

PERCORSI DI LEGITTIMAZIONE DEL POTERE. LA FIGURA DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA NEI PRIMI MESI DEL BI-SETTENNATO DI NAPOLITANO, RILEGGENDO C. COST., 1/2013

1. *Il Re è morto, evviva il Re!* – 2. *Le vie della rappresentanza: frammenti per una ricostruzione del concetto di unità nazionale.* – 3. *Una storia tutta italiana, fardello pesante per la Corte.* – 4. *Gli argomenti della Corte: a) le attribuzioni “diffuse” del Presidente e le loro conseguenze (limitate ad un piano processuale!)* – 5. *Gli argomenti della Corte: b) il fondamento normativo dell’inviolabilità delle conversazioni presidenziali.* – 6. *Gli argomenti della Corte: c) il trattamento processuale penalistico delle comunicazioni presidenziali. Aporie e difficoltà ricostruttive.* – 7. *Il Presidente, anima dello Stato.* – 8. *Napolitano-bis. Considerazioni conclusive.*

1. Il Re è morto, evviva il Re!

Nell’idea antica di sovranità, l’*authoritas* trasmigra alla morte del Re perpetuandosi in capo all’erede con il cessare dell’esistenza terrena. Si compenetra nella persona fisica del sovrano come la fiamma che brucia e non si spegne: il Re ha due corpi, quello mortale e quello regale. L’uno, caduco e terreno; l’altro, tutt’uno con esso eppure inestinguibile, si rinnova dalle sue spoglie come l’araba fenice e investe l’erede dei poteri e delle responsabilità di un sovrano.

Il dualismo fra Re e Corona racchiude un codice per decifrare il mistero della legittimazione, la risposta ad una domanda banale, eppure cruciale: il perché dell’obbedienza al comando, principio primo per qualunque ordinamento che, in ogni tempo, voglia dirsi giuridico.¹

I Romani conoscevano quattro modi per dire “obbedisco”: *oboedio, obtempero, pareo, ausculto*. Collegati con le aree semantiche del sottostare, del conformarsi, dell’affidarsi nelle mani del *Caesar* di turno. Il greco invece ne ha elaborati soltanto due: *epakouò-epakolouthèo*, seguire, e *péithomai*, voce medio-passiva, di persuadere. Un concetto eloquentemente diverso: sono persuaso, dunque ti seguo. Con le mie gambe.²

Esistono insomma diversi modi per “obbedire”, per riconoscere l’*authoritas* di un sovrano, chiunque esso sia. Per somma brevità, potrebbe dirsi che tutti questi motivi sono ricompresi in una dialettica tra due poli. Da un lato l’abbandono fiducioso, contemplativo, nelle mani di un soggetto di cui si riconosce la superiorità; dall’altro la razionale condivisione di un percorso logico, del quale sia le premesse sia il metodo si offrono all’intelligibilità dei partecipanti. L’uno si disinteressa del come e del perché di talune scelte, rimettendosi

* Dottorando di ricerca in Diritto Costituzionale e Diritto Pubblico generale presso l’Università degli Studi “La Sapienza” di Roma.

¹ Sul dualismo tra la persona del Re e la sua *dignitas*, compendiata nella “Corona”, il classico E. KANTOROWICZ, *The King’s Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*, 1957, ed. ‘97, 314ss., 383ss.

² Forse scontata la citazione dell’*Antigone* sofoclea, 450ss., ove la figlia di Edipo rinfaccia a Creonte, Re di Tebe, l’esistenza di una legge superiore al comando regio, non scritta ma “incrollabile e divina”. Così pure il richiamo al *Critone* platonico, ove si narra delle vicende della morte di Socrate. Circostanze, l’una e l’altra, che evidenziano la necessità di un previo convincimento soggettivo quale presupposto della concezione greca dell’obbedire. Maggiori approfondimenti sul tema, con ogni evidenza amplissimo, in A. PUNZI, *La dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, 2009, 155ss., 173ss. Una lettura diversa della tragedia sofoclea, che evidenzia la collisione fra legge “divina”, soggettiva, arcaica, impersonata da Antigone, e ragioni comuni della città-stato, difese da Creonte, si deve a G. F. W. HEGEL, *Lezioni di filosofia della religione* (1832, postume, ed. it. 1974; cfr. 141ss.) ed è accuratamente sviluppata da A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, 2006, 3ss. Un’opera a sfondo storico più che giuridico, ma di indubbio interesse per gli sviluppi del paradigma dell’obbedienza in epoca medievale anche all’interno dello stesso mondo monastico, è N. D’ACUNTO, *L’Età dell’obbedienza. Papato, impero e poteri locali nel secolo IX*, 2007, 43ss., con riferimento alle accuse mosse a chi nel clero si arrogava “il diritto di agire contro l’ordine del mondo voluto da Dio fino a distruggere il regno e il sacerdozio”.

all'autorità del capo; viceversa, l'altro si nutre proprio della comune compartecipazione al come ed al perché. Il primo mira all'unità dell'ordinamento come valore in sé, cui sacrificare le dimensioni del pluralismo; l'altro, di contro, al pluralismo offre gli spazi per un'articolazione più ampia, rifiutando il dogma di una democrazia meramente "identitaria".³

Basta questo rapidissimo cenno per realizzare che il tema della legittimazione del sovrano interseca non soltanto i percorsi del diritto costituzionale, ma in generale il rapporto dell'uomo con se stesso: afferisce all'antropologia, alla filosofia ed alla teologia, specchiandosi nel dualismo inafferrabile tra fede e ragione.⁴

Nonostante l'ovvia eccedenza della questione rispetto agli angusti limiti del presente scritto, non è ir-rilevante in premessa farne debita menzione, poiché essa si ripropone a ogni curva del rapporto fra autorità e libertà e non manca di rivelarsi con forza nel torno di tempo che oggi si attraversa. Gli accenti di crisi che risuonano negli anfratti della società contemporanea si traducono in un'oscillazione tra l'uno e l'altro polo, sicché le forme di espressione dell'*auctoritas* appaiano oggi inestricabilmente partecipate dell'uno e dell'altro elemento.

A partire dal tardo Medioevo, l'affermazione dell'*homo faber* ha accompagnato l'evoluzione in senso mercantilistico della società feudale e la trasformazione degli antichi ordini medievali in organi funzionali ad uno Stato laicamente fondato. Il giusnaturalismo, nelle sue plurime linee di pensiero, cercava un fondamento non trascendente a quei principi che, svincolatisi da Dio, necessitavano di un appiglio per ribadire la propria forza precettiva. L'intreccio fra i molteplici filoni culturali che hanno condotto all'affermazione della sovranità parlamentare ha dato lustro al primato della legittimazione razionale su quella fideistica; il patibolo di Re Luigi XVI *le dernier* per alto tradimento si levò a monito terribile, poiché conferiva valore di piena sanzione giuridica alla rottura di quel rapporto d'identificazione che il sovrano instaura con il "suo" popolo e che dà la cifra politica della sua *auctoritas*.

L'eredità della *Révolution* ha impartito la direzione di senso al costituzionalismo moderno, proteso verso una legittimazione laica del potere e dedito alla costruzione di strade lungo le quali possa articolarsi il discorso razionale alla base della nomopoiesi contemporanea.

Eppure ad ogni tratto le difficoltà di concepire un percorso che accomunasse ragioni discordi hanno rinsaldato, in un "tragico" contrappasso, l'indispensabile contraltare di una legittimazione immediata, identificativa, promanante da un unico vertice, teso all'ascolto delle voci più profonde del "suo" popolo per guadagnarsene la fiducia, l'affetto, la devozione.

La contesa fra Kelsen e Schmitt sul *custode* della Costituzione vide contrapporsi, dietro il sipario della disputa giuridica, la turbolenta oscillazione tra i poli sopra descritti: all'elegante svilupparsi degli argomenti nel processo costituzionale, fedele riproduzione del dibattito in Aula, si opponeva la figura del Presidente faro nella nebbia, uomo della Provvidenza cui affidare la decisione ultima.⁵

Si noti come, nell'un caso, la legittimazione del *custode* si fondi su di un'istituzione composta da più persone e sulle procedure che, regolandone il funzionamento, ne delineano la funzione. Nell'altro, viceversa, si appiglia ad un'istituzione monocratica, quindi ad una persona, le cui attribuzioni paiono confondersi con le qualità soggettive e si lasciano cogliere appieno nella dimensione finalistica della tutela dell'ordinamento. A percorrerla tutta, questa via conduce all'identificazione tra sistema istituzionale e sistema politico; inteso, quest'ultimo, come insieme delle persone che in quel frangente rivestono cariche pubbliche e che nella persona del Presidente trovano il loro estremo riferimento.

Sembra di poter dire che, là dove i percorsi di una legittimazione razionale della decisione pubblica si affannino nella conciliazione di un pluralismo troppo marcato, frammentario per territorio e riferimenti culturali, ritorni ineludibile, benché sotto forme debitamente ammodernate, l'elemento fideistico a rafforzare il

³ Sul punto G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, 2006, ripercorre le linee dell'antinomia fra pluralismo ed autoritarismo a presupposto dell'unità nazionale.

⁴ "Di qui la lezione dell'*Antigone*: il *nomos* nasce e trae alimento dal *logos* che, se inteso come procedura discorsiva, presuppone tolleranza e rispetto, ma trova pur sempre senso e fondamento nell'uomo, portatore di una dignità che non conosce territori né schieramenti ed esige una buona ragione a sostegno di ogni prescrizione. Lo ha insegnato il migliore illuminismo moderno: poiché il singolo è portatore di valore in sé, ogni decisione dell'autorità va motivata e resa intelligibile. Ma tanto più vale per l'individuo postmoderno, che, disconoscendo il principio di autorità, prima di obbedire vuol essere davvero persuaso". Così A. PUNZI, cit., 171. Da posizioni distinte, a quanto mai parziale indicazione bibliografica su di un tema evidentemente al di là dei limiti del presente scritto, G. REALE, D. ANTISERI, *Quale ragione?*, 2001; D. ANTISERI, *La conoscenza filosofica*, ad es. sull'ideologia del sacrificio del presente per "mondi di felicità che non verranno mai", *ibid.*, 146.

