esiste la responsabilità politica di tipo diffuso e questo poiché, senza considerarne l'effettivo impatto in termini di garanzia, che non si vuole sottovalutare (ma nemmeno sopravvalutare), certo è che anche il Ministro, al pari del Presidente, può dirsi responsabile in senso

¹¹ Vero che in ogni atto umanitario è contenuto anche un "nocciolo" di politica, resta il fatto che, al di là dei casi riguardanti problemi più specificatamente di salute (per i quali, in effetti, la grazia potrebbe anche dirsi superflua date le diverse possibilità di intervento da parte dei giudici, che spesso, però, inciampano in talune opere di bilanciamento discutibili, ad esempio tra la salute di una persona praticamente in stato vegetativo e la sicurezza pubblica), risulta pressoché impossibile, concretamente, distinguere gli ipotetici motivi a base della clemenza individuale, come dimostra il caso Sofri, sul quale v. N. ZANON, *Un'opinione (vagamente) dissenziente sul potere di grazia*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2004, pp. 601 ss.

diffuso. Le critiche possono ipoteticamente condurre alle dimissioni tanto dell'uno quanto dell'altro.

5. Il diritto di chiedere la grazia secondo il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966

Sottolineati questi aspetti, quello che qui si vuole prospettare è un diverso modo di leggere la parte della sentenza del 2006 riguardante la riscrittura del potere di grazia¹². Si ripete quanto già affermato in apertura. Quanto si argomenterà al massimo potrà servire per inquadrare quella sentenza in un contesto più ampio, non invece per diminuirne la problematicità. Se si osservano alcuni sviluppi del diritto internazionale e della giurisprudenza convenzionale in materia di grazia, in effetti, si potrebbe anche giungere a leggere la sentenza della Corte in una luce in parte differente, estraendola dal caso specifico, per inserirla in un contesto più generale.

Per quanto riguarda il diritto internazionale, il riferimento ancora oggi più importante rispetto al potere di grazia è contenuto nel Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966, il cui articolo 6, paragrafo 4, dispone:

“Anyone sentenced to death *shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence*”.

Questa disposizione – giuridicamente vincolante per gli Stati che hanno sottoscritto e ratificato il Patto, tra i quali l'Italia – appare di particolare rilevanza. Non dispiega i suoi effetti solo nei confronti degli Stati che mantengono la pena di morte. Indica a tutti, nessuno escluso, che esiste un vero e proprio diritto di chiedere la grazia. Letteralmente, la disposizione è inequivoca: “ogni condannato a morte *deve avere il diritto di chiedere la grazia*”.

Come tutti i trattati internazionali, anche il Patto del 1966 è frutto di complicati e laboriosi compromessi. E' agevole comprendere l'origine della disposizione sopra riportata. A fronte di un numero cospicuo di Paesi che si dichiaravano indisponibili a modificare la propria posizione (e legislazione) in materia di pena di morte, si è scelto di prevedere, *almeno*, il diritto di chiedere la grazia in capo ai condannati a morte. Compresa l'impraticabilità di una posizione più radicale, i sottoscrittori del Patto concordarono tutti sulla necessità di garantire *almeno* il diritto di poter chiedere la grazia.

Si trattò, in effetti, di un passo importante, ancorché insufficiente, nella direzione abolizionista. Perché? Il diritto di poter chiedere la grazia non cambia

¹² Usano il termine “riscrittura” nell'analisi della decisione della Corte costituzionale del 2006, in particolare, V. LIPPOLIS, G. M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, il Mulino, Bologna, 20013, p. 117.

la questione: almeno per chi è contrario, poco conta la grazia; che ci si sia o no, nulla cambia circa la necessità di abolire la pena capitale. Tuttavia, quella previsione ha il merito di tentare, da un certo punto di vista, di “umanizzare” la pena capitale, quanto meno di renderla una pena sempre più “individualizzata”¹³.

Questa sensazione è confermata dal fatto che nel Patto del 1966 è invece categoricamente esclusa la possibilità, per gli Stati sottoscrittori e firmatari, di irrogare la pena capitale nei confronti dei minorenni e di eseguirla nei confronti delle donne in stato di gravidanza, come dispone il paragrafo 5 dello stesso articolo 6. Ancora una volta, se la pena di morte è una pena in sé contraria al senso di umanità, lo diverrebbe ancora di più nel momento in cui fosse irrogata nei confronti di un minore e nel caso in cui si procedesse all'esecuzione di una donna in stato di gravidanza. Anche in questo caso, pertanto, il Patto del 1966 sembra voler garantire una sorta di “minima” umanità alla pena di morte: non è vietato prevederla ed eseguirla, lo è invece se i destinatari sono esseri umani particolarmente fragili.

Il diritto internazionale non è l'ambito più appropriato per prevedere disposizioni giuridicamente vincolanti in materia di potere di grazia. Gli sviluppi dello stesso diritto internazionale sono d'altro canto meno facili da prevedere di quanto avviene a livello di diritto interno. Tanto è vero che, più di recente, è alquanto dibattuta una questione che potrebbe condurre ad esiti anche opposti rispetto a quelli appena accennati. Si discute se, a fronte di determinati crimini internazionali, come il genocidio, non si sia formata una consuetudine internazionale nel senso di escludere la possibilità di utilizzare il potere di grazia. La risposta prevalente è che ancora siffatta consuetudine non si è affermata, ma in ogni caso resta vero che taluni “principi” del diritto internazionale possono cambiare radicalmente anche in tempi brevi. Di conseguenza, è opportuno adottare un atteggiamento particolarmente prudente.

Ma anche in questo caso, ferma la specificità della previsione in materia di grazia contenuta nel Patto del 1966, riguardante i *solì* condannati a morte, appare interessante accostare la decisione della Corte costituzionale italiana del 2006 a quella previsione, almeno al senso più complessivo che quella disposizione sembra incarnare.

¹³ Andando anche oltre rispetto a quanto hanno deciso i giudici, fermo restando che non mancano sistemi nei quali (compresi gli Stati Uniti fino a poco tempo fa) la pena di morte è una pena *mandatory*, obbligatoria, con la conseguenza che lo spazio dei giudici è praticamente inesistente. Vale la pena ricordare che negli Stati Uniti, uno dei pochi paesi *democratici* a mantenere la pena di morte, la Corte Suprema solamente nel 1976 (!) ha dichiarato incostituzionale, in *Robert vs. Louisiana*, 428 U.S. 326 (1976), la pena capitale *mandatory*, ossia obbligatoria. A fronte di determinati reati, peraltro tra di loro anche molto differenti, una volta riconosciuta la colpevolezza (...da parte della giuria), non vi era altra possibilità se non la pena capitale. Allo stesso modo, non appare di poco conto rimarcare che quella decisione fu presa 5 vs 4 e che in *dissenting* ci fu anche il *Chief Justice*. Sia concesso il rinvio a D. GALLIANI, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Cittadella, Assisi, 2012, pp. 92 ss.

Non si tratta di una sorta di quarto grado di giudizio. E' però vero che la grazia, intesa in quel modo, come vero e proprio diritto (... non di ottenerla, ma di chiederla), finisce per diventare parte integrante di quel progressivo e non del tutto portato a compimento processo di individualizzazione, di specificazione e di conseguenza di umanizzazione delle pene, indiscusso principio presente sicuramente da tempo anche nel diritto internazionale.

Un parallelo appare lecito rispetto alla decisione della Corte costituzionale italiana. Nella nuova configurazione del senso costituzionale della grazia, un istituto che deve perseguire ora fini essenzialmente ed eminentemente umanitari, la Corte altro non fa che implementare, per differenti ed inedite vie, il disegno costituzionale sulla pena rieducativa e non contraria al senso di umanità, se si vuole, aggiungendo anche un "tassello" politico-istituzionale, costituito dall'intervento del Capo dello Stato. Il Capo dello Stato non si sostituisce ai giudici, questo è evidente. Lo stesso varrebbe in ipotesi nei confronti del Ministro. Ed è anche evidente che, comunque intesa, la grazia in sé resta un istituto problematico, specialmente rispetto al principio di eguaglianza e a quello di legalità.

È però vero che la Corte costituzionale italiana ha anche voluto garantire la massima possibilità di attuazione delle previsioni costituzionali in materia di umanità delle pene. Si ripete, qui non si sta discutendo del problema di chi sia l'organo più in grado di garantire il nuovo senso della grazia. In discussione è questo nuovo senso. Che, forse, potrebbe apparire più ragionevole se paragonato agli sviluppi del diritto internazionale raggiunti con il Patto del 1966, che addirittura, pur in determinati casi, fa della grazia un vero e proprio diritto, sempre in riferimento, ovviamente, non al suo ottenimento ma alla possibilità di domandarla. E questo perché l'individualizzazione della pena è un principio oramai a valenza internazionale, come lo è quello conseguente e interrelato della sua umanizzazione¹⁴.

Da taluni si potrebbe obiettare, non senza ragione, che il nuovo senso del potere di grazia poco aggiunge all'umanità delle pene, che sarebbe in ogni caso garantita dal giudice tanto in fase di irrogazione della pena quanto in fase esecutiva. Allo stesso modo, anche il legislatore sarebbe vincolato all'os-

¹⁴ Si potrebbe obiettare che non esistendo alcun dovere di concederla, di conseguenza, non esisterebbe nemmeno alcun diritto di domandarla. Si tratta però di una tesi non persuasiva. Il Patto del 1966 non dice che ogni ordinamento deve prevedere un organo che deve valutare e nel caso concedere la grazia, dice, invertendo i termini, che ogni persona, nel caso di specie ogni condannato a morte, deve avere il diritto di chiedere la grazia. Il che significa che si tratta di un vero e proprio diritto, indipendentemente dalla decisione in sé. Non conta questa, conta la possibilità che ciascuna persona (condannata a morte) possa almeno domandare la grazia. D'altro canto, su 193 Stati membri delle Nazioni Unite, solo sette non hanno alcuna previsione costituzionale né in materia di grazia né in materia di amnistia. Si veda sul punto il più importante database al mondo sulla grazia, curato da Louise Mallinder dell'Università dell'Ulster (www.incore.ulst.ac.uk/Amnesty/).

servanza del principio (costituzionale) di umanità delle pene. Cosa aggiungerebbe pertanto l'intervento per fini umanitari del Capo dello Stato?

È vero, non ci sono dubbi. Almeno nell'ordinamento italiano, è il giudice a dover valutare l'individualizzazione e l'umanizzazione della pena. Resta però che, nell'attuazione delle previsioni costituzionali in materia, se la Corte decide di ritagliare un ruolo anche a un organo diverso dal giudice (nel caso di specie il Capo dello Stato, ma in ipotesi potevano essere il Capo dello Stato e il Ministro o anche solo il Ministro) non si dovrebbe gridare allo scandalo. Se si ritiene che la Corte abbia adottato una soluzione non condivisibile, nulla cambierebbe quanto a umanità delle pene. Se si reputa la decisione della Corte corretta, è allora immaginabile qualche possibilità ulteriore affinché la realtà concreta corrisponda sempre più al dettato costituzionale. Quanto al legislatore, al di là della valenza umanitaria o politica della grazia, è tenuto a garantire in ogni caso i diritti dei detenuti, l'umanità delle pene.

6. La grazia secondo i giudici di Strasburgo

Si potrebbero avanzare argomentazioni in parte simili a quelle appena esposte anche in riferimento alla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo riguardante il significato del potere di grazia. L'impressione che se ne trae è quella di una nuova valorizzazione di un istituto, la grazia, che, comunque, va osservato, non sembra essere giunta ancora ad una compiuta maturazione. E' come se fosse da poco iniziata una sua seconda giovinezza, non tanto rispetto al concreto utilizzo, quanto soprattutto per la sua valenza di ordine teorico-concettuale.

Per la giurisprudenza convenzionale, almeno fino al 2013, la grazia era un istituto di fondamentale importanza poiché permetteva di considerare la pena dell'ergastolo non in contrasto con l'articolo 3 della Convenzione, che come noto vieta le pene inumane e degradanti. L'argomentazione utilizzata dai giudici di Strasburgo era in sintesi la seguente. Per essere compatibile con l'articolo 3 della Convenzione, la pena perpetua deve risultare *de jure e de facto* riducibile. Era proprio la grazia che, in taluni ordinamenti degli Stati del Consiglio d'Europa, permetteva di considerare la pena dell'ergastolo *de jure* riducibile.

Il *leading case* in materia è rappresentato da *Kafkaris v. Cipro*, deciso dalla Grande Camera il 12 febbraio 2008. Nell'ordinamento cipriota, non essendo allora disciplinata e quindi prevista la liberazione condizionale, l'unica possibilità che gli ergastolani avevano di uscire anticipatamente dal carcere (prima di uscirne da morti) era data dalla possibilità che il Capo dello Stato aveva di concedere la grazia. Le argomentazioni avanzate dalla parte ricorrente erano tutte molto valide, ad incominciare dal fatto che, in questo modo, la speranza del detenuto ergastolano cipriota era nelle sole mani di un orga-

no, il Capo dello Stato, senza alcun dubbio politico (tra le altre cose, era ed è eletto direttamente). La Corte diede torto al ricorrente e nella sua decisione rilevò che per ritenere riducibile l'ergastolo, quindi non in contrasto con la Convenzione, era sufficiente la mera previsione del potere di grazia, in base al quale *de jure* era pur sempre possibile considerare non perpetuo l'ergastolo. Aggiunse, la Corte, che, nel caso di specie, oltre alla riducibilità *de jure*, era dimostrabile anche quella *de facto*, visto che nel corso del tempo il Capo dello Stato cipriota aveva graziato diversi ergastolani.

Si trattò di una decisione che fece molto discutere¹⁵. Quello che ad ogni modo qui interessa è che, per i giudici di Strasburgo, la grazia era un istituto *addirittura* in grado di rendere *de jure* riducibile la pena dell'ergastolo. E' un aspetto particolarmente significativo.

Basti riflettere sul fatto che, nell'ordinamento italiano, prima del 1962 – anno nel quale il diritto di chiedere la liberazione condizionale è stato esteso anche agli ergastolani – la Corte di Cassazione, con una decisione resa a Sezione Unite il 16 giugno del 1956, ritenne manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo richiamandosi *non solo* alla possibile concessione della grazia. La Corte di Cassazione invocò anche altri aspetti, come la teoria polifunzionale della pena, la rieducazione interiore del detenuto, l'interpretazione letterale dell'art. 27, comma 4, della Costituzione (che vieta la *sola* pena di morte) e infine appunto la grazia¹⁶. Per il giudice di Strasburgo, invece, l'argomento è per così dire unico. La grazia da sola basta per ritenere l'ergastolo una pena non perpetua, poiché *de jure* riducibile.

Siffatto orientamento dei giudici di Strasburgo, che finiva per attribuire un significativo valore all'istituto della grazia, è stato più di recente sottoposto ad un severo ripensamento.

Con il caso *Vinter e altri v. Regno Unito*, deciso dalla Grande Camera il 9 luglio 2013, i giudici di Strasburgo mutano il parametro in base al quale valutare la convenzionalità della pena dell'ergastolo. Il condannato deve sapere, *sin dal momento della sentenza di condanna*, come comportarsi per aspirare un giorno (anche lontano) alla liberazione anticipata. Il parametro è di nuovo

¹⁵ Sia concesso il rinvio, per una più ampia esposizione del caso, a D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2013, in specie, pp. 4 ss.

¹⁶ Il commento più incisivo alla decisione della Cassazione fu di P. CALAMANDREI, *Sulla nozione di "manifesta infondatezza"*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/1955, pp. 11 ss., il quale, oltre a criticare la "sostituzione" della Cassazione alla Corte costituzionale, disse molto chiaramente che l'ergastolo non poteva ritenersi costituzionalmente compatibile per il solo fatto che con la grazia poteva dirsi non più perpetuo. Un ragionamento, quello di Calamandrei, che purtroppo è ancora oggi molto utilizzato, anche dalle Corti costituzionali, che si ostinano a ritenere non incostituzionale una pena perpetua per il fatto che possa diventare non più perpetua, anche se il riferimento non è "quasi" più alla grazia, ma alla possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione.

conio. La grazia, a questo punto, ne esce ridimensionata, giacché il detenuto ergastolano non è in grado di sapere come comportarsi se l'unica possibilità di uscire anticipatamente dal carcere è il potere di clemenza individuale. Data la sua natura discrezionale, anche se il detenuto ha dato effettiva prova di rieducazione, anche se ha trascorso decenni in carcere, la valutazione ultima, in caso negativa, può dipendere da circostanze non precedentemente pre-determinabili. Come ad esempio valutazioni di ordine politico-elettorale, l'opinione dei parenti della vittima e altre circostanze non chiaramente indicate all'ergastolano sin dal momento della condanna¹⁷.

Il seguito giurisprudenziale della sentenza *Vinter* è stato particolarmente interessante. In ben quattro casi successivi, la Corte di Strasburgo ha valutato contrario alla Convenzione, in particolare all'articolo 3, il *Life Imprisonment Without Parole*, ossia l'ergastolo senza possibilità di accedere alla condizionale (quello che esisteva come detto in Italia prima del 1962). Grazie ai casi *Öcalan v. Turchia* (numero 2), *Magyar v. Ungheria*, *Harachiev e Tolumov v. Bulgaria* e *Trabelsi v. Belgio*, tutti definitivi e decisi nel 2014, si può sostenere che a Strasburgo si è formata una giurisprudenza "consolidata" in base alla quale, laddove un ordinamento prevede l'ergastolo senza condizionale, vi è *comunque* violazione dell'articolo 3 della Convenzione anche se è previsto il potere di grazia.

Un recentissimo caso ha confermato questa giurisprudenza consolidata. Si tratta di *Kaytan v. Turchia*, deciso dalla Seconda Sezione della Corte il 15 settembre 2015. Ancora una volta, la conclusione è chiarissima. In Turchia esiste (ancora) la pena dell'ergastolo senza condizionale ed esiste egualmente il potere di grazia: per la Corte di Strasburgo, il secondo non è più in grado di "salvare" il primo dalla inconvenzionalità.

7. Una rinnovata importanza della grazia per la Corte di Strasburgo

In questo percorso giurisprudenziale consolidato intrapreso dai giudici di Strasburgo, in effetti, quello che sembrerebbe apparire a prima vista non è certo congeniale all'argomentazione che si è in precedenza avanzata in merito ad un nuovo senso della grazia se calata nel contesto più generale del diritto internazionale.

¹⁷ Nel caso di specie, in discussione non era il potere di grazia, ma la possibilità di determinare la liberazione anticipata nelle mani del Ministro, prevista nel Regno Unito come unica possibilità in determinati tipi di ergastolo, quelli per i quali non si fissa alcuna "tariffa", ossia il tempo trascorso il quale è possibile domandare al *Parole Board* la scarcerazione anticipata. Ancorché l'organo titolare dell'ultima parola, nel caso di specie, non era il Capo dello Stato ma il Ministro, le argomentazioni della Corte sicuramente travalicano il caso di specie. Sia concesso, per il commento della fondamentale decisione del 2013, il rinvio a D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, cit., in specie, pp. 8 ss.

La nuova giurisprudenza di Strasburgo ha nettamente superato la precedente. Solo quest'ultima attribuiva un particolare significato alla grazia. La nuova, invece, ne ridimensiona l'importanza. La grazia prima "salvava" l'ergastolo senza condizionale dalla violazione della Convenzione, ora non basta più.

È opportuno, non di meno, rimarcare un aspetto. Se l'insegnamento che è lecito trarre dalla nuova giurisprudenza post *Vinter* è nel senso di non considerare di fondamentale importanza la grazia ai fini della convenzionalità dell'ergastolo, è però pur sempre vero che in una delle decisioni sopra riportare, nello specifico *Harachiev e Tolumov v. Bulgaria*, della Quarta Sezione, presa l'8 luglio 2014, la Corte di Strasburgo è stata obbligata a spendere qualche interessante e ulteriore riflessione proprio sul potere di grazia, che risulta di fondamentale interesse ai nostri fini.

In Bulgaria esisteva (ed esiste ancora) il *Life Imprisonment Without Parole*, introdotto nel 1998 contestualmente all'abolizione della pena di morte. L'unica possibilità che gli ergastolani avevano era il potere di grazia del Capo dello Stato. La Corte di Strasburgo, come anticipato, giudica il sistema bulgaro in violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Non di meno, rileggendo la lunga sentenza, si comprende che, sebbene il dispositivo finale dichiara la violazione della Convenzione, in realtà, per la Corte, si tratta di una violazione per così dire "a metà".

Questo perché era accaduto che sul potere di grazia si fosse espressa, nel 2012, la Corte costituzionale bulgara. La Corte di Strasburgo non può fare a meno di rilevare che, dopo questa decisione della Corte costituzionale bulgara, il potere di grazia aveva assunto una nuova e differente configurazione rispetto al periodo precedente e che, di conseguenza, poteva anche essere considerato sufficiente per ritenere il sistema bulgaro non in violazione della Convenzione.

Nella sentenza della Corte costituzionale bulgara si compieva lo stesso passo fatto dalla Corte costituzionale italiana nel 2006. Con maggiori argomentazioni, scendendo più nel dettaglio, il risultato è però il medesimo. Nella decisione della Corte costituzionale bulgara, infatti, si definiscono gli scopi del potere di grazia e si argomenta che il suo uso non deve essere arbitrario. Con la grazia, si sostiene, si perseguono scopi di equità, umanità, compassione, indulgenza (*mercy*), tenendo anche in considerazione le condizioni di salute e familiari del condannato, nonché ogni positivo cambiamento nella sua personalità. Non solo. Nonostante il Capo dello Stato bulgaro non fosse obbligato a fornire alcuna motivazione delle sue decisioni in materia di grazia, egli era comunque tenuto a fornire una sorta di linee guida e di criteri ai quali si sarebbe attenuto nel corso del mandato. Non erano vincolanti, tuttavia si trattava di un adempimento che contribuiva a rendere più trasparente il procedimento. Infine, la Corte costituzionale bulgara sostenne esplicitamente che, in ogni caso, l'uso del potere di grazia da parte del Capo

dello Stato era soggetto ad una *judicial review sui generis*: se il Capo dello Stato avesse adoperato la grazia in senso difforme rispetto a quanto stabilito dalla Corte costituzionale, nulla escludeva un possibile intervento ... della stessa Corte costituzionale.