⁵ Ben noti i termini della disputa fra C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929 (XVI), 161-237 e H. KELSEN, *Wer soll der „Hüter der Verfassung“ sein?*, in *Die Justiz*, VI (1930/31), 576-628; ed. it., rispettivamente, in *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, 1981, e *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, 1981.

nesso decisori-destinatari lasciato sguarnito dai congegni del pubblico discorso. Aggrappandosi ai *leader*, alle “facce” degli esponenti politici e alla loro capacità di suscitare emotiva com-partecipazione – per il tramite dei *media* e dell’immagine che rimandano verso i cittadini⁶ – l’ordinamento cerca l’uscita da un’*impasse* mortale, la stretta fra l’impossibilità di decidere e la decisione inaccettabile. L’una, sinonimo di irrilevanza nella risoluzione dei conflitti sociali, ne segnerebbe la rinuncia ad essere “ordinamento”; l’altra certificherebbe, con il rifiuto dell’obbedienza di parte dei componenti, la sua disgregazione.

Tra i due poli della legittimazione del potere s’instaura dunque una circolarità virtuosa, nell’ottica di una reciproca alimentazione, là dove le persone che rivestono cariche istituzionali riescano, con le loro qualità personali, ad emergere per la propria *autorevolezza*, esaltando la forza razionalizzante dei meccanismi d’ingegneria costituzionale.

Il sistema dei pubblici poteri vive così di un equilibrio fra legittimazione razionale ed emozionale, discorsiva e carismatica; la prima si fa strada non senza difficoltà tra ostacoli di ogni sorta, le cui sagome appaiono in controluce alle diseguaglianze anche gigantesche che popolano l’imperfetto pianeta che ci ospita.

Nelle Costituzioni attuali, di cui quella italiana è fulgido esempio, il primato della laica razionalità nella legittimazione del potere obbliga quest’ultimo a rendersi conoscibile ed anzi comprensibile, condivisibile nelle forme e nei modi di esercizio; non può evitare che di tali forme si abbia una percezione distorta, ma istituisce norme a tutela del libero pensiero per combatterne le distorsioni artefatte. L’elemento fideistico, desacralizzato e ridefinito in un’aura carismatica,⁷ resta confinato ad un livello secondario.

È questo il *background* giuridico, politico e culturale in cui s’immerge la disciplina delle immunità degli organi costituzionali.

Tali immunità sono per natura funzionali, poste cioè a salvaguardia della funzione che quel dato organo svolge nell’ambito del sistema, quindi nell’interesse della collettività; e tassative, poiché norma speciale di privilegio. Banalmente, esse proteggono il beneficiario solo perché (e nella misura in cui) questi eserciti il ruolo pubblico che gli è stato affidato. Se la tassatività deriva dal principio dell’eguaglianza tra individui, la funzionalità delle prerogative di inviolabilità è conseguenza diretta della trasformazione degli antichi ordini medievali in organi costituzionali, funzionalmente rivolti all’interesse comune.

L’uno e l’altro cardine della disciplina delle immunità affondano insomma le proprie radici nelle scaturigini più profonde di quel percorso di civiltà che ha accompagnato il transito dallo Stato assoluto allo Stato di diritto.

2. Le vie della rappresentanza: frammenti per una ricostruzione del concetto di unità nazionale.

Legittimare il potere, dunque renderlo accettabile, tollerato e perfino sostenuto dai rispettivi sottoposti. A guardar dentro un concetto tanto profondo, poiché ancorato alle remote profondità dell’animo umano, la scienza giuridica deve forse arrestarsi davanti a colonne d’Ercole invalicabili; ma non senza aver esplorato fino in fondo i propri limiti.

All’occhio del costituzionalista d’inizio millennio, le matrici della legittimazione del potere approdano inevitabilmente, come i binari in stazione, all’idea di rappresentanza; tema d’indubbio fascino, lungamente oggetto delle riflessioni di illustri studiosi, del quale non si tenterà che una ricostruzione per frammentarie immagini.

Sfogliando l’album della storia politica d’Occidente, par di poter dire che l’uno e l’altro polo entro cui oscilla la legittimazione del potere affidino la propria forza precettiva alla realizzazione di un legame inafferrabile tra chi esercita il potere e chi lo subisce, rispetto al quale l’elemento razionale non è che un’ipotesi, una delle vie percorribili. I canali lungo i quali si articola siffatto legame passano, e non potrebbe essere altrimenti, per l’incrocio degli affluenti culturali che percorrono la società di riferimento e che plasmano sia l’universo dei valori dominanti, sia le reazioni che a determinati comportamenti conseguono da parte dei consociati. Nei loro inestricabili percorsi, le vie della rappresentanza più battute in una certa società determinano la qualità e l’efficacia del modo di legittimazione del potere.

⁶ *Amplius*, sul tema, invero affascinante, dei rapporti tra la sfera della “politica” ed i mezzi di comunicazione di massa, che a tale sfera impongono, in qualche modo, un ripensamento delle logiche di funzionamento in ragione delle esigenze comunicative e mediatiche, C. DE CESARE, *Media and politics: il sistema politico-istituzionale e i mezzi di comunicazione di massa*, in C. DE CESARE (a cura di), *Lezioni sul Parlamento nell’età del disincanto*, 2011, 173ss., 175, ove ulteriore bibliografia.

⁷ Sulla ben nota partizione dei “tipi” di legittimazione, M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, ed. it., *Economia e società*, 1968, ove al vol. I, 210.

Pare insomma che, attraverso i congegni che definiscono il rapporto fra potere e individuo, si materializzino le immagini di un cammino a doppio senso, che dai sudditi vi ritorna, riflettendosi come in uno specchio sui detentori del potere che di tale flusso si alimenta. L'oscillazione tra i due estremi della contemplazione fideistica e della razionale condivisione dei percorsi nomopoietici conserva in ogni punto della sua traiettoria la propria peculiarità, e cioè quella di cementare un legame tra partecipante e partecipato che avvolge entrambi e che rende ragione dell'unità del consenso sociale di riferimento.

Nondimeno, la questione della legittimazione è stata più spesso disgiunta dall'istituto della rappresentanza di quanto non autorizzi oggi la necessità, in un indeterminato *pluriverso*,⁸ di ricostruire i legami fra governanti e governati. Al contrario, vi è stata accostata a singhiozzo, quasi con moto pendolare, tanto più distaccandosene quanto più imperscrutabili apparivano, nell'ottica dello studioso, le dinamiche di esercizio del potere "politico".⁹ Di qui le ricostruzioni che hanno mirato a svalutare la portata "giuridica" della rappresentanza "politica", con l'effetto di sancire la non rivedibilità dei comportamenti in tale sfera ricompresi; insindacabilità applicata ora alla sua dimensione aggregativa – ossia, *lato sensu*, alle regole del gioco politico-istituzionale – ora a quella individuale, dunque alle attività che ciascun rappresentante pone in essere in for-

⁸ Cfr. C. RESTA, *Stato mondiale o "nomos" della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, ed. 2009, 15ss.

⁹ Il problema della legittimazione del potere emerge alquanto nitido nelle vicende della rappresentanza per ordini, benché riconducibile al fondamento immutabilmente diseguale su cui riposava, in ultima istanza, la società medievale. Con l'affermarsi dell'egualitarismo connaturato al voto per testa, la *reductio ad unum* dei particolarismi cetuali nelle categorie della sovranità statale ha consentito di risolvere in via dogmatica la questione, lasciando però inevaso il tema della coesistenza di interessi eterogenei rispetto a quello individuato come "generale" in un contesto di egemonia borghese (N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, 1991, 68ss.; parla apertamente di "invenzione" dell'interesse generale G. COLAVITTI, *La rappresentanza d'interessi tra Vertretung e Repräsentation*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, a cura di N. ZANON e F. BIONDI, Atti del convegno di Milano, 16-17 marzo 2000, 145ss., 158). Cfr., *amplius*, G. DUSO, *La rappresentanza politica: genesi e crisi del concetto*, 2003, 59ss. La dicotomia fra eguaglianza e libertà trovava la sua soluzione nel paradigma dell'unità dello Stato, in cui si elidevano i termini della dialettica rappresentativa. Paradossalmente forse, ma in coerenza con tale impostazione, lo studio della rappresentanza è stato depurato d'ogni interrogativo sui fondamenti del potere (V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, 1954, 417ss., ascriveva apertamente "allo Stato" e non già al popolo, suo mero "elemento costitutivo", la vicenda rappresentativa) ovvero in buona parte espunto dal novero delle tematiche d'interesse per il diritto costituzionale, teso alla ricostruzione di un proprio *metodo* avulso dalla politica e, in definitiva, ad esso servente (per tempi assai lunghi, come riporta poi F. LANCHESTER, *L'innovazione istituzionale difficile: il dibattito sulla rappresentanza politica in Italia agli inizi della IX legislatura*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4(1992), 910ss). In sintesi, sul punto, V. ANGIOLINI, *La difficile convivenza tra rappresentanza politica e responsabilità giuridica*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, cit., 3ss., 5-6. Di contro, gli spunti della teoria istituzionalista di S. ROMANO, ad es. in *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), ora in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, II ed. 1990 (1950), 379 ss., hanno offerto chiavi di lettura in senso antiformalista dei problemi connessi al rapporto governanti-governati (*ex multis* P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di S. Romano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2011, 1ss.); il Romano stesso, tuttavia, seguiva ad indicare lo Stato come il solo istituto capace "di dare vita ad un ordinamento politico che impedisca alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale" (p. 395) volgendosi poi a giustificare, in qualche modo, il primato dello Stato stesso sull'individuo (già, in parte, ne *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, LXVIII (1901), 3ss., ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1969, 27ss.; cfr. poi S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, 1926, in part. 318-319 per il rapporto fra libertà del singolo e potere dello Stato). Per una disamina dell'evoluzione del concetto di rappresentanza attraverso gli sviluppi della relazione fra individui e potere pubblico, da ultimo, A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, in *Forum Costituzionale*, 3 gennaio 2013, in part. 4ss., 6-8. Sui problemi irrisolti dello Stato fascista corporativo, G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati: contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, 2005, in part. 179ss., ove ulteriore bibliografia. Per quel che attiene agli sviluppi della dottrina italiana, fa riflettere la ricostruzione di V. GUELLI, *Il concetto giuridico della rappresentanza politica e la rappresentatività degli organi di governo*, ora in *Scritti giuridici*, 1976, 146-47, che, rifacendosi all'insegnamento di Orlando, declina la differenza tra rappresentanza e rappresentatività; quest'ultima si configura in via di mero fatto, anche indipendentemente dalla legittimazione elettorale. *Amplius*, D. NOCILLA, R. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. Dir.* XXXVIII, 1987, 543ss., 557-560. In tal senso, la rappresentanza "istituzionale" (V. GUELLI, cit., 153-165) è indifferente al modo di composizione di interessi eterogenei; è sempre la Nazione, in quanto tale, ad essere rappresentata per mezzo di ciascuno degli organi che la compongono. Sulla non configurabilità di una "rappresentanza giuridica di diritto costituzionale" C. LAVAGNA, *Per una impostazione dogmatica della rappresentanza* (1942), ora in *Problemi giuridici delle istituzioni*, 1984, in part. 99ss.; sui riverberi che tali concezioni hanno provocato sulla forma di Stato ai tempi del fascismo, *amplius* L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Jus*, 1968, 69ss.; cfr. A. A. ROMANO, *La rappresentanza politica come legittimazione politica*, in *Archivio di diritto costituzionale*, 1990, 44-45. Il tema dell'incrocio fra rappresentanza e pluralismo d'interessi contrapposti, nella seconda metà del Novecento, ha trovato terreno fertile negli studi sulla funzione del partito politico a livello della forma di governo: è nota l'opera di L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1970, 634ss. È inevitabile allora che le odierne difficoltà teoriche e pratiche in cui si dibatte la "forma partito" si ripercuotano sulla necessità di ricostruire i paradigmi della rappresentazione ordinata del pluralismo: cfr. P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, relaz. al *Convegno AIC*, Alessandria, 17-18/10/2008, *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, in *Astrid-online*, 1-18, spec. 4-6ss.; da ultimo, ID., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, 2011, ad es. 23ss. Sul punto, già in apertura del Terzo Millennio, L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in *Percorsi attuali*, cit., 21ss., 32-33, denuncia la tendenza pernicioso a recuperare in qualche misura gli schemi della "rappresentanza istituzionale". Nel senso della sostituzione del "corpo personale" del *leader* al "corpo impersonale" costituito dall'interesse generale, M. CALISE, *Il partito personale. I due corpi del leader*, II ed., 2010.