E la Corte di Strasburgo, a fronte di questa decisione del 2012 della Corte costituzionale bulgara, si dichiara soddisfatta. Dato che non spetta ai giudici di Strasburgo prescrivere il modo tramite il quale l'ergastolo può dirsi ridicibile, essendo questa scelta lasciata al margine di apprezzamento statale¹⁸, il sistema bulgaro, dopo il 2012, non viola la Convenzione poiché l'ergastolo, se quelle erano le premesse poste dalla Corte costituzionale, poteva definirsi non solo *de jure* ma anche *de facto* ridicibile. Siccome la sentenza definitiva di condanna nel caso di specie era del 2004, la conclusione cui si giunge, leggendo in modo parallelo il dispositivo e le argomentazioni dei giudici di Strasburgo, è che dal 2004 al 2012 il sistema bulgaro era in violazione dell'articolo 3, dopo no.

Quello che qui più interessa è ovviamente la riconsiderazione che la Corte costituzionale bulgara fa dell'ergastolo e l'accettazione di questa da parte della Corte di Strasburgo. Dato che i giudici costituzionali bulgari avevano sostenuto che con la grazia il Capo dello Stato doveva considerare diversi profili, tutti però riassumibili nel concetto di umanità delle pene, la Corte di Strasburgo, nel momento in cui si ritiene soddisfatta, è come se avallasse questa nuova interpretazione del potere di grazia. Se il Capo dello Stato è tenuto a valutare, in modo individualizzato, la reale concretezza della detenzione della persona, garantendone in definitiva l'umanità, ecco che per la Corte di Strasburgo il sistema può dirsi compatibile con la Convenzione, non viola l'articolo 3 sul divieto di pene inumane e degradanti.

8. La sentenza della Corte costituzionale in un contesto più generale

Se questo è ciò che si può trarre dalla giurisprudenza di Strasburgo, si riesce forse a collocare in modo più preciso la decisione della Corte costituzionale italiana. Si sta assistendo, nel diritto internazionale e in parte anche nella giurisprudenza convenzionale, a una sorta di rivalutazione della grazia proprio come ultimo strumento a disposizione dell'ordinamento per garan-

¹⁸ Questo è un aspetto molto dibattuto, poiché sembrerebbe smentire proprio *Vinter* che in parte la decisione in commento invece conferma. In effetti, vi è stato un passo indietro rispetto a *Vinter* anche con *Hutchinson v. Regno Unito*, Quarta Sezione, 3 febbraio 2015, il cui *referral* in Grande Camera è stato accettato e fissato per il 21 ottobre 2015. Di particolare rilevanza, per la questione del margine di apprezzamento statale nel decidere come rendere *de jure* ridicibile l'ergastolo, oltre all'articolo 3 della Convenzione, ha assunto e probabilmente assumerà sempre più valore anche l'art. 5, § 4, della Convenzione.

tire l'individualizzazione e l'umanità del trattamento penitenziario. Una riscrittura del potere di grazia tuttora in corso.

Per trarre qualche considerazione conclusiva. Se la sentenza della Corte costituzionale italiana del 2006 ha sorpreso molti, scontentando i più, vale la pena di considerare che non si è trattato di una monade assolutamente isolata dal contesto più generale. Senza per forza ritornare sull'argomento del dialogo tra le Corti, un dato certo è che non è più possibile in generale – e nello specifico nel caso che interessa – isolare una decisione giurisprudenziale dalle altre, soprattutto se si tratta, da una parte, di decisioni di Corti costituzionali e, dall'altra, di importanti Corti sovranazionali, come è la Corte di Strasburgo. E' chiaro che le critiche rivolte alla decisione della nostra Corte costituzionale possono essere rivolte tali e quali alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sicuramente per quella precedente il 2013, ma anche per il caso particolare verso la Bulgaria del 2014. Su questo non ci sono dubbi. Il punto è che lo scenario più complessivo forse aiuta a inquadrare meglio proprio la sentenza della nostra Corte costituzionale. Non la giustifica, questo è il punto. Permette solo (che non è poco) di inquadrarla in un contesto più generale, che sembrerebbe dimostrare che la decisione della Corte italiana del 2006 non è stata affatto una scheggia impazzita, senza precedenti, completamente isolata.

9. L'obbligo parziale di motivazione in attesa di svolgimento

Con una particolarità che non dovrebbe sfuggire. A differenza di quella bulgara, la Corte costituzionale italiana, nella sentenza del 2006, ha coniato un nuovissimo obbligo di motivazione in capo al Presidente della Repubblica, nel caso in cui decidesse di discostarsi dalle conclusioni prospettategli dal Ministro della Giustizia. La grazia sembrerebbe rimanere un atto politico, ma questa caratteristica, che la contraddistingue e differenzia da altri atti, è come se si fosse per così dire relativizzata, dato che, nel caso di contrasto tra Presidente e Ministro, è vero che il primo può procedere in ogni caso, ma è altrettanto vero che per la Corte il Presidente è obbligato a motivare la sua decisione di procedere ulteriormente senza il consenso del Ministro. Non era l'assenza di qualsiasi obbligo di motivazione una caratteristica essenziale, verrebbe da dire definitiva, del potere di grazia e della sua politicità?

A conoscenza di chi scrive, questo originale e si ripete nuovissimo obbligo parziale di motivazione non ha ancora trovato concreta applicazione. Le (poche) grazie concesse dopo il 2006 non hanno mai avuto parere negativo da parte del Ministro. Bisognerà pertanto attendere qualche concreto esempio (in verità, non auspicabile) per valutare meglio questo singolare obbligo di motivazione¹⁹.

¹⁹ Che è stato paragonato a una sorta di obbligo di esternazione: cfr. M. SICLARI, *Alcuni interrogativi suscitati dalla sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2006, p. 3.

10. Un nuovo conflitto di attribuzione?

Quanto alla grazia per come è stata concessa dopo il 2006²⁰, è successo in alcuni casi quello che da molti era stato paventato, l'uso non solo per motivi umanitari della clemenza individuale²¹. Anche in tali casi, il Ministro non ha espresso parere negativo²². Se si verificasse che il Capo dello Stato decidesse di concedere una grazia per fini non umanitari e se *mai* un Ministro intendesse farsi portatore del *reasoning* della decisione della Corte del 2006, evenienza concreta la prima e molto meno la seconda, non si vede quale altra alternativa prospettare, se non un nuovo ricorso alla Corte. Tanto, oramai, un conflitto di attribuzione in più non fa la differenza...

²⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *La concessione della grazia (con particolare riferimento alla Presidenza Napolitano)*, in *Rivista AIC*, 1/2011, in particolare, pp. 13 ss.

²¹ Vi è poco da aggiungere a quanto sostenuto da G. SCACCIA, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, Mucchi, Modena, 2015, pp. 126 ss.

²² Al novembre 2015, l'ultima grazia concessa, quella ad Antonio Monella, non sembra corrispondere ai presupposti enunciati dalla Corte costituzionale, per la quale gli scopi eminentemente umanitari sono gli unici (e non alcuni) di quelli perseguibili con la clemenza individuale. In questo caso, come quello che ha visto coinvolto il colonnello Joseph Romano, non è in discussione l'opportunità, quanto la legittimità rispetto alla giurisprudenza costituzionale appunto difficilmente evidenziabile.

CONTROLLO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA IN SEDE DI PROMULGAZIONE E GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: NUOVI PUNTI DI CONTATTO ALLA LUCE DELLA PRASSI DELLE PROMULGAZIONI MOTIVATE

Irene Pellizzone*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le principali tesi sul rapporto tra controllo in sede di promulgazione e controllo di costituzionalità – 3. Classificazione della prassi delle promulgazioni motivate in base alle possibili interferenze col sindacato della Corte - 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Con queste riflessioni ci si intende soffermare sul ruolo indirettamente giocato dal Presidente della Repubblica “in” Corte costituzionale, in conseguenza della progressiva espansione, avvenuta in via di prassi, del potere presidenziale di controllo in sede promulgazione e, più specificamente, dell’affermarsi di un ruolo maggiormente “attivo” del Capo dello Stato in tale frangente, esercitato ricorrendo non tanto al potere di rinvio, quanto alla propria *auctoritas* ed a poteri di influenza, che da ultimo la sent. n. 1 del 2013 della Corte costituzionale ha valorizzato in modo particolare¹, con interventi di *moral suasion* oggetto di esternazioni o comunque resi pubblici dai mezzi di informazioni.

Di questo tipo di interventi è in qualche caso possibile trovare traccia nella giurisprudenza costituzionale (cfr. le sentt. n. 262 del 2009, 22 del 2012 e 32 del 2014).

Saranno oggetto di analisi, dunque, le problematiche interferenze del fenomeno, emerso anche all’esterno dei riservati canali di comunicazione tra istituzioni a partire dall’ultimo periodo di presidenza Ciampi², della “promulgazione con motivazione” del Capo dello Stato in comunicati o note pubblicati sul sito internet del Quirinale³, rispetto al giudizio di costituzio-

* Ricercatrice in diritto costituzionale all’Università degli Studi di Milano, Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale.

¹ V. il punto 8.3 del considerato in diritto, dove si afferma che un’attività informale di stimolo, moderazione e persuasione «costituisce il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana».

² Cfr. A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con “motivazione”... contraria?* (1 luglio 2002), in www.forumcostituzionale.it, sul primo caso, verificatosi durante la Presidenza Ciampi.

³ M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana*, Milano, 2012, 63 ss., 217 ss., 296 ss. 352 ss.;

nalità, che si acquisiscono quando il giudice costituzionale si pronuncia sulla legge oggetto delle esternazioni presidenziali a breve distanza dalla promulgazione medesima.

La prassi della promulgazione con motivazione ha aperto infatti interrogativi nuovi sul rapporto tra i due controlli, del Presidente e della Corte.

Alla promulgazione con motivazione si affiancano altri tipi di interventi, non meno rilevanti, con cui il Presidente ha espresso informalmente e riserватamente valutazioni critiche al Governo sul disegno di legge e poi le Camere le hanno recepite, almeno in parte, approvando emendamenti correttivi. La dottrina si è già soffermata sugli aspetti problematici di questa prassi, derivanti dalla incursione del Capo dello Stato nell'esercizio del potere legislativo, spettante alle Camere⁴. In questa sede, ci si propone di metterne in luce le eventuali ripercussioni sullo scrutinio di costituzionalità.

Ancora, va rilevato che, essendosi in via di prassi ampliato lo spettro dei motivi posti alla base dei rinvii⁵ ed essendo stata superata la tendenza che vedeva prevalere su un piano quantitativo le richieste di riesame basate sull'art. 81 Cost., è venuto meno un tratto distintivo del rinvio rispetto al giudizio della Corte⁶. Inoltre, i casi di rinvii motivati sulla base di principi costituzionali del tutto estranei e ulteriori all'art. 81 Cost. hanno consolidato l'idea che il controllo presidenziale sia esercitabile rispetto a tutti i parametri costituzionali, esattamente come quello del giudice costituzionale. Anche questa linea di evoluzione della prassi pare offrire interessanti spunti a chi si accosta al delicato tema delle interferenze tra controllo presidenziale e controllo di costituzionalità.

Su altro versante, pare importante tenere in considerazione anche che il ruolo della Corte costituzionale si è evoluto nel corso della storia repubblicana, consolidandosi e divenendo sempre più incisivo nell'ordinamento costituzionale. Da un lato, ha contribuito in tal senso il ricorso, da parte del giudice costituzionale, a strumenti decisori ulteriori a quelli previsti normativamente, cioè all'accoglimento o al rigetto "secchi": ci si riferisce naturalmente alle sentenze manipolative e quelle interpretative, così come alla modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze di accoglimento. Dall'altro lato, occorre ricordare che la Corte costituzionale ha interpretato il requisito

D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei New media. Spunti a partire dalla prassi del Presidente Napolitano*, in *Giur. cost.*, 2010, 1921 ss.; M. C. GRISOLIA, *Le esternazioni presidenziali*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1/ 2011, del 30.11.2010.

⁴ Cfr. per tutti A. PUGIOTTO, "Veto players" e dinamiche istituzionali nella vicenda del "lodo Maccanico", in *Quad. cost.*, 2004, 255 ss.; volendo, v. anche I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, 2011, 203 ss.

⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1670 ss.; S. CALZOLAIO, *Il rinvio delle leggi nella prassi*, in *Quad. cost.*, 2006, 885 ss.

⁶ Mette in luce la svolta della prassi S. CALZOLAIO, *Il rinvio delle leggi nella prassi*, cit., 882 ss.

della rilevanza della questione di costituzionalità in modo nuovo, spesso al fine di ridurre la presenza di zone franche dal sindacato di costituzionalità e, così, ha reso di fatto possibile l'accesso al sindacato di costituzionalità in casi prima inediti (si pensi, da ultimo, alla materia elettorale).

Infine, fattore rilevante è la tempistica con cui la Corte può vedersi arrivare questioni di costituzionalità rispetto al momento della promulgazione⁷. Infatti, se la pronuncia del giudice delle leggi arriva a breve distanza da quest'ultima, gli interrogativi sulla distinzione tra i due ruoli possono sorgere con maggiore forza ed evidenza. Questo perchè il mancato riscontro da parte del Presidente dei vizi della legge denunciati nell'ordinanza di rimessione potrebbe apparire come più difficilmente spiegabile, posto che, essendo il cammino compiuto dall'applicazione giurisprudenziale della legge molto breve, potrebbe apparire meno probabile che essa ponga in concreto problemi non prevedibili dal Capo dello Stato.

Obiettivo del lavoro è dunque verificare se gli elementi distintivi tra controllo di costituzionalità e controllo presidenziale che può dare adito all'esercizio del potere di cui all'art. 74 Cost. individuati dalla dottrina tengano nei casi in cui, più o meno a ridosso della promulgazione, il Presidente si è espresso sulle ragioni del mancato rinvio o della promulgazione o ha esercitato un'azione di *moral suasion* prima della promulgazione e, comunque, se l'attività del Presidente non possa sfociare in indebite interferenze nei poteri della Corte costituzionale. Allo stesso tempo, si verificherà se l'azione del Presidente non contribuisca piuttosto a rafforzare il ruolo di garante della Corte costituzionale, concorrendo, insieme ad altri fattori, come l'evoluzione del contesto politico, a "preparare il terreno" per l'affermarsi di una giurisprudenza più rigorosa una volta che la legge è entrata in vigore.

2. Le principali tesi sul rapporto tra controllo in sede di promulgazione e controllo di costituzionalità

Prima di entrare nel merito del problema, analizzando e distinguendo in categorie i casi verificatisi nella prassi, sembra opportuno compiere alcune brevi considerazioni introduttive sul rapporto tra controllo del Presidente

⁷ Avendo eliminato l'arretrato con lo smaltimento avvenuto negli anni 1987 – 1988, come osserva R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in M. LUCIANI – M. VOLPI (a cura di), *Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 328 ss., la Corte ha la possibilità di pronunciarsi "a caldo" sulle leggi, ovvero di sindacare della legittimità costituzionale di leggi appena approvate e promulgate. In seguito a ciò, si è avviata la terza fase del controllo di costituzionalità, che, in sintesi, per l'A. avrebbe avvicinato il controllo giuridico della Corte al controllo politico del Presidente. Sulle fasi dell'attività della Corte costituzionale cfr. per tutti F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 547 ss.

della Repubblica, esercitato in occasione dell'esercizio del potere di rinvio e di promulgazione, e controllo di legittimità della Corte costituzionale.

Come noto, ferme restando le note specificità del rinvio, dovute alle modalità del controllo presidenziale, intrise di valutazioni politico – istituzionali⁸, ed agli effetti della richiesta di riesame alle Camere, che vedono la posizione del Capo dello Stato per così dire recessiva rispetto a quella del Parlamento, la dottrina si è già ampiamente interrogata sulla possibile sovrapposizione dell'azione dei due organi, giungendo ad escludere che l'art. 74 Cost. dia vita ad un sistema di vaglio presidenziale capace di interferire inopportunamente col sindacato di costituzionalità.

Sinteticamente, ci si limita qui a ricordare le principali letture offerte al fine di coordinare l'azione dei due organi.

Una prima tesi fa leva sulla differenza tra controllo di merito del Presidente e vaglio giuridico di legittimità, valorizzando dunque il contenuto politico della richiesta presidenziale di riesame⁹.

Una diversa tesi, circoscrivendo maggiormente i motivi del rinvio, mette in luce la lontananza tra intervento del Presidente della Repubblica e intervento della Corte, il primo teso a garantire l'equilibrio istituzionale tra i poteri dello Stato, il secondo mirato ad annullare leggi in puntuale contrasto con norme della Costituzione, come dimostrerebbero le motivazioni dei messaggi di rinvio, quasi tutte incentrati su problematiche di sistema della legge, prevalentemente di natura istituzionale, anziché sul puntuale contrasto con singole norme della Costituzione¹⁰.

3. Classificazione della prassi delle promulgazioni motivate in base alle possibili interferenze col sindacato della Corte

Mentre, come si è detto, la dottrina ha trovato argomenti di vario genere per spiegare che la Corte non “contraddice” il Capo dello Stato quando annulla una legge da lui promulgata, la situazione si complica quando il Presidente pro-

⁸ In tema v. da ultimo R. ROMBOLI, *Il rinvio*, cit., 1965 e dottrina ivi citata.

⁹ La tesi del puro merito è stata sostenuta soprattutto nel periodo di prima applicazione del testo costituzionale. In ogni caso, l'estensione dei possibili motivi del rinvio a possibili questioni di merito è stata accompagnata dalla precisazione secondo cui le valutazioni del Presidente devono riguardare il buon funzionamento degli organi costituzionali e non devono favorire una parte politica, ma esprimere una visione imparziale. Cfr. P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 319 ss; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, II, 613, 705; *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 139 ss.; G. GUARINO, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 960 s.

¹⁰ R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, cit., 265 ss. e spec. 295 ss.; nello stesso senso M. LUCIANI, *Il rinvio presidenziale*, in *Il foro it.*, 2006, V, 6.

mulga con motivazione, rilevando l'assenza di vizi di legittimità costituzionale o illustrando come, anche se ha riscontrato qualche profilo di dubbia costituzionalità, sono prevalse sul rinvio le ragioni della conclusione dell'*iter legis*.

La prassi in materia può essere suddivisa in due macro – categorie¹¹, a seconda del contenuto della motivazione della promulgazione e, più specificamente, della gradazione (assenza di incostituzionalità manifesta piuttosto che presenza di vizi di costituzionalità tali da non giustificare il rinvio) e del tipo (problemi legati al procedimento legislativo o al contenuto della legge) dei vizi di costituzionalità emersi.

a) Il Presidente esprime valutazioni circa il contenuto della legge, escludendo “la non manifesta incostituzionalità” della stessa. Ciò è avvenuto in interviste, note, comunicati del Quirinale.

Rientra in questa categoria, ad esempio, l'episodio in cui il Presidente Ciampi, in risposta alla domanda di una studentessa italiana all' Humboldt Universität di Berlino circa le ragioni del mancato rinvio alle Camere della legge n. 140 del 2003 (il c. d. Lodo Schifani, sull'immunità delle più alte cariche dello Stato), ha affermato, una settimana dopo la promulgazione della legge, che il potere di rinvio di una legge può essere esercitato “solo in caso di manifesta non-costituzionalità di una norma”, ricordando che in caso di rinvio il “Parlamento può comunque riapprovar[e la legge] e in tale eventualità il presidente della Repubblica è tenuto a promulgarla”¹².

Può ricondursi a questa categoria anche il caso della legge n. 140 del 2008 sulle immunità delle più alte cariche dello Stato (c.d. Lodo Alfano)¹³, in quanto in questo episodio, in comunicati del Quirinale che avevano accompagnato la autorizzazione del disegno di legge e la promulgazione¹⁴, il Presidente Napolitano aveva rilevato come la legge non si ponesse in contrasto con specifici precedenti della Corte costituzionale.

¹¹ Per altre classificazioni, riferite a contesti più ampi, cfr. M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato*, Milano, 2012, 65 ss.; M. DOGLIANI, *Il «potere di esternazione» del Presidente della Repubblica*, in M. LUCIANI e M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 221 ss.; cfr. spec. 235 ss.

¹² La risposta del Presidente Ciampi è del 26 giugno 2003. L'esternazione del Presidente non è poi stata diffusa da alcun comunicato ufficiale, ma è stata riportata dai maggiori quotidiani del 27 giugno 2003, tra cui, ad esempio, *La Repubblica*.

¹³ Emblematico il caso di tale legge (legge 23 luglio 2008 n. 140, recante *Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato*) e della sentenza della Corte cost., 19 ottobre 2009, n. 262, che ne ha dichiarato incostituzionali le norme principali. Cfr. i comunicati del 2 e 23 luglio 2008 in www.quirinale.it. Sulla vicenda del Lodo Alfano e sul ruolo giocato dal Capo dello Stato cfr., in senso critico, G. AZZARITI, *Sospensione dei processi per le Alte cariche dello Stato e comunicati irrituali della Presidenza della Repubblica: «Su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere»*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁴ Cfr. le note del 2 e 23 luglio 2008. Le note e i comunicati citati di seguito sono tutti reperibili in www.quirinale.it.

Entrambe le leggi, approvate in un clima di elevatissima conflittualità tra maggioranza e opposizione¹⁵, sono state poi dichiarate incostituzionali con le sentt. n. 24 del 2004 e 262 del 2009, a circa un anno dalla loro promulgazione.

Nell'ultima pronuncia, specificamente, la Corte ha dovuto "fare i conti" con i due comunicati emessi dal Quirinale, che, come noto, si è limitata a citare per sottolineare come la legge oggetto del giudizio contenesse novità normative, quasi a sottintendere che il Presidente non avrebbe avuto comunque il materiale necessario per arrivare a riscontrare il vizio di costituzionalità¹⁶, mostrando dunque di aver preso in considerazione l'intervento presidenziale, ma sgombrando formalmente il campo da dubbi di divergenze col giudizio formulato dal Capo dello Stato¹⁷.

Non si può negare però come, ad una prima analisi, la sovrapposizione tra valutazioni del Presidente e controllo di costituzionalità vi sia stata e come, all'esito della vicenda, le posizioni dei due garanti si siano assestate su due posizioni diverse.