za del mandato ricevuto. Effetto tipico della rappresentanza “politica” *versus* quella privatistica è, per l’ap-punto, il suo netto dipartirsi dalle forme di controllo che nel diritto civile spettano al rappresentato.¹⁰

Se la giuridificazione¹¹ della contesa interistituzionale erode oggi gli spazi dell’arbitrio della “politica”, costretta nei limiti concordati fra i centri di potere in vista di un reciproco equilibrio, l’orizzonte dell’interesse generale quale fine di ogni potere pubblico impedisce di richiamare entro termini più stringenti i parametri individuali della rappresentanza. Tanto più si allargano le vie per la partecipazione diretta degli interessi particolari al processo nomopoietico, tanto più stringente si fa l’obbligo di mantenere presso le istituzioni, a contrattare di posizioni parziali, una visione più ampia: l’urgenza, insomma, di tutelare l’interesse della collettività nel suo insieme, a prescindere dalla capacità persuasiva dei singoli gruppi. Perseguire tale interesse, allora, presuppone in capo al rappresentante la capacità di definirlo autonomamente, facendosi portavoce di una *civitas* le cui istanze non sarebbero altrimenti discernibili che in base alla rielaborazione affatto personale da questi condotta.

A tal uopo, il concetto di *nazione*, forgiato sin dai tempi della *Révolution*,¹² scolpisce i tratti di un rapporto astratto eppure di enorme valenza simbolica, la cui sanzione – oltre alle forme ed ai tempi previsti dal sistema elettorale – si lascia cogliere in una prospettiva non giuridica, “liquida” e cangiante, cioè in quell’interazione continua che l’opinione pubblica attraverso i *media* vecchi e nuovi restituisce ai “propri” rappresentanti.¹³

Senza voler entrare nel dettaglio di studi ben più approfonditi, sembra di poter dire che l’idea di nazione, evocata dalle Costituzioni moderne per ridurre *ad unum* la comunità di riferimento, sublima l’idea di rappresentanza poiché ne rende astratti, non immediatamente percepibili, i termini. Non già il rappresentato, non meglio precisabile che nei limiti di un gruppo sociale unitariamente considerato; non già il rappresentante, poiché tutti e ciascun parlamentare sono in egual misura rappresentanti di tutti e ciascun cittadino, senza che dal sacrificio di alcun interesse particolare possa discendere la verificabilità di un inadempimento del mandato.

La coltre d’indefinito che si leva attorno ai meccanismi della rappresentanza “politica”, offuscandone i tratti all’occhio della ragione, dà conto del margine che inevitabilmente residua, là dove il discorso razionale s’impadronisce degli snodi fondamentali della produzione giuridica, alla legittimazione del potere che di tale produzione s’incarichi. Fuor di metafora: l’interazione dei centri del potere pubblico, pur articolati in *pluralisme ordonné*,¹⁴ fatica a trasmettere un senso d’identificazione a chi subisce gli effetti di tale potere; la tormentata razionalità delle procedure non sembra poter supplire ad una carenza emozionale, alla crisi d’identità di un rappresentato ormai multiforme e disordinato, sia nelle organizzazioni in cui esercita la sua attività *politica*, sia nel suo stesso, personalissimo, foro interno.¹⁵

Le difficoltà in cui si dibatte l’uomo contemporaneo, preso in mezzo tra l’esplosione delle frontiere e il vantaggio inevitabile che, in condizioni nuove ed imprevedibili, consegue e mantiene chi ha le risorse per organizzarsi ed incidere sulle scelte pubbliche – rastremando verso l’alto il circuito effettivo della decisione e sottraendone i meccanismi al pubblico controllo – benché rivendichino adeguata *razionalizzazione*, paiono

¹⁰ Come argomenta con forza M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, cit., 109ss., 111. Cfr., *amplius*, M. FRANCANZANI, *La rappresentanza politica: tra pubblico e privato*, in *Atti dell’Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, Tomo CLIV (1995-’96), 197ss.; A. A. ROMANO, cit., in part. 62ss.

¹¹ È noto infatti che tale processo ha investito anche il Capo dello Stato: cfr. A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. Cost.*, 22(2)2013, p. 3 e nota 14, cui adde L. C. BLINCHER, A. MOLANDER, *What is juridification?*, in *Working Paper 14* 2005, *Center for European Studies*, Oslo, p. 1-42; L. C. BLINCHER, *Juridification from below: the Dynamics of Mac Cormick’s Institutional Theory of Law*, in A. J. MENENDEZ, J. E. FOSSUM (a cura di), *Law and Democracy in Neil MacCormick’s Legal and Political Theory: The Post Sovereignty Constellation*, 2011, 27ss., 28, 38. Per un’impostazione critica verso la giuridificazione di talune attribuzioni del Presidente, 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.*, 2006, 2005ss.

¹² Non occorre forse menzionare il celebre scritto di E. J. SIEYÈS, *Qu’est-ce-que le tiers état?*, 1789, ora anche in ed. *online* Leboucher, 2002, ove il concetto di *Nation* appare chiaramente modellato sin dal Capitolo Primo.

¹³ Sul punto, N. URBINATI, *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, 2009, in part. 20ss., quanto all’autonomia politica riconducibile ai consociati, che oltrepassa le singole occasioni elettorali “per investigare invece il *continuum* di influenza e potere creato e ricreato dal giudizio politico e il modo attraverso cui questo *continuum* opera sulle istituzioni rappresentative”. Sull’emergere di meccanismi partecipativi diffusi, contrapposti e complementari rispetto alla liturgia elettorale, tesi a coinvolgere un cittadino altrimenti “passivo”, P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l’âge de la défiance*, 2008.

¹⁴ Così M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, 2 vol., 2006.

¹⁵ Così M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, cit., p. 117; sulla precarietà che caratterizza il presente, *ex plurimis*, Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, 2000, in part. 53ss.

incrementare, paradossalmente forse, il peso della legittimazione emozionale, il bisogno di *affidarsi* a volti rassicuranti, emotivamente coinvolgenti, che diano, in una parola, “fiducia”.

Se la rappresentanza politica si differenzia da quella giusprivatistica per il suo veicolare identità culturali e valori morali, sublimando in una dimensione etica la *fictio* che separa mandante e mandatario, poiché rende il primo compartecipe dell'azione istituzionale del secondo,¹⁶ sembrerebbe infine non potersi prescindere, all'interno della relazione che avvince il rappresentato ed il rappresentante, da una componente personalistica, *altra* rispetto alle categorie del discorso razionale.

L'uno e l'altro elemento convivono dunque non senza difficoltà all'interno della costellazione istituzionale, domestica e globale; la formula della loro convivenza è espressa dall'intreccio tra persone ed istituzioni che, permeando la struttura stessa dei soggetti partecipanti alla formazione del diritto, si disvela nei percorsi della legittimazione del potere ed ambisce a creare quella circolarità virtuosa fra l'uno e l'altro di tali percorsi della quale *supra* si argomentava.

La duplicità ineliminabile racchiusa nella nozione di rappresentanza rende ragione delle contraddizioni che affrontano le istituzioni nel guado fra interessi di parte e interesse di tutti; lavoro di amalgama non trascurabile, peraltro enormemente aggravato, nel suo interfaccia verso i cittadini, dal declino, storico-culturale, sociologico ed etico, del partito politico. Sulle istituzioni, deprivate di un'efficace struttura volta ad organizzare “la organica espressione delle varie correnti della pubblica opinione ed il concorso di esse alla determinazione della politica nazionale”,¹⁷ è piombata l'incombenza di effettuare una sintesi, tanto più ardua quanto più fitte ed imperscrutabili si fanno le relazioni tra gruppi sociali eterogenei.

Nella Costituzione italiana la rappresentanza della *Nazione* ascritta ai deputati, indeterminata nei suoi termini, ma pur sempre esercitata nelle forme razionalizzate del discorso parlamentare, trova il suo contraltare nella rappresentanza dell'*unità nazionale*, di cui si ammantava il Presidente della Repubblica a mente dell'art. 87 comma 11. È questo uno degli snodi fondamentali della mappa che, nella nostra Carta, descrive i fondamenti della legittimazione del potere. Vi si incrociano infatti le linee di forza che veicolano, da un lato, la formazione della responsabilità politica a contraltare di una rappresentanza parlamentare che a stento emergeva dalle strettoie della monarchia statutaria e, dall'altro, la fenomenologia della “rappresentatività” fittizia che, in termini puramente istituzionali, riassumeva in sé lo Stato come *tutto* organico nel suo collegamento diretto, sintetico, con i cittadini.¹⁸

L'unità nazionale può essere approssimativamente individuata – nelle varie ricostruzioni offerte dagli studiosi – lungo l'asse che definisce la caratteristica più nota della figura presidenziale, all'unisono ripetuta, eppure tutta da specificare nei suoi risvolti più concreti: l'imparzialità, il suo essere cioè “al di sopra delle parti”.

¹⁶ Così M. LUCIANI, cit., 115; cfr. L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza*, cit., 36ss., 49ss.

¹⁷ Così l'emendamento all'art. 49 Cost. proposto da Costantino Mortati e poi ritirato, riportato da L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in *Percorsi attuali*, cit., 21ss., 50, n. 82. Sull'intreccio fra evoluzione della rappresentanza, mediazione partitica e libero mandato parlamentare, che riafferma attraverso il partito politico gli strumenti di una più ampia e libera partecipazione “democratica”, *ex plurimis* P. RIDOLA, *Le trasformazioni della rappresentanza politica*, in ID., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., in part. 86ss., ove più ampia bibliografia. Cfr. nota 10, *supra*; v. anche L. CARLASSARE, cit., in part. 49ss.

¹⁸ La difficoltà di concepire l'istituto della rappresentanza in senso giuridico si affianca dapprima all'inconsistenza di una effettiva base “rappresentanda”, politicamente attiva, nell'Italia d'inizio Novecento: non si dimentichi che lo stesso V. E. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* (parte complementare al volume I) 1901, 1069, giustifica la violazione di diritti di libertà – pur sanciti in leggi “concepite in misura largamente liberale” – con la mancanza di “educazione civile” che impediva alla norma stessa di trovare “riscontro nel grado di civiltà del popolo”. G. FILIPPETTA, *Legge, diritto, necessità: i diritti di libertà dall'autolimitazione dello Stato-persona allo stato di diritto d'eccezione*, in *Riv. AIC*, 4/2011, 5-6, colloca in questo passaggio il progressivo svuotamento della riserva di legge e delle sue garanzie partecipative; un'operazione in cui la dottrina del primo Novecento prende parte attiva, ora in nome di un non meglio individuato “spirito del popolo”, ora per la sbandierata tutela “dell'integrità dell'ordine giuridico”. Successivamente, presentandosi l'articolazione corporativa dello Stato fascista come un tentativo, benché in tutto artificioso, di sistematizzazione di una base siffatta, si sono avviati taluni studi sulla rappresentanza, benché slegati, per principio, dall'elemento della legittimazione (cfr. V. ANGIOLINI, op. cit., 16-17; G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, cit., 175ss). L'insufficienza di un simile argomentare all'indagine sui fondamenti del potere pubblico traspare nell'evoluzione del pensiero di Costantino MORTATI, che ne *La Costituzione in senso materiale* (1940) ed. 1998, premessa di G. ZAGREBELSKY, dichiara di procedere “a una ricerca dello Stato stesso...nel suo momento iniziale ed embrionale” (p. 115) sottoponendo a critica serrata la concezione statalista di Orlando. L'illustre A. sviluppa poi tale linea argomentativa nel contesto delineato dalla Costituzione repubblicana (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, IX, ed. Padova 1975, ad es. 36ss). Sul punto, *amplius*, C. ANTONUCCI, *Il bicameralismo nell'opera di Costantino Mortati*, in *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, a cura di M. GALIZIA, 2007, 31ss., 39ss. È proprio l'autolimitazione della scienza giuridica con riguardo alla possibilità di sondare i rapporti fra autorità e libertà ad aver plasmato la nozione di rappresentanza “istituzionale” di cui si diceva *supra* (L. CARLASSARE, cit., 30ss.) che fornisce un modello dogmatico in cui il “rapporto” fra rappresentante e rappresentato vede eliminata “ogni attenzione” (p. 32).

Le plurime, articolate letture che di tale caratteristica sono state fornite si prestano ad una rozza partizione attorno a due poli.

Da un canto, l'azione del Capo dello Stato si svolgerebbe sul piano dell'integrazione delle forze politiche, con le quali si trova in continua interazione e rispetto alle quali è "superiore" non già per *potestas*, per facoltà attribuitegli, ma per *auctoritas*, "autorevolezza", conferitagli dalla sua più solida legittimazione e quindi dalla sua posizione costituzionale, che si protende alla salvaguardia dell'unità della Nazione.¹⁹ Benché più ampia, "superiore" rispetto a quella della maggioranza, tale legittimazione s'incardina nel medesimo pilastro che sorregge gli schieramenti parlamentari. L'imparzialità del Presidente, quindi, si ricollega all'ampia base di consenso necessaria per la sua elezione, che lo pone "al di sopra" delle parti; attribuendogli, in forza di ciò, l'alta funzione di rappresentare "l'unità nazionale".

Ne discende un inquadramento interno al sistema politico, rispettoso dei modi e delle forme all'uopo previste dalla Carta. Benché privo di facoltà tipizzate in corso d'*iter legis*, il Presidente può dunque incidere sull'andamento della politica nazionale e sul processo nomopoietico, con l'autorevolezza della sua "magistratura d'influenza". In tale ottica, il Capo dello Stato è arbitro della contesa politica senza esserne alieno e mette in gioco i suoi poteri nell'equilibrio complessivo fra maggioranza ed opposizioni. Non si staglierebbe insomma "al di sopra delle parti" ma, verrebbe da dire, "fra" le parti medesime, mercé la spendita di "prestazioni di unità"²⁰ volte ad arginare, specie su taluni punti assai sensibili, quelle iniziative della maggioranza suscettibili d'indurre le opposizioni al disconoscimento del sistema; vale a dire, tali da mettere a repentaglio l'unità nazionale.

D'altro canto, la lettura della sua posizione magistrale rispetto alla contesa politica subisce l'influsso della tradizione monarchica, che – come la dottrina ha accertamente indicato²¹ – ricollega alla sua figura un principio di legittimazione autonomo, lo stesso che (sempre in nome dell'unità nazionale) consentiva al Re d'imputarsi poteri tipizzati nel processo di formazione del diritto; ora la sanzione alle leggi del Parlamento, ora la titolarità sostanziale della funzione esecutiva, ora l'amministrazione della giustizia.

La secolarizzazione del potere ha impedito che da tale legittimazione potessero discendere, nelle Costituzioni moderne, facoltà formali incisive nella formazione del diritto. Ciò nondimeno se ne ode l'eco in quegli accenti che, nello scandire i limiti delle funzioni presidenziali, tendono a leggere l'imparzialità alla luce della rappresentanza dell'unità nazionale, quasi a cogliere in quest'ultima la sorgente di una legittimazione

¹⁹ Un'analisi completa delle distinte posizioni assunte dalla dottrina sul controverso tema del Presidente della Repubblica sarebbe oltremodo presuntuosa in questa sede; ci si limita pertanto a richiamare taluni spunti, rinviando ad opere più complete per un doveroso approfondimento. Nel senso prospettato nel testo, se ben si intende, già S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, 1949, ora ne *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantista del Capo dello Stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, 1992, 15ss., 20ss., ove si delinea la figura di un Presidente che "non è mai ingranaggio motore, bensì l'ingranaggio che il moto della volontà statale trasmette e regola". Si ricorda la tesi di C. ESPOSITO, *Capo dello Stato* (voce), in *Enc. dir.*, VI, 1960, 224ss., che, in un'ottica distinta, riconoscendo al Presidente la capacità di intervenire attivamente nelle controversie costituzionali, individua non nella natura dei poteri, ma nella "posizione costituzionale" del Presidente la sua peculiarità significativa, che lo differenzerebbe dagli altri organi dello Stato. Si rammenta, inoltre, la dicotomia tra "unità nazionale" ed "unità maggioritaria" distinte eppure fra loro interconnesse, in A. BALDASSARRE – C. MEZZANOTTE, *Tutti gli uomini del Quirinale*, 1985, in part. 304ss., quale parametro di riferimento dell'attività presidenziale; in tale prospettiva, cfr. A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, 1997, 228ss., 235-237 per la definizione del suo ruolo quale "garante del processo politico-democratico". Che la funzione presidenziale di controllo vada slegata dalla maggioranza e configurata come garanzia politica si legge in L. PALADIN, *La funzione presidenziale di controllo*, in *Quad. cost.*, 1982, 309ss. Cfr. la ricostruzione in termini di "monismo" e "dualismo" della forma di governo, in cui si diano uno o più centri contrapposti di direzione politica, che nella prassi può mutare verso modelli sostanzialmente opposti a quelli formali (200ss.) e la posizione intermedia del sistema italiano (221ss.) in O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, 2010, che giunge a ricondurre al Governo – per non dover ricostruire la legittimazione del Presidente della Repubblica su di un circuito diverso da quello parlamentare – le attribuzioni di quest'ultimo. Un'ampia disamina delle varie posizioni sul tema è da ultimo condotta da A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, 2010, 46ss.; cfr. S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia: You'd better believe it!*, in *Forum Costituzionale*, 29\3\2012, in part. 15ss.; S. GIANELLO, *La sentenza della Corte costituzionale...*, cit., 19ss. Ampiamente, sul tema delle origini della legittimazione presidenziale, D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, 2 volumi, 2011, in part. *Introduzione*, XVIIss. e vol. 1; A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Riv. AIC*, 2\13, 24/5/2013, 1ss.

²⁰ Cfr. ad es. M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in *Riv. AIC*, 2/2013, 4ss. e n. 18.; A. MORRONE, cit., 7ss.

²¹ *Ex plurimis*, D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, cit. vol. 1, *Introduzione*, XXVss; da ultimo, L. TESTA, *L'ipostasi del Presidente della Repubblica e le difficoltà di una sua ricostruzione unitaria*, in *Riv. AIC*, 20/9/2013, 2ss., segnala l'utilizzo di una categoria teologica, "la unione ipostatica", ovvero la reale compresenza, nell'unica persona storica Gesù di Nazareth, di due nature: una umana ed una divina" per segnalare l'inafferrabile dualità della figura presidenziale. L'A., al contempo, segnala che tale unificazione avviene insuperabilmente in via di fatto nell'irripetibile unicità di chi, di volta in volta, riveste tale carica: "del resto non può essere diversamente per un potere che si incarna in un organo monocratico, che si storicizza in un determinato, singolo, irripetibile individuo, con le sue idee e i suoi condizionamenti" (p. 5).

diversa rispetto a quella che al Presidente deriverebbe dall'elezione parlamentare. Così arricchita, l'imparzialità tenderebbe a giustificare *ex se* la partecipazione del Presidente alla direzione della politica nazionale ed alla formazione del diritto; al di là ed indipendentemente dall'imputazione formale di poteri analoghi, inevitabilmente soccombenti dinanzi all'azione del vertice dello Stato.