Certamente, occorre essere consapevoli che il Capo dello Stato si muoveva in un contesto molto delicato: come è stato notato, in quelle difficili circostanze un rinvio avrebbe acuito grandemente lo scontro politico, una semplice promulgazione avrebbe adombrato una sorta di rinuncia del Presidente alla sua funzione di garanzia, mentre la promulgazione motivata è parsa costituire un punto di equilibrio¹⁸.

Ancora, è quasi inutile mettere in luce che l'esito della vicenda dimostra che la Corte costituzionale, pur provando verosimilmente un certo imbarazzo, non si è sentita vincolata all'opinione del Presidente.

Infine, esaminando a fondo la questione di costituzionalità, emerge come la specifica affermazione compiuta dal Capo dello Stato, per cui era stato posto rimedio a puntuali vizi di costituzionalità rilevanti nel precedente della Corte, non sia stata smentita dalla sentenza.

¹⁵ Cfr. sul punto G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *Rivista AIC*, 1/2011 (15 dicembre 2010), 1 ss., per interessanti considerazioni sul rapporto tra uso del rinvio e sistema dei partiti.

¹⁶ Cfr. il punto 5 del considerato in diritto. "La disposizione presenta, invece, significative novità normative, [...] così mostrando di prendere in considerazione, sia pure parzialmente, la sentenza n. 24 del 2004. È, del resto, sul riconoscimento di tali novità che si basano le note del Presidente della Repubblica - richiamate dal rimettente e dalle parti - che hanno accompagnato sia l'autorizzazione alla presentazione alle Camere del disegno di legge in materia di processi penali alle alte cariche dello Stato sia la successiva promulgazione della legge".

¹⁷ V. la nota del 7 ottobre 2009, in cui dinanzi alle accuse mossegli dal Presidente del Consiglio Berlusconi il Presidente rivendica la sua assoluta imparzialità e lo spirito di "leale collaborazione" che lo guida nel proprio operato.

¹⁸ Giustifica le esternazioni presidenziali D. CHINNI, *Quirinale legge Alfano: riflessioni sulle esternazioni presidenziali*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008 - Atti del Seminario (Ferrara, 27 marzo 2009)*, Torino, 2009, 95 ss.

Tuttavia, non va trascurato che il Presidente della Repubblica, dopo la pronuncia di incostituzionalità, ha subito i contraccolpi della sovraesposizione avuta con la promulgazione motivata, subendo dirette critiche politiche a causa della “smentita” ricevuta dalla Corte costituzionale dal Presidente del Consiglio e dalla maggioranza che aveva approvato la legge¹⁹.

È necessario sottolineare al proposito che, nonostante ci possano essere varie ragioni a dimostrazione della non-contraddizione tra i due controlli, l'opinione pubblica non è in grado di tenere nella dovuta considerazione le distinzioni di carattere giuridico tra le due ipotesi di vaglio e, anche per questo, l'operato del Presidente rischia in maniera evidente di essere oggetto di strumentalizzazioni politiche, che minano l'autorevolezza e la necessaria immagine di imparzialità che deve connotare il Capo dello Stato²⁰. Per questo motivo, si auspica sommessamente che le promulgazioni motivate in modo siffatto non si ripetano nel futuro.

A questo proposito, vale la pena segnalare che il Presidente Mattarella, nei suoi primi mesi di presidenza, non ha mai ricorso a promulgazioni motivate e, più in generale, sembra avere improntato la sua Presidenza ad un limitato uso delle esternazioni²¹.

Può essere ricondotta a questa fattispecie anche la vicenda relativa alla legge 21 dicembre 2005, n. 270 in materia elettorale, che si distingue dai precedenti casi solo per la minor risonanza della esternazione presidenziale. Il Presidente Emerito Ciampi in una intervista²² ha ricordato che, tramite una telefonata, intercorsa tra l'allora Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio Letta e il Segretario generale della Presidenza della Repubblica Gifuni, il Segretario generale aveva comunicato al Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio alcune perplessità in ordine alla previsione di un premio di maggioranza nazionale per il Senato, che lo stesso Ciampi lascia intendere fosse manifestamente incostituzionale. Tali rilievi sarebbero poi stati accolti in sede di emendamento, dando vita ad una delle norme cadute sotto la scura della Corte a distanza di nove anni, nella sent. n. 1 del 2014.

Nonostante la decisione del giudice costituzionale abbia avuto notevoli ripercussioni politiche, ponendo problemi circa la legittimazione del Parlamento in carica, eletto con un sistema incostituzionale, forse per la distanza temporale della promulgazione e per la (relativamente) scarsa diffusione della notizia relativa al ruolo svolto nel 2005 dal Presidente Ciampi la pronun-

¹⁹ Il Presidente Napolitano, a seguito delle accuse del Presidente del Consiglio di avergli teso una trappola, ricorre ad un ulteriore comunicato per rimarcare di avere agito a tutela della Costituzione. Cfr. volendo I. PELLIZZONE, *Contributo*, cit., 230 s., per una ricostruzione della vicenda.

²⁰ Cfr. L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in Enc. dir., 242.

²¹ Si v. quanto auspicato da M. D'AMICO, *L'eredità (e la continuità) del Presidente della Repubblica*, in www.federalismi.it (4 febbraio 2015), 5 s. in riferimento alla Presidenza Mattarella.

²² Di M. BREDI, *Ciampi e l'accusa di Berlusconi – Gli evitai di consigliare cambi*, in *Corriere della sera*, 10 marzo 2007.

cia della Corte non è suonata come una smentita all'operato del Quirinale. Ciò non toglie, comunque, che l'intervento correttivo del Capo dello Stato, nonché la sua pubblicizzazione mediante l'intervista, sia oltremodo problematico, perché naturalmente, nonostante l'emendamento sia stato approvato dal Parlamento, la norma incostituzionale è stata il frutto di una iniziativa del Quirinale.

b) La seconda macro categoria di promulgazioni motivate si caratterizza perché il Quirinale caso non rileva l'assenza di vizi evidenti di incostituzionalità, bensì, all'opposto, denuncia la presenza di norme problematiche da un punto di vista costituzionale.

In altre parole, il Presidente rileva alcune criticità di ordine costituzionale nel contenuto della legge che di lì a poco promulga, giustificando agli occhi dell'opinione pubblica la scelta di non rinviarla (ad esempio perché il ritardo nell'entrata in vigore della legge stessa gli pare più problematico da un punto di vista costituzionale della entrata in vigore della legge viziata di costituzionalità).

Questo tipo di esternazioni supportano, evidentemente, quelle tesi che riconducono il controllo del Capo dello Stato ad un vaglio volto a tutelare l'equilibrio del sistema istituzionale delineato dalla Costituzione nel suo complesso, più che il rispetto di singoli parametri costituzionali²³.

In questo caso, l'aspetto singolare non risiede tanto nel mancato rinvio, che come noto ben può essere il frutto di una scelta discrezionale del Presidente, il quale è tenuto a valutare gli effetti sulla stabilità del sistema politico del ricorso all'art. 74 Cost.²⁴, bensì la scelta di rendere pubbliche le motivazioni della promulgazione.

Si può menzionare, per fare un esempio, la promulgazione del c.d. pacchetto sicurezza del 2009 (legge di conversione 15 luglio 2009, n. 94), in occasione della quale è stata pubblicata sul sito del Quirinale una lettera del Presidente Napolitano al Presidente del Consiglio, al Ministro della Giustizia e al Ministro dell'Interno che metteva in luce diversi problemi, legati all'abuso dell'art. 77 Cost., ma non solo²⁵.

Da rilevare che la legge in questione è stata più volte oggetto di dichiarazioni di incostituzionalità, anche a breve tempo dalla sua promulgazione²⁶, ma ciò non pare aver in alcun modo messo il mancato rinvio in discussione o

²³ Cfr. il par. precedente.

²⁴ V. per tutti L. PALADIN, *Presidente*, cit., 318.

²⁵ Cfr. il comunicato *Il Presidente Napolitano ha promulgato la legge recante "Disposizioni in materia di pubblica sicurezza e Il Presidente Napolitano promulga la legge sulla sicurezza e scrive al Presidente Berlusconi e ai Ministri Alfano e Maroni*, del 15 luglio 2009.

²⁶ Sentt. nn. 226 del 2010; 249 del 2010; 359 del 2010; 331 del 2011; 1 del 2012; 143 del 2013; 281 del 2013.

avere costituito una smentita della correttezza del controllo presidenziale da parte dell'altro garante della Costituzione. Come si è detto, distingue questo tipo di prassi da quella precedente e, probabilmente, ne riduce la portata problematica per l'equilibrato rapporto tra i controlli di Presidente e Corte, il fatto che i rilievi contenuti nella motivazione della promulgazione siano critici e non tendano, invece, ad escludere o superare la presenza di alcuni profili di incostituzionalità, come avviene nel caso *sub a*).

Rientrano in questa categoria anche le promulgazioni motivate con cui il Capo dello Stato ha stigmatizzato esclusivamente la cattiva tecnica legislativa usata da Governo e Parlamento, denunciandone la contiguità rispetto a vere e proprie violazioni della Costituzione, che meritano qualche considerazione a sè: emblematici gli interventi del Presidente Napolitano volti a denunciare abusi nel ricorso all'art. 77 Cost. e al procedimento di conversione in legge e, più precisamente, l'inserimento in sede di conversione di emendamenti eterogenei all'oggetto del decreto legge, approvati con il ricorso alla questione di fiducia²⁷. Il Capo dello Stato in questi casi, oltre a segnalare il problema di natura costituzionale, spiega perchè si è deciso a promulgare, ovvero per evitare la decadenza del decreto legge, ritenendo preferibile per il sistema costituzionale nel suo complesso dare stabilità alla normativa contenuta nell'atto avente forza di legge.

Si noti che il Presidente nei casi in esame non ravvisa solo un contrasto puntuale con l'art. 77 Cost., ma denuncia uno snaturamento del sistema delle fonti, dei rapporti tra Governo e Parlamento, nonché una menomazione del proprio controllo in sede di rinvio, dovuta alla mancanza di tempo per un riesame delle Camere²⁸.

Si tratta di una prassi molto significativa, perchè esprime una linea di tendenza del controllo presidenziale in sede di promulgazione.

Si ricordi, per inciso, che il contenuto dei messaggi posti a motivazione dei rinvii formali, così come dei comunicati a margine della promulgazione delle leggi pubblicati, si è progressivamente focalizzato, nel corso della storia repubblicana, su problematiche di legittimità costituzionale definibili di "logica

²⁷ Come si vedrà, in questo modo, il Capo dello Stato ha agito quale precursore della Corte costituzionale, che si è trovata in tempi piuttosto ravvicinati a valutare della conformità a Costituzione di tali cattive prassi.