Una simile lettura, inoltre, pare trovare appiglio nella ricostruzione – peraltro avvalorata dalla giurisprudenza costituzionale – per la quale il Presidente, proprio in quanto rappresentante dell'unità della Nazione, è tramite ideale fra istituzioni e società.²² Conducendo però questa tesi fino alle sue estreme conseguenze, ne deriverebbe che egli, in virtù della speciale qualità del legame che instaura con la “Nazione” e dunque con i cittadini tutti, potrebbe rivendicare una posizione costituzionale “al di sopra delle parti” tale da legittimare interventi anche incisivi nelle vicende politico-istituzionali; interventi capaci, a loro volta, di ulteriormente cementare quella relazione di speciale qualità che unisce la “Nazione” e chi la rappresenta nella sua interezza.

Troverebbe così conferma la celebre teoria del Presidente *pouvoir neutre*,²³ che ne farebbe un arbitro, se si vuole, “meta-parziale”; al di sopra o forse al di là delle parti, eterogeneo rispetto ad esse e diversamente legittimato a farsi interprete della volontà popolare. I suoi poteri dunque, ove fondati su categorie che trascendono la dialettica giuridica per esplicitarsi all'interno della sfera politica, si ammanterebbero di una legittimazione di qualità assai prossima all'afflato carismatico che rivestiva i sovrani.²⁴

Due prospettive, se si vuole, opposte e difficilmente conciliabili, eppure ambedue affluenti alle ricostruzioni della figura del Presidente che oggi impegnano gli studiosi. L'incertezza sui confini della responsabilità presidenziale sta a testimoniare la difficoltà di passare il guado tra l'una e l'altra concezione, entrambe simbolo di epoche contrapposte: l'una già esplorata e ormai forse al tramonto, l'altra avviata verso insondabili approdi. Una difficoltà teorica, prim'ancora che pratica, che genera ibridi indecifrabili, imputando al Presidente in via simultanea facoltà che si giustificano con riferimento ora all'uno, ora all'altro polo identificativo della sua figura. Il rischio è di accogliere, sotto l'ampio vessillo della “imparzialità”, caratteristiche apparte-

²² Per la valorizzazione del nesso tra funzione presidenziale e rappresentanza dell'unità nazionale, da ultimo, V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, 2013, in part. 14ss., nonché 175-176, ove si legge “... non pare che vi sia stata rottura della Costituzione... Il fatto è che la Costituzione ha conferito al Presidente svariati poteri, ma non ne ha proceduralizzato in modo stringente l'esercizio”. Se si segue la tesi ivi riportata, che pare disconoscere l'esigenza di proceduralizzazione delle facoltà presidenziali là dove esse incidano su prerogative di altri organi cui la Costituzione affida funzioni ben specifiche, emergerebbe senz'altro – a presupposto giustificativo della informalità di tali poteri – un legame forte tra la posizione costituzionale del Presidente e la qualità del nesso rappresentativo che lo colloca “al di sopra delle parti”, in base al quale la prima discenderebbe direttamente dalla seconda e non viceversa. È peraltro in forza di tale ricostruzione, che valorizza l'immediatezza del legame che s'instaurerebbe fra potere e individuo, che il Presidente sarebbe fra l'altro “evidentemente” il soggetto istituzionale “chiamato ad apprezzare la sussistenza in concreto dei presupposti umanitari che giustificano l'adozione del provvedimento di clemenza” secondo l'insegnamento di Corte cost., sent. 200/2006, cons. dir. 7.1, sulla titolarità sostanziale del potere di grazia; non occorre ricordare però che la Corte circonda di limiti stringenti l'esercizio di tale potere. Curioso che, se Hegel definiva il Parlamento “porticato fra Stato e società civile”, ora proprio quel posto venga ascritto ad un'istituzione monocratica, i cui percorsi di collegamento con la società civile sorgono e si alimentano in forza di un nesso ideale non sempre sovrapponibile alle vie del discorso razionale; cfr. altresì, in tal senso, M. MAZZIOTTI DI CELSO, G. M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, 2010, 375. Su posizioni legate alla natura politica della figura, G. U. RESCIGNO, ad es. *Art. 87*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, 1978, 170ss., in part. 181ss., che disegna i poteri presidenziali in maniera asimmetrica e variabile rispetto all'atteggiarsi del raccordo Parlamento-Governo, tenendoli però ben distinti – specie là dove, per la debolezza dell'azione impressa dagli organi di tale raccordo, tendano verso la “straordinarietà” – da quelli sprigionati attraverso il circuito parlamentare; cfr. da ultimo ID., *Corso di diritto pubblico*, ed. XIII, 2011, 430. Non a caso, nell'ottica del discorso qui condotto, l'A. tende a svalutare la portata autonoma della locuzione “rappresentante dell'unità nazionale” rispetto a quella di “Capo dello Stato”: cfr. ID., *Art. 87*, cit., 187, contraddicendo sul punto C. ESPOSITO, *Capo dello Stato (voce)*, cit., 234, n. 74. In prospettiva critica A. MORRONE, cit., 8-9; L. TESTA, cit., 13 e n. 72.

²³ La concezione del *pouvoir neutre* di B. CONSTANT, *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties dans une monarchie constitutionnelle*, 1814 e poi *Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France*, (tit. originale, 1815) sul re “esecutivo passivo” è ripresa da C. SCHMITT, *Il custode*, cit., per il capo di stato repubblicano, organo “equordinato” rispetto agli altri poteri dello Stato, “che sta non al di sopra ma sullo stesso piano degli altri organi costituzionali” (209ss.) in quanto capace di influenzarli in forza di una legittimazione diversamente articolata. Se si escludono raffigurazioni assai eleganti, avvertite della necessità di distinguere i due piani, ma che rinunciano di fatto ad una portata precettiva (celebre la distinzione fra indirizzo politico costituzionale e indirizzo politico *tout court*, in P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 307ss., rispetto alla quale si realizzerebbe la “neutralità” del medesimo: già critici A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Tutti gli uomini del Quirinale*, cit., 103ss.) quanto alla definizione dei reciproci limiti fra organi costituzionali, la teoria del *pouvoir neutre* fatica a sviluppare una salda linea argomentativa senza rifarsi ad un principio di legittimazione qualitativamente diverso e capace di sostituirsi in tal forza agli organi del circuito politico-rappresentativo.

²⁴ Come si arguisce dalla “diffidenza kelseniana” verso la dottrina del “potere neutro” (D. GALLIANI, cit., XXVIII) e in genere verso l'istituto presidenziale, che lo porterà alla nota polemica con Carl Schmitt; il problema della “formazione del capo” era del resto avvertito dall'illustre A., ad es. in *Essenza e valore della democrazia* (1929) trad. it., ora in H. KELSEN, *La democrazia*, 1998, 127ss., 128ss.

nenti ora a questo, ora a quell'altro modello; tentazione, invero, assai forte, specie nel torno di tempo presente, ove l'unità del sistema politico-istituzionale è bene tanto apprezzabile quanto apparentemente irraggiungibile.

La deriva impressa dalle attuali circostanze politiche ed istituzionali mostra tutta la corposità delle aspettative che si addensano oggi sul Quirinale, come nubi di tempesta. In simile frangente, spicca la tendenza ad attribuire al Colle, per il sommo bene della "unità nazionale" ed in forza del mellifluido richiamo che tale nozione esercita, facoltà che all'apparenza travalicano le strettoie imposte dalla legittimazione razionale del potere; peraltro asimmetriche e talora sovrapposte a quelle che la Costituzione fa scaturire dal circuito parlamentare o da quello giurisdizionale.²⁵ Col rischio che, revocandone in dubbio non solo i contenuti ma lo stesso criterio fondativo, tali facoltà finiscano – in virtù dell'ascendente carismatico che al Presidente si ascrive – per esautorare i circuiti predetti, svuotandoli di senso; paradossalmente infliggendo, nell'ansia di preservarli integri, un colpo non lieve ai pilastri dello Stato di diritto.

3. Una storia tutta italiana, fardello pesante per la Corte.

Con queste premesse, vale la pena, a distanza di tempo, soffermarsi sugli insegnamenti impartiti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013. A guardarla da una prospettiva più ampia, quasi ad abbracciarne i lineamenti per intero, vi si ammira un grandioso affresco della temperie politico-istituzionale italiana. Fra le righe delle argomentazioni elaborate, la pronuncia lascia intravedere i contorni di una crisi di legittimità senza precedenti per l'ordinamento italiano; sia per la posizione che viene tributandosi al suo vertice, sia per le circostanze concrete che hanno condotto ad un simile tributo.²⁶

È infatti opportuno soffermarsi sul fatto che le intercettazioni Napolitano-Mancino afferivano – benché giudicate irrilevanti ai fini penali – ad un procedimento per "violenza o minaccia a corpo politico, amministrativo o giudiziario", di cui all'art. 338 c.p. Reato di non trascurabile gravità e poderoso impatto costituzionalistico, posto ad estrema difesa delle strutture politico-istituzionali che conferiscono allo strumento penalistico la propria ragion d'essere; descrizione in termini giuridici di un *golpe* se non materialmente promosso, almeno in larga parte concepito. In quanto tale, essa si pone al limite fra penale e politico, là dove la repressione penale s'interroga sulla propria legittimazione;²⁷ poiché l'ordinamento a presidio del quale si pone è

²⁵ Sul punto, *ex multis*, M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corr. Giur.*, 2007, 190ss., poi in *Id.*, *La gabbia*, cit., p. 4 e nota 18, ben raffigura la distonia che consegue dall'attribuzione di poteri incisivi al Presidente in quanto "rappresentante dell'unità nazionale". Del resto, il Comunicato del Quirinale del 5 aprile 2013 col quale il Capo dello Stato ha accompagnato il provvedimento di grazia concesso al colonnello USA Joseph Romano (condannato per la nota vicenda del rapimento di Abu Omar) specie se letto alla luce della giurisprudenza prima citata, icasticamente raffigura il solco che ormai pare scavarsi tra forme diverse di legittimazione del potere. Cfr. le analisi di D. GALLO, *Una grazia contro lo Stato di diritto*, in *Il manifesto*, 10 aprile 2013; A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola e dalla regolarità: la grazia del Quirinale al colonnello USA*, in *Riv. AIC*, 2\2013, 3 maggio 2013. Sul punto, G. SCACCIA, *La grazia di Napolitano al colonnello Joseph Romano e i limiti al potere presidenziale di clemenza individuale*, in www.forumcostituzionale.it, 8 maggio 2013, con vigore evidenzia (p. 3) il "forte limite sostanziale" al potere di grazia – la finalità umanitaria di tale provvedimento – che, nel caso di specie, è "del tutto assente", poiché "la natura politica" del provvedimento di grazia "non solo non è negata, ma anzi è apertamente rivendicata dal Presidente della Repubblica come strumento di politica estera, da collocare nella cornice dell'alleanza strategico-militare con gli Stati Uniti d'America". L'A., sul punto, ricorda l'episodio (luglio 2008) della richiesta di grazia che l'allora Presidente della Repubblica francese Nicolas Sarkozy aveva fatto pervenire al Presidente Napolitano *ad adiuvandum* della posizione di Maria Petrella, ex brigatista rossa estradata per motivi di salute dalla Francia; al diniego opposto dal Quirinale, Sarkozy revocò il decreto di estradizione, così garantendole di fatto asilo politico. Cfr. G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario nell'era di Napolitano (maggio 2006 – settembre 2013)*, in *Riv. AIC*, 209\2013, 13 e nota 64). Al riguardo, inoltre, non si trascuri il significato giuridico e politico del Comunicato del Consiglio Supremo di Difesa del 3 luglio 2013, che – all'indomani del voto parlamentare in merito alla nota questione dell'acquisto degli aerei da guerra F-35 – afferma che "nel quadro di un rapporto fiduciario che non può che essere fondato sul riconoscimento dei rispettivi distinti ruoli" la facoltà del Parlamento di richiedere ulteriori indagini conoscitive sulla natura dei programmi di ammodernamento delle Forze Armate "non può tradursi in un diritto di veto su decisioni operative e provvedimenti tecnici che, per loro natura, rientrano tra le responsabilità costituzionali dell'Esecutivo".