²⁸ Cfr. ancora il comunicato *Il Presidente Napolitano ha promulgato la legge recante "Disposizioni in materia di pubblica sicurezza"*, cit.; v. anche la *Lettera del Presidente Napolitano al Presidente del Senato, Grasso e al Presidente della Camera, Boldrini* del 27 dicembre 2013 e la *Lettera del Presidente Napolitano ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio* del 23 febbraio 2012, in cui viene citata la sent. n. 22 del 2012 della Corte costituzionale nonché la n. 360 del 1996, e la *Lettera del Presidente Napolitano ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio* del 22 febbraio 2011, in cui invece viene menzionata la sent. n. 360 del 1996; v. anche *Il Presidente Napolitano promulga la legge sugli incentivi e scrive al Presidente Berlusconi e ai Presidenti Schifani e Fini*, 22 maggio 2010.

ordinamentale²⁹, strettamente legate anche al dettato dell'art. 15 della l. n. 400 del 1988 (tendenze in tal senso sono ravvisabili a partire dalla Scalfaro³⁰).

È bene segnalare che per un periodo non trascurabile i rilievi del Capo dello Stato sono rimasti inascoltati e le poco virtuose prassi degli emendamenti eterogenei rispetto al contenuto del decreto hanno proseguito ad essere poste in essere da Esecutivo e maggioranza parlamentare.

Le osservazioni del Capo dello Stato hanno però, via via, assunto toni più duri³¹, anche per l'accresciuta consapevolezza da parte del Quirinale della gravità dei vizi segnalati e della violazione degli artt. 70 e 77 Cost.

Ad esse ha fatto seguito, indirettamente, una evoluzione della giurisprudenza costituzionale, che sia pure dopo qualche tentennamento (cfr. la sent. n. 355 del 2010³²), è giunta sulle stesse posizioni del Presidente della Repubblica³³.

In particolare, come risaputo, nelle sentt. nn. 22 del 2012 e 32 del 2014, la Corte è giunta a dichiarare l'incostituzionalità di emendamenti eterogenei rispetto al contenuto del decreto legge inseriti in sede di conversione, per violazione dell'art. 77 Cost. Si noti che, con la sent. n. 22 del 2012, è caduta sotto la sfera della Corte proprio una legge di conversione rispetto a cui il Presidente Napolitano aveva manifestato le perplessità sopra descritte in sede di promulgazione (legge n. 10 del 2011, di conversione del decreto legge 225 del 2010, *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie*).

In entrambe le decisioni, comunque, è attribuito un ruolo ai comunicati di accompagnamento alla promulgazione di leggi di conversione, in cui il Capo dello Stato aveva denunciato i vizi di incostituzionalità rilevati rispetto all'art. 77 Cost., che il giudice costituzionale cita e valorizza nell'*iter* argomentativo.

Sembra importante richiamare a questo punto anche che la prassi dei rilievi presidenziali in sede di emanazione, e più precisamente relativa alla reiterazione dei decreti legge, dichiarata incostituzionale nella nota sent. n. 360 del 1996, perché anche in quel caso, forse non casualmente, l'intervento caducatorio della Corte, invocato da diverso tempo, è giunto in seguito ad un intervento in tal senso del Presidente Scalfaro³⁴.

²⁹ Per questa espressione v. M. C. GRISOLIA, *Il rinvio presidenziale delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1992, 221.

³⁰ Cfr. D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, 326 ss.

³¹ Giungendo quasi a "minacciare" il ricorso al rinvio (cfr. e la *Lettera del Presidente Napolitano ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio* del 23 febbraio 2012).

³² Cfr. in argomento P. CARNVALE – D. CHINNI, *C'è posta per tre. prime osservazioni a margine della lettera del presidente Napolitano inviata ai presidenti delle camere ed al presidente del consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto mille proroghe*, in *Rivista AIC*, 2/2011, 12 ss.

³³ Cfr. la ricostruzione di D. CHINNI, *Decretazione*, cit. 350 ss.

³⁴ Sulla vicenda v. R. ROMBOLI, *Presidente*, cit., 341 s.

Ciò posto, occorre domandarsi come questo tipo di rilievi in margine alla promulgazione, dettati dall'esigenza del Capo dello Stato di non rinunciare al proprio ruolo di garante, senza che questo comporti la decadenza del decreto legge, possa conciliarsi con i poteri di controllo della Corte.

La peculiarità di questa prassi risiede nella circostanza che simili vizi di costituzionalità sono dovuti ad una prassi distorsiva del sistema delle fonti e dell'assetto costituzionale dei poteri, purtroppo consolidatasi nel modo di legiferare adottato da Governo e Parlamento e ripetuta nel tempo e che essi non sono mai stati presi in considerazione dalla Corte³⁵. Il Presidente della Repubblica, date le circostanze, si fa dunque carico di denunciare, sia pure in modo informale e con modalità di intervento anomale dal punto di vista strettamente costituzionale, essendogli consentito solo di scegliere tra rinvio e promulgazione, gravi anomalie del procedimento legislativo, che hanno ricadute anche sul corretto riparto tra i poteri dello stato.

Con i suoi interventi informali, in cui ha potuto stigmatizzare in modo ricorrente vizi sistematicamente caratterizzanti le leggi di conversione, il Capo dello Stato ha per così dire spianato la strada per un atteggiamento maggiormente rigoroso della Corte costituzionale a tutela del sistema costituzionale delle fonti. Dunque, i suoi interventi non hanno interferito con i poteri del giudice delle leggi. Ci si può chiedere cosa sarebbe successo se, all'opposto, la Corte non avesse seguito l'interpretazione rigorosa del Presidente. Probabilmente, alla lunga, un problema di raccordo tra i due garanti sarebbe in questo caso emerso; tuttavia, in caso di diverso esito del controllo della Corte, verosimilmente, il Capo dello Stato avrebbe cessato di promulgare le leggi di conversione con siffatte considerazioni critiche.

4. Conclusioni

In conclusione, sembra corretto affermare che la motivazione della promulgazione da parte del Presidente della Repubblica rischia quasi sempre di creare interferenze e sovrapposizioni rispetto al ruolo della Corte costituzionale, che poi ricadono negativamente prima di tutto sull'autorevolezza del Capo dello Stato, se la Corte lo "smentisce".

Ciò può accadere, in modo particolare, se il Presidente ha espresso valutazioni con cui ha motivato la promulgazione in ordine alla assenza di "incostituzionalità manifesta" nella legge appena ratificata e poi questa viene dichiarata incostituzionale. Un primo problema deriva dalle conseguenze dell'esternazione per la "serenità" della Corte, che se accoglie la questione di fatto si trova a smentire il Capo dello Stato. Inoltre, nonostante tecnicamente

³⁵ Cfr. in tema F. BIONDI – S. LEONE, *Il Governo "in" Parlamento*, in *Rivista AIC*, 1/2012 (14 marzo 2012), 24 ss.

sia possibile tenere distinti i due controlli e considerare le diverse conclusioni raggiunte nei due vagli, ancorchè dall'esito diverso, in equilibrio, per l'opinione pubblica, a cui in fondo le promulgazioni motivate sono dirette, ciò è impossibile. Pertanto, il Presidente si trova a dover pagare le spese della sua sovraesposizione in sede di promulgazione.

Solo parzialmente meno forti sono le perplessità dovute alle interferenze tra Presidente e Corte, nel caso di promulgazioni con motivazione contraria.

Il rischio di delegittimazione del Presidente potrebbe teoricamente aversi in questo caso se questi costantemente rileva in modo critico, a margine della promulgazione, vizi legati al modo di legiferare di Camere e Governo, che invece la Corte costituzionale non considera tali da tradursi in violazioni del sistema costituzionale delle fonti e del riparto costituzionale tra i poteri. Sinora tuttavia, su questo versante, si è riscontrata almeno nel lungo periodo una certa armonia tra i due garanti, che anzi si sono fatti sponda a vicenda (cfr. le sentt. 22 del 2012 e 32 del 2014).

Infine, vi sono i casi in cui a margine della promulgazione il Presidente mette in luce vizi di contenuto della legge che però non sono destinati a riverificarsi a breve. In questo caso, se la legge non ha destato particolare conflittualità tra schieramenti, si è visto che l'interferenza col giudizio della Corte, pur esistente, ha effetti meno dirimpenti, venendo i rilievi presidenziali tendenzialmente "dimenticati" al momento in cui la Corte stessa si pronuncia, anche se a breve distanza dalla promulgazione.

In ogni caso, il solo fatto che il Presidente della Repubblica possa considerarsi coautore di una legge, per aver dato impulsi poi recepiti in emendamenti, pare sicuramente problematico e da evitare, dal momento che il Capo dello Stato si troverebbe ad avere un ruolo "in Corte", la quale potrebbe dichiarare incostituzionale la legge approvata con un certo contenuto dietro l'impulso presidenziale.

RELAZIONE CONCLUSIVA

Gaetano Silvestri

1. Prima che entri in scena il plotone di esecuzione, vorrei dire qualche parola in difesa mia e della Corte costituzionale.

Cominciamo dall'anatema lanciato da Gustavo Zagrebelsky nei confronti della sentenza n. 1 del 2013: organicismo! L'accusa è grave ed estrema: può essere opportuna quindi qualche considerazione, a sua volta, critica..

Due spunti di riflessione, tra i tanti possibili.

Zagrebelsky mena scandalo per il fatto che la sentenza di cui sopra riconosca al Presidente della Repubblica il compito di rendersi garante, nei limiti del possibile, «della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica». Ciò porterebbe, secondo Zagrebelsky, ad «una visione organica della vita costituzionale».

Mi riesce difficile comprendere cosa dovrebbe fare il Presidente per non incorrere in tale peccato capitale.

Potrebbe, ad esempio, restare inattivo, lasciando che le cose vadano per i fatti loro, tenendosi informato sugli sviluppi delle varie vicende, per intervenire all'improvviso, nume solitario e inaccessibile, con atti correttivi o sanzionatori. Potrebbe, al contrario, attivarsi per aizzare i contendenti e mantenere aspro il tono degli scontri. Potrebbe infine “gettarsi nella mischia”, con posizioni antagoniste verso l'uno o l'altro potere.

In una per me indimenticabile lezione del 1969, Alberto Predieri invitava noi giovani di allora a verificare l'ovvietà di una proposizione, immaginando i possibili contrari. Se il risultato è paradossale, significa che la proposizione contiene un'ovvietà. È quanto si può constatare nel caso di specie: dire che il Presidente deve garantire l'armonia e la coesione tra i poteri dello Stato è affermazione ovvia e scontata. Mai avrei immaginato che provocasse tanto scandalo! Il costituzionalismo non postula la guerra permanente tra i poteri dello Stato, ma la composizione dei contrasti, nell'interesse dei cittadini e non certo di coloro che agitano sino in fondo posizioni corporative e faziose, su cui si innestano spesso rendite di posizione.

Baldassarre e Mezzanotte hanno parlato, in proposito, di “prestazioni di unità”, che spettano a chi (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale) non è (o non dovrebbe essere) direttamente influenzato dal sistema politico.

Qui sta il punto. Sarebbe opportuno non confondere tra conflitti e scontri politici e sociali (sale della democrazia e presupposto fattuale del costitu-

zionalismo) con i conflitti e gli scontri istituzionali tra i poteri dello Stato e gli organi che, nelle singole vicende, li rappresentano. Ritenere che sia cosa normale che Camera e Senato, Parlamento e Governo, Parlamento e Corte costituzionale, magistratura, Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica siano in perenne lite e antagonismo può soddisfare i patiti di una sorta di *risiko* costituzionale, ma non ha nulla a che fare con il costituzionalismo.

L'organicismo implica la negazione dell'irriducibile alterità – tipica delle democrazie liberali – tra potere e diritti, tra governanti e governati. Il far parte dell'organismo statale toglie senso e legittimità – secondo questo filone di pensiero – alla rivendicazione, a scopo di tutela, dei diritti fondamentali nei confronti di atti o comportamenti dell'autorità. Confonderlo con la necessità del coordinamento tra poteri e organi costituzionali di uno Stato (necessità affermata, in forme e modalità diverse, da tutti coloro che si sono occupati dell'argomento, da Montesquieu in poi) significa sovrapporre piani di realtà diversi e che tali devono rimanere, per evitare che davvero lo stesso organicismo, invano esorcizzato, prenda piede *a contrario*, nel momento in cui ogni rapporto istituzionale è ricondotto ad un rapporto politico e viceversa.

Altro motivo di scandalo è stato il riferimento della Corte agli “appropriati impulsi” del Presidente, indirizzati ad altri soggetti istituzionali, ed al suo essere “magistratura di influenza”. La metafora antropomorfa (e quindi organicistica) usata da Zagrebelsky mostra, a questo proposito, di zoppicare vistosamente. Nessuno, che io sappia, meno che mai la Corte, ha sostenuto che gli “impulsi” del Capo dello Stato corrispondono a “comandi” o “direttive”, né che il “potere di persuasione” (*moral suasion*, secondo la terminologia anglosassone) si identifichi con un “potere di costrizione”, entrambi costituzionalmente inconcepibili.

A tale conclusione si arriva soltanto se si mantiene ferma e pedissequa quella metafora organicistica, che si dice voler combattere. Nel corpo vivente (umano o animale) gli impulsi del sistema nervoso sono ordini impartiti alle varie membra. La “disobbedienza” di queste ultime può essere sintomo di una grave patologia. Nel campo giuridico-costituzionale le cose vanno in maniera del tutto diversa. Un impulso non recepito dal destinatario o non ha alcuna conseguenza o, se corrisponde ad un potere formalizzato nella Costituzione e/o nella legge, può produrre l'apertura di una nuova procedura normativamente prevista. Gli ordini o anche le direttive, in senso giuridico, sono altra cosa e devono trovare specifico fondamento normativo.

Già in anni lontani Hans Kelsen metteva in guardia i giuristi dalle metafore antropomorfe, vera iattura della scienza giuridica. Forse sarebbe opportuno non dimenticare quell'insegnamento.

Che poi il Presidente invii questi “impulsi” nei settori più disparati dell'ordinamento costituzionale, lo dice la stessa Costituzione (organicista anch'essa?), che gli attribuisce, ad esempio, il potere di promulgare le leggi o rinviarle, con messaggio motivato, alle Camere, di nominare il Presidente del Consiglio

dei ministri, di autorizzare la presentazione al Parlamento dei disegni di legge del Governo, di presiedere il Consiglio superiore della magistratura e via di seguito. Tali poteri sono stati conferiti al Capo dello Stato a condizione che non li usi? O che li usi “a sorpresa”, senza tentare, preventivamente e riseratamente, di evitare un conflitto? Bisogna trasformare ogni passo della vita delle istituzioni in un’occasione per esternazioni e proclami o per attivare un conflitto di attribuzione davanti alla Corte (salvo poi a stigmatizzare l’uso di tale facoltà)? Non scherziamo! Tutto si può dire in un innocuo seminario accademico. Non è detto però che si tratti di orientamenti che hanno qualcosa a che fare con il funzionamento del sistema costituzionale.

Infine devo porre in evidenza un punto della relazione di Zagrebelsky che mi ha procurato vivo sconcerto. L’illustre costituzionalista (e Presidente emerito della Corte costituzionale) accusa la Corte di aver reso lecito l’esercizio del “potere informale” di persuasione – *moral suasion* dicevo, presente peraltro in tutti gli ordinamenti costituzionali democratici e che ha contrassegnato, ad esempio, l’esperienza dell’austera Presidenza Einaudi – allo scopo di aggirare la controfirma prevista dall’art. 89 della Costituzione. Non si tratta di una critica dottrinale, ma di un intollerabile processo alle intenzioni.

La Corte si è limitata a dire che l’esercizio dei poteri formali è sempre accompagnato (preceduto o seguito) da «attività» (non poteri!) informali. Si tratta di esperienza così nota, da rendere imbarazzante ogni esempio. Che le attività informali possano invece sostituire quelle formali – allo scopo di “dribblare”, con questo trucco, l’art. 89 Cost. – oltre ad essere giuridicamente improbabile (come si possono sciogliere “informalmente” le Camere?) evoca un cupo scenario di complotti contro la Repubblica (protagonisti il Capo dello Stato e la Corte costituzionale) che può suscitare qualche immediato consenso mediatico, ma mi ricorda la favola del pastorello che gridava “al lupo, al lupo”. Oggi che il lupo vero rischia di arrivare - con l’avanzata minacciosa di populismi di varia etichettatura, ma tutti nemici della democrazia parlamentare e del principio di legalità - si potrebbe riconsiderare la recente moda di lanciare gratuitamente discredito sugli organi di garanzia, che, in questi anni difficili, sono rimasti soli a difendere la legalità costituzionale e a fronteggiare le pretese di onnipotenza della politica. Il populismo è una brutta bestia e può rivoltarsi contro i suoi incauti utilizzatori.

Et de hoc satis.

2. Passiamo ad alcuni particolari punti critici emersi nel Seminario, senza ignorare del tutto osservazioni e critiche degne di rilievo emerse in dottrina in questi ultimi tempi.

2.1 Riguardo alla riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, è stato osservato che anche altri organi costituzionali hanno la

necessità di contare sulla riservatezza delle proprie comunicazioni. Non si tratterebbe quindi di uno “specifico” del Presidente della Repubblica. Il rilievo non solo non confuta la sentenza n. 1/2013, ma la rafforza. Le norme costituzionali (art. 68 Cost. e art. 1 legge cost. n. 1 del 1989) tutelano proprio questa riservatezza, ma prevedono, al contempo, i mezzi per superarla.

A questo punto, ci troviamo di fronte ad un dilemma: o il Capo dello Stato non gode di alcuna garanzia circa la riservatezza delle sue comunicazioni (è meno protetto quindi di un parlamentare) o ci dobbiamo “inventare” un soggetto che può rimuoverla con una autorizzazione.

Entrambe le strade mi sembrano impraticabili per considerazioni di elementare logica giuridico-costituzionale.

Dove troviamo il fondamento costituzionale per differenziare *in peius* il Presidente della Repubblica rispetto ai parlamentari ed ai ministri? Come mai la Costituzione, che ha previsto garanzie molto drastiche per la responsabilità penale del Presidente, tace sul punto degli atti limitativi della sua libertà (personale, domiciliare e comunicativa)?

In tempi precedenti al giudizio per conflitto di attribuzione, che ha dato origine alla sentenza n. 1 del 2013, Alessandro Pace – a proposito delle intercettazioni telefoniche a carico del Capo dello Stato – così scriveva:

«La soluzione, piana e tranquillante, va a mio parere rinvenuta nell’art. 7 della legge n. 219 del 1989. Tale disposizione prescrive infatti che solo dopo che la Corte costituzionale abbia disposto la sospensione del Presidente dalla sua carica, il comitato parlamentare per i giudizi di accusa può disporre “intercettazioni telefoniche ovvero di altre forme di comunicazione ovvero perquisizioni personali o domiciliari”».

Continua Pace:

«Poiché tale norma ha intuitivamente una portata generale (perché se tale norma vale per i reati funzionali, ben più gravi dal punto di vista istituzionale, essa vale *a fortiori* per i reati comuni), ciò significa che anche per i procedimenti penali a carico del Presidente della Repubblica per reati extrafunzionali la magistratura non può acquisire prove mediante intercettazioni telefoniche e perquisizioni, tranne che, per queste ultime, il Presidente abbia dato la sua disponibilità a collaborare».

Conclude l’illustre costituzionalista:

«Il che implica che l’azione penale potrebbe essere promossa nei confronti del Presidente della Repubblica in carica solo quando il magistrato sia in possesso di prove inconfutabili – documentali o testimoniali – di reità. Ciò costituisce, sotto il profilo probatorio, un deterrente contro spericolate inchieste penali contro il Presidente della Repubblica»¹.

La nota onestà intellettuale di Pace gli ha impedito anche dopo – pur as-

¹ A. PACE, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia*, in *Le immunità penali della politica*, a cura di G. Fumu e M. Volpi, il Mulino, Bologna, 2012, p. 38..

sumendo la difesa della Procura di Palermo nel conflitto di attribuzione – di aderire alla tesi della libera intercettabilità del Presidente della Repubblica, sostenuta invece, con sprezzo della logica comune, in qualche contributo dottrinale e risuonata anche in questo seminario.

Non si sfugge infatti ad una triplice possibilità di soluzione del problema: a) il Presidente non ha alcuna garanzia delle sue comunicazioni; b) il Presidente non può avere minori garanzie dei parlamentari e dei ministri e quindi si può estendere allo stesso il regime previsto per i secondi; c) il Presidente non può essere intercettato perché manca in modo assoluto un soggetto cui la magistratura possa chiedere l'autorizzazione. Questa è la prima parte del problema – delle altre mi occuperò in seguito – al di là di alcune complicate ricostruzioni giuspolitologiche della figura presidenziale, che, in quanto modesto cultore del diritto costituzionale, sono al di fuori della mia comprensione.

La soluzione b) presenta l'ostacolo insormontabile che l'estensione al Capo dello Stato delle immunità attribuite ai parlamentari ed ai ministri lascia aperto il problema, centrale per noi poveri giuristi, dell'autorità cui chiedere l'autorizzazione. Se l'argomento "apagogico" (che non è un espediente, ma uno dei noti argomenti dell'interpretazione giuridica) ci mette in rilievo un assurdo, lo dobbiamo superare, non seguirlo sino in fondo. Non lo superiamo certo attribuendo alla Corte costituzionale un potere (questo sì creativo!) di individuare un soggetto che possa rimuovere il vincolo della riservatezza (la Camera, il Senato, il Parlamento in seduta comune?). Cosciente di questa grave difficoltà, una autorevole dottrina ha persino proposto che si individui tale soggetto nello stesso Presidente! Si può sorridere di questa proposta, ma essa mostra lo sforzo coerente e consapevole del vero giurista di non accantonare un problema capitale sul piano giuridico con una semplice alzata di spalle. Il diritto è una scienza pratica, ammoniva Salvatore Pugliatti: se riteniamo irrilevante risolvere un caso pratico è meglio che cambiamo mestiere.

Le soluzioni effettive sono quindi la a) e la c), escludendo la b), che si dimostra impraticabile per gli evidenti motivi messi in luce prima.

La Corte ha ritenuto – sulla base di una facile *reductio ad absurdum*, metodo già ampiamente praticato da Euclide – che la soluzione a) fosse da scartare. Non restava che la soluzione c), per l'impossibilità, già messa in rilievo, di reperire, con giurisprudenza super-creativa, un soggetto istituzionale competente a concedere un'autorizzazione alle intercettazioni o al loro uso, con connessa divulgazione mediatica.