²⁶ Espone sinteticamente le vicende che hanno condotto alla pronuncia della Corte L. TIRA, in *Riv. AIC*, 4\2012; F. VIGANÒ, *La sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra Presidente della Repubblica e Procura di Palermo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16\1\2013; *amplius*, con abbondanti riferimenti alle tesi sostenute dalle parti, A. PACE, *Intercettazioni telefoniche "fortuite" e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Riv. AIC*, 29\3\2013, 3-4; da ultimo, S. GIANNELLO, *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 *Riv. AIC*, 6\9\2013, in part. 2ss. Per approfondimenti di cronaca, cfr. in particolare www.antimafiaduemila.com e www.19luglio1992.org.

²⁷ In simili casi, la collettività – attraverso la lente del processo penale – assume la "consapevolezza ... di non poter contare su alcuna *publica potestas* e di essere anzi alla mercé di un diverso potere, insidioso, occulto, insaziabile" (T. PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448ss., 460) contro il quale il dirit-

messo a repentaglio da un'azione eversiva, che pare implicarne il radicale disconoscimento da parte di soggetti o gruppi in principio ad esso sottoposti. L'accertamento di un simile reato interessa il rapporto fra diritto penale e Stato: se il primo trova ordinariamente nel secondo il suo indefettibile presupposto, in casi simili può ben dirsi che è il secondo, nei meandri dell'indagine, a scoprire qualcosa di più su se stesso, ritrovandosi nei suoi confini più remoti.

Non può allora negarsi che i termini di quel processo toccano in profondità lo Stato italiano nei suoi elementi costitutivi, colorandosi di un'accesa tinta *politica* in senso stretto, ossia d'immediata attinenza con la vita stessa della *polis*.

Ben si comprende allora perché il processo in questione finisca inevitabilmente per aprirsi ad un livello superiore, quello della enorme rilevanza civica dei fatti accertati, che si lascia valutare dalla pubblica opinione ben oltre i limiti della cosa giudicata. Giunge dunque a rappresentare lo specchio di un'epoca, giornalmisticamente denominata "Seconda Repubblica"; metro di giudizio inappellabile per le abilità politiche, le doti morali e le capacità intellettuali di chi ne ha determinato le sorti.

L'intricata vicenda emersa nel corso delle lunghe indagini mette lo Stato di fronte a se stesso e rappresenta plasticamente il cosiddetto "scontro politica-giustizia"; icona ormai mitica, per il dibattito pubblico italiano, di una gestione del potere a tratti familistica ed opaca, perniciosamente a rischio d'incrocio col diritto penale e penale processuale. In nome di una lamentata complessità del concetto di "legalità" che non si esaurisce nella mera applicazione di una fattispecie penale ma vive "dell'interazione fra teoria e pratica", si asserisce la necessità di un certo *self-restraint* da parte della magistratura nel "vegliare sulla legalità", poiché "non è compito del magistrato: in tutti i Paesi democratici è compito dell'Autorità di Pubblica Sicurezza o della Pubblica Amministrazione".²⁸ Costruzione, questa che non si affanna più di tanto a nascondere la sua contiguità col polo della legittimazione fideistica, tipica dei modelli di sovranità assoluta, per i quali la "politica" si fonda su radici "altre" rispetto al gioco delle umane vicende e resta inaccessibile al cittadino-suddito, che ai suoi esponenti non può che "affidarsi" ed obbedire.

Stando così le cose, non può in effetti negarsi che qualsiasi risultanza di un simile processo potrebbe recare conseguenze anche drastiche; sia per i reciproci equilibri tra le forze politiche, sia per il rapporto tra queste e l'elettorato.

Tuttavia nemmeno può negarsi che, proprio per l'altissimo valore civico dei fatti di cui si contende nel "processo alla trattativa", l'interesse del cittadino a conoscerne i dettagli diviene, se possibile, ancor più pressante; proprio in nome di quella necessità di illuminare metodo e merito delle vicende della gestione del potere che è presupposto basilare della sua legittimazione razionale.

L'eccezionalità del frangente, aggravata dalla dura crisi economica, illumina il corto circuito fra i due poli entro i quali si muove il rapporto fra autorità e libertà. Da un lato, per non cancellare le ultime tracce dell'autorevolezza di cui vuole accreditarsi il sistema politico, sarebbe opportuno tenere coperte notizie forse sconvenienti; ragionamento che sottende, evidentemente, l'imbarazzo di non poter sfruttare le virtualità racchiuse nel circuito fra l'una e l'altra forma di legittimazione, rafforzandolo con la rivelazione di fatti non anco-

to penale finisce con l'essere "il più rozzo, il più doloroso, il più costoso e il meno efficace degli strumenti che una comunità civile può mettere in campo per orientare le proprie condotte" (op. cit., 461) poiché, per l'appunto, occorrerebbe trovare gli strumenti per far fronte alla "emergenza politica" (449). Sul punto, si rivela assai utile alla comprensione delle dinamiche sociali di fondo il dibattito sviluppatosi negli anni '90 sui limiti della repressione penale rivolta ad un sistema rispetto al quale "è meno avvertito, per ragioni storiche, il valore etico che si collega al rispetto dei beni della comunità" (A. PAGLIARO, *La lotta contro la corruzione e l'esperienza giudiziaria di "Mani Pulite"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1109ss., 1109). Il tema, invero affascinante e vastissimo, è tra gli altri affrontato da G. FIANDACA, G. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 23ss; cfr. altresì D. PULITANO, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3ss., 7-8. *Amplius*, sull'idea di processo penale e delle sue "garanzie", L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 1989, ad es. 69ss.

²⁸ Secondo L. VIOLANTE, *Magistrati*, 2009, 161-162, "Nella cultura di una parte rilevante della magistratura, il fondamento delle iniziative penali non è più soltanto l'applicazione delle leggi penali, ma il controllo di legalità, inteso non come ricostruzione della legalità violata, ma come verifica che la legalità non sia stata per caso violata. Questa versione "preventiva" del controllo di legalità introduce inoltre elementi di carattere non giuridico e quindi estranei all'opera dei magistrati. La legalità non è solo la somma delle leggi esistenti; è anche l'insieme dei valori che stanno alla base delle leggi e della Costituzione; è la sintesi dei loro significati, che si alimentano per il continuo rimando tra teoria e pratica". Cfr. 163. Comunque voglia interpretarsi questa definizione – peraltro limitata alla sfera dei reati contro la pubblica amministrazione, per non meglio specificate ragioni – attribuirvi la pertinenza di elementi non giuridici indica con sufficiente chiarezza il modello di riferimento quanto alla legittimazione del potere. Del resto, a p. 3, l'A. riporta una citazione di Francis Bacon che fugge i residui dubbi, sia per la persona (consigliere di Giacomo I *Stuart*, sovrano di forti tendenze assolutistiche, passato alla storia per la celebre disputa col giudice Coke nella "lotta per il diritto" dell'Inghilterra del secolo XVII) sia per il suo tenore letterale: "I giudici devono essere leoni, ma leoni sotto il trono". Per una critica a siffatta ricostruzione, si perdoni il rinvio a G. VOSA, *Il senso dell'Italia per le riforme (istituzionali)*, in C. DE CESARE (a cura di), *Lezioni sul Parlamento nell'età del disincanto*, 451ss., 509ss. e note relative.

ra assurti alla coscienza comune. Di contro però, per riattivare i meccanismi arrugginiti della legittimazione razionale discorsiva – l'inceppamento dei quali rischia di trascinare in un gorgo il sistema delle istituzioni, con effetti esiziali per l'ordinamento democratico – urge che fatti di simile portata siano tempestivamente indagati e resi pubblici; anzi, accuratamente scandagliati nel pubblico dibattito.

La Corte costituzionale, investita della vicenda dal Quirinale, si è ritrovata in una posizione assai scomoda.²⁹

Per un verso, infatti, era chiamata all'esercizio di quella funzione di garanzia costituzionale che, sebbene autonoma e distinta rispetto a quella svolta dal Presidente, non può che svolgersi in armonia con questa, pena la frattura dell'unità ordinamentale cui entrambi, su posizioni diverse, sono preposti. Difficilmente allora poteva negarsi alla vidimazione della tesi del Capo dello Stato; proprio perché questi, giocando la carta del ricorso costituzionale in un caso siffatto, ha messo sul tavolo tutto il suo peso istituzionale e a un tempo politico, accreditandosi – proprio in un frangente così delicato – quale figura di riferimento assoluto per il sistema nel suo complesso, indispensabile collante per la ricomposizione di un'unità nazionale irraggiungibile altrimenti.³⁰

Per altro verso, la Corte non poteva dimenticare il suo ruolo di garante della Costituzione, dunque – volendo citare la *Déclaration* del 1789³¹ – a tutela della separazione dei poteri e della garanzia dei diritti. Atteso il principio della sovranità popolare di cui all'art. 1, la Carta milita in effetti a favore del primato della legittimazione razionale del potere su quella carismatica; presupponendo allora il relegamento nell'alveo dell'eccezione, debitamente motivata nell'interesse dei cittadini, di ogni privilegio attribuito a chi gestisce la cosa pubblica.

Il compito cui la Corte è stata chiamata appare, a ben vedere, una *mission impossible*: ricostruire secondo categorie razionali una funzione, quella presidenziale, che chiedeva di esser concepita in termini molto ampi, valvola di chiusura di un intero sistema la cui tenuta, si asseverava, fosse ormai al limite.³² In-

²⁹ Mette conto di riportare quell'opinione, invero minoritaria in dottrina, che palesava le difficoltà di concepire il Capo dello Stato come parte in causa nei conflitti di attribuzione: V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi in onore di E. Crosa*, I, 1960, 651; C. ESPOSITO, *Capo dello Stato e controfirma*, 1962, 77, ove si argomentava sulla natura personale delle relazioni tra Presidente e ministri. Ne segnala il superamento A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1 e n. 1-2, ove i riferimenti menzionati.

³⁰ Non è questione, solo, di competenze, ma anche di comportamenti. Questa circostanza, del tutto straordinaria, non consente di dire che si tratti d'una normale disputa costituzionale che attende una normale pronuncia in un normale giudizio. È 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. Presidente e Corte, ciascuno per la sua parte, sono entrambi "custodi della Costituzione". Sarebbe un fatto devastante, al limite della crisi costituzionale, che la seconda desse torto al primo; che si verificasse una così acuta contraddizione proprio sul terreno di principi che sia l'uno che l'altra sono chiamati a difendere. Così, nel momento stesso in cui il ricorso è stato proposto, è stato anche già vinto. Non è una contesa ad armi pari, ma, di fatto, la richiesta d'una alleanza in vista d'una sentenza schiacciante". Così G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione*, in *La Repubblica*, 17/7/2012. "Un gesto a dir poco forte" lo valuta M. FRANCO, in *Il Corriere della sera*, 17/7/2012. Segnala la continuità fra la posizione di cui si è in altri frangenti accreditato il Capo dello Stato e le risultanze del giudizio costituzionale A. SPERTI, op. cit., 6 e nota 27. Sottolinea A. PACE, op. cit., 7, che "il destino della vicenda processuale culminata con la sentenza 1 del 2013 era segnato sin dal suo nascere. In primo luogo perché il rigetto del ricorso avrebbe reso possibile la diffusione delle intercettazioni accidentali, che sarebbe stato esiziale per il delicatissimo equilibrio su cui si reggeva il contesto politico-istituzionale qualora fosse consistito anche solo in un apprezzamento del Capo dello Stato poco meno che positivo nei confronti di uno dei leader della maggioranza parlamentare che sosteneva il governo Monti. In secondo luogo, perché la Corte costituzionale si sarebbe trovata in grave imbarazzo a contraddire il Capo dello Stato in quelle che egli ritiene di essere le prerogative della sua funzione". G. AZZARITI, *Un conflitto senza regole*, ne *Il Manifesto*, 17/7/2012, sottolinea che la presentazione stessa di tale ricorso "dimostra il deterioramento cui sono giunti i rapporti tra le istituzioni repubblicane". Ritiene tecnicamente inadatta la via seguita dalla Corte, sostenendo che avrebbe dovuto risollevarne la questione davanti a se stessa, M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, cit., p. 2 e nota 8, ove l'opinione contraria (nel senso di una "lettura adeguata" delle disposizioni inerenti al giudizio di V. ANGIOLINI, *Il Presidente, le intercettazioni e la Corte: quando il topolino partorisce la montagna il parto è difficile*, in *Corr. Giur.*, 4/2013, 449ss., 450.

³¹ L'art. XVI della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, approvata dall'Assemblea Costituente dal 20 al 26 agosto 1789 e sanzionata dal Re di Francia il 5 ottobre, com'è noto, così recita: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution*.

³² Come traspare dal tenore complessivo del ricorso, nonostante la citazione di Einaudi (già criticata da G. ZAGREBELSKY, cit.) ed il richiamo all'integrità delle "prerogative da consegnare al successore": cfr. il Comunicato della Presidenza della Repubblica del 16/7/2012, nonché gli atti dell'Avvocatura, anche in *Forum Costituzionale* online. Cfr., di contro, A. MANZELLA, *Conflitto di poteri: l'equilibrio smarrito*, in *La Repubblica*, 18/7/2012; M. AINIS, *Le istituzioni e le persone*, in *Corriere della sera*, 17/7/2012; ID., *La Procura, il Quirinale e le regole violate*, in *L'Espresso*, 19/7/2012; P. A. CAPOTOSTI, *Ristabilire il rispetto della legge*, in *Il Messaggero*, 17/7/2012; U. DE SIERVO, *Ristabilire il senso del limite*, in *La Stampa*, 17/7/2012; F. P. CASAVOLA, *La tutela del Colle l'unico obiettivo*, in *Il Mattino*, 17/7/2012. Sull'esistenza di precedenti intercettazioni casuali del Capo dello Stato, relative alla vicenda degli appalti del G8 e del terremoto de L'Aquila, per cui non è stata sollevata alcuna controversia, G. CAPORALE, *Spunta un'altra intercettazione con Bertolaso*, in *La Repubblica*, 17/7/2012; cfr. l'intervista a Bertolaso di M. PAGANI, *Perché non escono le mie telefonate con Napolitano?*, in *Il Fatto Quoti-*

somma, una “funzione” da ricostruirsi con l’aiuto di strumenti non così distanti dal polo tipicamente opposto a quello della legittimazione razionale discorsiva.

4. Gli argomenti della Corte: a) le attribuzioni “diffuse” del Presidente e le loro conseguenze (limitate ad un piano processuale!)

La Corte è chiamata a cimentarsi sul terreno impervio della disciplina delle intercettazioni, peraltro già ampiamente battuto in termini non sempre andati esenti da critiche. Tema, questo, al crocevia tra diritto penale e costituzionale; forse per l’importanza politica del caso e la risonanza conferitagli dai *media*, si è scelto di nominare due relatori distinti per sensibilità, competenze tecniche, *background* professionale e modalità d’elezione. “Precauzione” peraltro non scontata, quasi a voler sottolineare la ricerca, da parte della Corte, di una più forte legittimazione a sostegno dell’autorevolezza della pronuncia, di cui non sfugge l’estrema delicatezza.

Allo scopo di rafforzare la posizione del Presidente senza venir meno al proprio ruolo, la Corte segue un percorso complesso, articolato in due passaggi. Nel primo, si dedica a ricostruire il novero delle attribuzioni del Capo dello Stato in maniera che potrebbe denominarsi *diffusa*, poiché contigua all’esercizio di ciascun potere pubblico e volta a porre “*in collegamento tutti i titolari delle istituzioni di vertice, esercitando quei poteri di impulso, di persuasione e di moderazione...richiedenti necessariamente discrezione e riservatezza*”. Nel passaggio successivo, a mente della predetta ricostruzione, si volge a rinvenire nell’ordinamento – mercé un’ardita interpretazione sistematica – la norma che sancisce l’inviolabilità delle conversazioni del Presidente, così dettando al giudice la strada da seguire.

È ben attenta però, la Corte, a non trarre da un simile ragionamento le conclusioni più rigorose: e cioè che le conversazioni intrattenute con privati cittadini vadano ricomprese fra le attribuzioni presidenziali. Dall’atteggiarsi “diffuso” di queste, infatti, la Corte non ricava che una conseguenza di ordine processuale, ossia la necessità di procedere alla distruzione delle suddette conversazioni *inaudita altera parte*. In sostanza, la “diffusività” delle attribuzioni comporta non già che le conversazioni possano considerarsi ad esse inerenti e dunque “coperte” in quanto funzionali, ma – al contrario – che per le conversazioni, “poiché strumentali all’esercizio di tutte” le attribuzioni, non valga il criterio discretivo di ordine funzionale ai fini della loro riservatezza, dunque dell’inutilizzabilità delle intercettazioni relative. Costruzione, questa, che mostra le sue crepe lungo tutto l’*iter* argomentativo della pronuncia, rivelandosi forse, in fine, non del tutto coerente con i risultati cui la sentenza sembrerebbe voler pervenire.

La ricostruzione della figura del Capo dello Stato, con la quale si apre la motivazione, è condotta in termini assai significativi; c’è da condividere – non senza timore – l’affermazione di chi ha scritto che “sarà citata in ogni manuale di diritto”.³³

Secondo la Consulta, la Carta colloca il Presidente “al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato”.³⁴ Affermazione che, ove si voglia ricondurre la separazione dei poteri alla divisione funzionale intervenuta nel processo di unificazione in organi statali del particolarismo degli ordini medievali, a prim’acchito rende ampia ragione del “tono” cui la decisione s’informa. Consapevoli, forse, della dirompenza dell’*exordium*, i giudici

diano, 5/8/12. Sull’esistenza di ulteriori conversazioni riguardanti il Presidente Scalfaro e l’allora a.d. della Banca Popolare di Novara, F. CERRONE, *Presidente della Repubblica e magistratura: conflitto o leale collaborazione?*, in *Riv. AIC* 4/2012, 23/10/12; M. RUOTOLO, *Il Presidente intercettato. Quella volta che al telefono c’era Scalfaro*, in *ilsussidiario.net*, 22/7/12. Emerge con chiarezza in entrambi gli A. il profilo della potenziale lesività per i diritti di terzi derivante della distruzione senza contraddittorio delle intercettazioni in cui si ode la voce del Presidente; ne rende conto altresì D. CHINNI, *Brevi riflessioni sull’intercettazione di comunicazioni del Presidente della Repubblica*, in *Forum costituzionale*, 24/11/12, ove ulteriore, ampia bibliografia. Da ultimo, cfr. S. GIANNELLO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013*, cit., 8ss.

³³ M. AINIS, *La sentenza della Consulta è un lascito al Presidente che verrà*, ne *Il Corriere della sera*, 16/1/2013. Ne sottolinea altresì l’importanza 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 sistema costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5/2/2013, p. 2-3, ove il paragone con la sentenza n. 200/2006 sul potere di grazia; cfr. note 8-12 per riferimenti bibliografici in merito alla “sovraesposizione” recente del ruolo presidenziale (M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia*, cit.) che si è recentemente approssimato a quello di un “contropotere d’influenza” secondo la definizione di C. FUSARO, *Un Presidente contropotere d’influenza*, in G. PASSARELLI (a cura di) *Presidenti della Repubblica. Forme di governo a confronto*, 2010, p. 204, cit. in nota 11. Cfr. sul punto A. SPERTI, cit., 4ss. e note relative.