Ogni contraria opinione è legittima e ricade sotto il grande ombrello dell'art. 21 della Costituzione. La Corte costituzionale non può tuttavia abbandonarsi a giochi di fantasia.

2.2 Se il fondamento costituzionale del divieto di intercettazioni è la tutela rafforzata, derivante dalla funzione, della libertà delle comunicazioni presidenziali (come lo è per le comunicazioni dei parlamentari), allora non ha

senso distinguere tra attività funzionali ed extrafunzionali, giacché la distinzione può essere operata soltanto *a posteriori* (come si fa a sapere in partenza ciò di cui sta parlando il Presidente?), quando ormai, in ipotesi, la lesione è compiuta. E difatti l'art. 68 Cost., nel disciplinare le immunità dei parlamentari, non distingue tra attività funzionali ed extrafunzionali. Ciò ovviamente non implica che sia esclusa la responsabilità del Presidente per reati comuni, come la stessa sentenza ribadisce e come ormai è generalmente riconosciuto. Si tratta soltanto della limitazione di uno dei mezzi istruttori: lo sottolineava appunto Pace in tempi non sospetti.

Diversa è la questione riguardante il carattere "casuale" delle intercettazioni. Di essa dirò più avanti.

3. Poche parole sulle vesti stracciate in seguito alla definizione di "primitiva" della interpretazione "meramente" letterale.

Ho serie difficoltà a comprendere l'*iter* mentale di chi ha ritenuto che la Corte abbia bollato come primitiva l'interpretazione letterale *tout court*. Si pensava fosse scontato affermare che sia primitiva una interpretazione *meramente* letterale (come c'è scritto nella sentenza!), che cioè si fermi alla testualità di una disposizione, senza porsi il problema della sua *ratio*. La Corte si è ben guardata dal definire "primitiva" l'interpretazione letterale in sé e per sé, essenziale primo gradino dell'interpretazione giuridica. Primo, appunto, non unico. Forse, invece di dare subito in escandescenze, sarebbe opportuno leggere più attentamente le sentenze.

Che l'interpretazione giuridica debba essere, sempre e comunque, esclusivamente letterale e che debba essere bandito ogni altro tipo di interpretazione sarebbe affermazione risibile nel XXI secolo, come lo era nel II, quando Giuvenzio Celso scriveva: «*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*»². Né varrebbe replicare che, nel caso di specie, trattandosi di norme derogatorie, che non ammettono interpretazioni analogiche o estensive – come ha affermato la stessa Corte nella citata sentenza, non contraddicendo la sua precedente giurisprudenza, ma confermandola – l'interpretazione meramente letterale sarebbe l'unica possibile. Entra in rilievo infatti, in questa ipotesi, non l'interpretazione analogica o quella estensiva, ma l'interpretazione sistematica, che dal sistema appunto deriva una garanzia implicita e coesistente.

È quanto ha fatto la Corte costituzionale, con la famosa sentenza n. 148 del 1983 (Presidente Elia, relatore Paladin, due noti dilettanti del diritto costituzionale). L'oggetto del giudizio era quello della non punibilità dei componenti del Consiglio superiore della magistratura per le opinioni espresse

² D. 1, 3, 24 Celsus, 9 digestorum.

nell'esercizio delle loro funzioni, prevista da una legge ordinaria, ma assente nelle norme costituzionali. La Corte individua il cuore della questione ponendo l'interrogativo se la giustificazione costituzionale della scriminante prevista dalla legge ordinaria «debba essere necessariamente espressa o possa ricavarsi dal sistema». Interessante il ragionamento che induce il giudice delle leggi a propendere per la seconda soluzione dell'alternativa. La Corte afferma che «la parte centrale e costituzionalmente necessaria dell'azione del Consiglio consiste in apprezzamenti sulle attitudini, sui meriti e sui demeriti dei magistrati da assegnare ai vari uffici, da trasferire, da promuovere o sottoporre a procedimenti disciplinari e via dicendo. Ma la garanzia che il Consiglio è chiamato ad offrire in tal campo, proprio per essere effettiva, richiede a sua volta che i componenti del Consiglio stesso siano liberi di manifestare le proprie convinzioni, senza venire in sostanza costretti ad autocensure che minerebbero il buon andamento della magistratura».

Dalla natura delle funzioni, costituzionalmente inquadrata, deriva la garanzia implicita delle stesse, addirittura, in quel caso, con la sottrazione di alcuni soggetti alla giurisdizione penale, non prevista espressamente dalla Costituzione. Lo stesso ragionamento, per una ben minore garanzia, si può ripetere per la riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica. La Corte si è quindi ispirata ai suoi precedenti, andando oltre un burocratico testualismo, per tentare una ricostruzione sistematica della garanzia.

Si può dissentire nel merito, nel senso di ritenere che le attività informali del Presidente della Repubblica non meritino alcuna tutela, giacché lo stesso deve “fare tutto in piazza”. Si possono stigmatizzare i tentativi presidenziali riservati di connessione tra parti diverse e contrapposte, giacché, come si dice, la vita è lotta e per lottar si vive, ma non si invocchino – per carità – categorie generali del diritto che non c'entrano.

4. Veniamo ad un altro punto.

Il Presidente della Repubblica – si dice da taluno – non deve essere “mediatore”, ma “arbitro”, nel senso che deve soltanto vigilare sull'osservanza delle regole da parte dei soggetti in campo, osservando attentamente e fischiano (immagino con solenni atti formali) quando qualcuno commette una infrazione.

Devo confessare che non ne posso più delle metafore calcistiche (e sportive in genere), che continuano ad ammorbare non solo il dibattito politico e istituzionale, ma hanno già contagiato la stessa discussione scientifica. Paragonare il Capo dello Stato ad un arbitro, posto tra due squadre che si contendono la vittoria, è una visione del sistema costituzionale e della stessa separazione dei poteri che mi farebbe usare espressioni simili a quella che la Corte ha usato a proposito dell'interpretazione meramente letterale, se non temessi di subire violenza fisica.

Come si fa a concepire i rapporti tra i poteri dello Stato come una competizione sportiva, in cui ciascun partecipante lotta per la vittoria? Quale partita deve vincere il Parlamento contro il Governo; quale competizione ingaggia la magistratura nei confronti degli altri poteri dello Stato? Prevale una inquietante visione agonistica del rapporto tra i poteri dello Stato, che tendono a prevaricarsi vicendevolmente, con i soli limiti, ad esempio, di non dare colpi sotto la cintura e non intervenire a gamba tesa. Questa semplificazione e volgarizzazione della dialettica costituzionale mi lascia sempre sgomento. Ancora una volta si confonde tra sistema istituzionale e sistema politico.

Possono verificarsi, e si verificano, contrasti e scontri, che, se assumono le vesti di conflitti tra poteri dello Stato vengono risolti dalla Corte costituzionale, chiamata ormai con troppa frequenza a risolvere problemi che dovrebbero trovare soluzioni non giurisdizionali. È un delitto che il Presidente della Repubblica tenti (senza costringere nessuno e senza sostituirsi ad alcuno) di prevenire i conflitti, prima che esplodano in forme contenziose? Lo deve fare solo con pubbliche esternazioni o lo può fare anche con una discreta ritesitura dei rapporti, sempre nell'ambito dei corretti rapporti costituzionali?

5. Si è pure detto che le intercettazioni che hanno dato origine al conflitto erano "casuali" e quindi non potevano essere oggetto di un divieto preventivo. Verissimo. Ciò però non legittima procedure che rendano possibile in seguito la loro divulgazione. Quest'ultima o è sempre legittima o non lo è mai. La buona fede di inquirenti che hanno captato comunicazioni presidenziali, nel corso di intercettazioni legittimamente disposte a carico di terzi, non è sufficiente a mutare il quadro sostanziale. Le modalità di captazione non valgono certo a degradare l'interesse protetto. Se si accetta che questo esista, la tutela deve essere piena ed effettiva. A parte il fatto che, nella prassi, non sempre è facilissimo distinguere tra intercettazioni casuali e indirette, con tutte le implicazioni, facilmente comprensibili, che ne derivano.

Alcuni, in proposito citano, a dritto e a rovescio, la legge n. 140 del 2003, dimenticando forse che la stessa, poiché riguarda i parlamentari, è tutta incentrata sull'istituto della autorizzazione, non richiamabile all'evidenza a proposito del Presidente della Repubblica. Fare paralleli e confronti basati su questa normativa è pertanto inutile e fuorviante.

6. Un'ultima considerazione. Una parte della dottrina ha contestato che la Corte si sia avvalsa sostanzialmente della figura del *pouvoir neutre et modérateur* tracciata da Benjamin Constant con l'occhio rivolto al monarca costituzionale.

Non si può negare che lo schema di Constant sia invecchiato. Troppo facile però negare in radice validità alla sua costruzione, rilevando soltanto che le cose oggi non stanno come nel regime dualista della monarchia co-

stituzionale. Il dato è di per sé evidente. Sembra di risentire le critiche, che periodicamente sono state ripetute a proposito della separazione dei poteri: non siamo più nel XVIII secolo e gli assetti istituzionali sono oggi molto diversi da quelli dell'epoca di Montesquieu. Tutto ciò è ovvio. Ma serve ancora il principio della separazione dei poteri? A proposito, faccio notare che lo stesso principio non è enunciato in modo esplicito in alcuna norma costituzionale. Forse ho sprecato la mia vita a studiare qualcosa che non esiste più nel mondo del diritto!

Il punto è saggiare la perdurante validità dello schema di Constant, in presenza delle norme vigenti della Costituzione italiana, la quale pone il Presidente della Repubblica al di fuori dei tre tradizionali poteri dello Stato. Affermare che tale schema non è valido equivarrebbe a ritenere che egli faccia parte del potere legislativo o di quello esecutivo o di quello giudiziario. Per non parlare poi di coloro che hanno tratto dalla suddetta rilevazione della Corte la sorprendente conclusione che il Presidente sarebbe – sempre secondo la Corte – al di sopra dei poteri dello Stato. Difficile liberarsi dalla mentalità gerarchica ed accettare l'orizzontalità del potere, tipica degli ordinamenti democratici e liberali!

In realtà il conflitto tra Presidente della Repubblica e Procura di Palermo ha messo in luce un irrisolto dilemma delle democrazie contemporanee, basate sulla separazione dei poteri: divisione in funzione della libertà e coordinamento in funzione dell'unità. Al di là di soluzioni spontaneiste, fiduciose, come i proto-liberisti, in una "mano invisibile" che mette tutto a posto, ed al di là della teorizzazione del conflitto fine a se stesso, bello come la fiamma, ma un tantino pericoloso per la democrazia, dobbiamo sempre tentare soluzioni bilanciate (come quella individuata nell'ultima parte della sentenza di cui parliamo), che possono apparire grigie e prosaiche, e anche claudicanti, a chi preferisce le trombe di indomite cavallerie. Non è soddisfacente il bilanciamento individuato dalla Corte? Se ne trovi uno migliore, anche con l'intervento del legislatore, costituzionale e ordinario, cui la dottrina potrebbe dare utili suggerimenti. Le soluzioni estreme vanno bene sulla carta o nei salotti, ma non danno alcun aiuto alle istituzioni

Finito di stampare nel mese di Febbraio del 2016
dalla Vulcanica Print - Torre del Greco (NA)