³⁴ Sembra in effetti, nelle parole della Corte, riecheggiare un timbro *constantiano*, per cui il Presidente (in quanto “Capo dello Stato”) gode di una legittimazione in qualche modo esterna al circuito della volontà popolare. Argomenta con vigore per l’insostenibilità di una simile ipotesi – cfr. altresì *supra*, note 23-27 – M. LUCIANI, *La gabbia*, cit., 10.

vergono subito dopo una frase più rassicurante, “e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche”. In conseguenza di tale collocazione, si dice, le attribuzioni presidenziali si caratterizzano per un alto grado di duttilità, riconducibile ad un “potere di persuasione” verso gli altri organi istituzionali, tipico di una “magistratura d’influenza”. Pare di poter dire, allora, che la c.d. *moral suasion* di cui ampiamente rende conto la dottrina³⁵ trovi qui la sua agognata sanzione costituzionale. Tuttavia, riverberandosi tale “potere di persuasione”, tra l’altro, sul procedimento legislativo, nei termini di una sostanziale partecipazione all’esercizio di questo³⁶ – nonché, come a più riprese segnalato, sull’emanazione dei decreti legge³⁷ – viene il dubbio che la figura presidenziale si collochi non solo “al di fuori” dei tradizionali poteri dello Stato, ma altresì “all’interno” di ciascuno di essi. Con ciò si rafforza la peculiare concezione delle relative attribuzioni, prima denominate “diffuse”; volte cioè alla tessitura continua di “una rete di raccordi” allo scopo di “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”.

L’anzidetta “diffusività” delle attribuzioni presidenziali ha come corollario l’impossibilità di definirne i confini in termini oggettivi: nelle parole della Corte, “[l]e attività informali sono ... inestricabilmente connesse a quelle formali”. Si desume che tali attribuzioni non sono suscettibili di connotazione sotto il profilo del “chi”, del “cosa”, del “come”; vanno pertanto individuate unicamente in base al “perché”, alla finalità dell’unità nazionale, i cui margini – non meglio specificati – difficilmente potrebbero prestarsi all’apprezzamento di altri che non fosse il Presidente medesimo.

In ragione della peculiarità intrinseca della funzione presidenziale così ricostruita, la Corte nega di poter applicare al Presidente la disciplina delle intercettazioni dei parlamentari. A differenza di questi, 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*”. Una *deminutio* di mera facciata, in virtù della quale i giudici sostengono che il silenzio della Carta sul punto valga “*inderogabilità ... della riservatezza della sfera delle comunicazioni presidenziali*”, stante peraltro “*la mancata previsione di atti autorizzatori simili a quelli contemplati per i parlamentari ed i ministri, e la carenza inoltre di limitazioni esplicite per categorie di reati stabilite da norme costituzionali*”.

Dal ragionamento seguito dalla Corte, parrebbe dedursi che il peculiare atteggiarsi delle funzioni presidenziali implichi l’impossibilità di escludere che tali conversazioni, ancorché private, vi rientrino. E invece no: come detto, la Corte si guarda bene dall’includere tali conversazioni nel novero delle attribuzioni sostanziali del Presidente. Invero, al confronto con le funzioni “tipiche” del parlamentare, da cui discende il regime processuale delle intercettazioni, ben se ne comprende – dall’ottica della Corte – la ragione. Se infatti – come per il parlamentare – la Corte valorizzasse il nesso tra funzione e trattamento processuale delle attività a questa inerenti, l’inviolabilità attribuita alle conversazioni presidenziali potrebbe veder allargata oltre misura i suoi confini, estendendosi le relative conseguenze ben al di là del piano processuale entro il quale il giudice costituzionale intende restringerle. Qualora la Corte facesse discendere l’inutilizzabilità delle intercettazioni con privati dall’appartenenza sostanziale delle conversazioni al novero degli atti funzionali, ne deriverebbe – stante l’estrema contiguità di tali atti con la sfera personale del Presidente – un certo imbarazzo nell’individuare con criterio tendenzialmente oggettivo i limiti della “funzionalità” e quindi della previsione di irresponsabilità di cui all’art. 90 Cost., alla quale conseguirebbe la sottrazione al giudice del sindacato relativo. Una simile ricostruzione, invero coerente con l’insegnamento qui impartito, contrasterebbe però con la giurispru-

³⁵ Sulla lettura del ruolo presidenziale con riferimento agli anni recenti ed ai suoi rapporti col modello originario per quel che attiene alla formazione delle leggi, D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, cit., vol. 2, 512ss.; A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica*, cit., 161ss.; O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., 96ss. Da ultimo, R. BIN, *Il Presidente della Repubblica e la topologia della forma di governo*, 2013, in www.robertobin.it, par. 3. Sulle ultime evoluzioni della Presidenza Napolitano, *ex multis*, V. LIPPOLIS, G. M. SALERNO, *La repubblica del Presidente*, cit.; D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano. Evoluzione politico-costituzionale della Presidenza della Repubblica*, 2012; cfr. *Quad. Cost.* 1/2013, ove, per un resoconto analitico delle attività presidenziali, cfr. in part. G. SCACCIA, *Il “settennato” di Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva*, 93ss., 98ss.

³⁶ Su cui, oltre agli A. già citati, *ex multis*, A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con “motivazione”... contraria?*, in *Forum costituzionale*, 1/7/2012, 1ss.; G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *Riv. AIC*, 1/2011, 1ss., spec. p. 6 e nota 24 sul nesso con l’evolversi del concetto di ragionevolezza alla base del vaglio di compatibilità delle leggi con la Costituzione.

³⁷ Su cui A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Pol. dir.*, 1981, 306 ss.; più di recente, con riferimento al “caso Englaro”, dal *Forum astrid-online*, i contributi di V. ONIDA, C. CHIOLA, G. SERGES, A. CERRI, M. LUCIANI, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, P. CARNEVALE, G. FERRARA, U. ALLEGRETTI, S. STAMMATI, G. AZZARITI *et alt.*, <http://www.astrid-online.it/Libert--di/FORUM--II/>, 5/7/2009.

denza della Corte, là dove – sent. 154/2004 – essa afferma la competenza dei giudici comuni a pronunciarsi in prima battuta sulla natura funzionale o extra-funzionale dei reati presidenziali.³⁸

La scissione concettuale fra regime sostanziale delle conversazioni presidenziali e regime processuale delle intercettazioni che le riguardano – le prime, legate alla funzionalità; le seconde, “inconferenti” rispetto alla distinzione tra atti funzionali ed extra-funzionali – appare a dir il vero non saldissima nel suo fondamento logico. Eppure è enunciata in modo molto chiaro: “*al fine di determinare l’ampiezza della tutela della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, non assume alcuna rilevanza la distinzione tra reati funzionali ed extra-funzionali, giacché l’interesse costituzionalmente protetto non è la salvaguardia della persona del titolare della carica, ma l’efficace svolgimento delle funzioni di equilibrio e raccordo tipiche del ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano, fondato sulla separazione e sull’integrazione dei poteri dello Stato*”. Né varrebbe, in siffatto contesto, obiettare che le proposizioni enunciate come contrapposte sono in realtà complementari: la “salvaguardia della persona del titolare della carica” è, di norma, esattamente strumentale alla tutela di un “efficace svolgimento delle funzioni ...”. A questo punto, l’affermazione che la Corte si preoccupa di giustapporre – “[a]llo scopo di fugare ogni ulteriore equivoco sul punto, va riaffermato che il Presidente, per eventuali reati commessi al di fuori dell’esercizio delle sue funzioni, è assoggettato alla medesima responsabilità penale che grava su tutti i cittadini” – ha un acre sapore di *excusatio non petita*. Restando nell’ordine di idee sin qui esposto, infatti, non si vede come possa contestarsi l’attinenza di una qualsiasi condotta – ancorché, in ipotesi, corrispondente ad un reato comune – alle attribuzioni presidenziali così ricostruite; né quale giudice possa, nel caso, arrogarsi il diritto di sindacare tale qualifica di funzionalità.

Con estrema prudenza, allora, la Corte è costretta a svilire il criterio funzionale, limitando gli effetti della propria ricostruzione al caso di specie: proprio perché tale ricostruzione ha l’effetto di “defunzionalizzare” la figura del Capo dello Stato, eliminando ogni riferimento puntuale ad una concettualizzazione di tali funzioni che non si rimetta a quell’elemento finalistico, poco o punto decifrabile da altri se non del Presidente medesimo, che si è prima enunciato e che ripete il *proprium* di una legittimazione schiettamente carismatica.

Se da un lato però la Corte cerca di svalutare la pregnanza della ricostruzione svolta, sterilizzandola ai fini sostanziali, nondimeno vi fonda l’inviolabilità processuale assoluta delle comunicazioni del Presidente: incluse quelle comunicazioni che – è bene ricordarlo – avevano come interlocutore un privato cittadino, dunque non un *leader* di partito, né un “esponente della società civile organizzata”, né il titolare di alcuna carica pubblica prevista dall’ordinamento.

Così seguitando, la Corte adopera termini di paragone alquanto impegnativi.

Anzitutto, impressiona il richiamo alla presidenza del Consiglio Supremo di Difesa quale esempio di attribuzione del Capo dello Stato nell’esercizio della quale occorre senz’altro tutelare la riservatezza delle sue comunicazioni. Impressiona perché riecheggia toni da “stato di eccezione” evocando scenari da guerra, ancorché “civile”,³⁹ come in effetti il caso della “trattativa Stato-mafia”, se letto nei termini suggeriti dalle carte processuali, forse implicitamente suggerisce. Menzione invero inquietante pure nelle modalità d’uso in corso d’*iter* argomentativo, poiché a lungo indugia sulle corde dell’emozione. Non tutti gli atti del CSD sono in quanto tali assoggettati ad una particolare riservatezza, né ricollegabili ad una guerra in atto o comunque ad esigenze ultime di sopravvivenza dello Stato. Secondo l’art. 2 del d. lgs. 66/2010, *Codice dell’ordinamento militare*, il CSD “esamina i problemi generali politici e tecnici attinenti alla difesa nazionale e determina i criteri e fissa le direttive per l’organizzazione e il coordinamento delle attività che comunque la riguardano”. Ben

³⁸ Parimenti, in tal modo, ne sarebbe aggirata la considerazione che, nella stessa sentenza, la Corte pone a limite della irresponsabilità presidenziale: “*non può condividersi, sul piano sostanziale, la tesi secondo cui anche gli atti extra-funzionali, o almeno tutte le dichiarazioni non afferenti esclusivamente alla sfera privata, del Presidente della Repubblica dovrebbero ritenersi coperti da irresponsabilità, a garanzia della completa indipendenza dell’alto ufficio da interferenze di altri poteri, o in forza della impossibilità di distinguere, in relazione alle esternazioni, il munus dalla persona fisica*” (C. cost., 154/2004, Cons. dir. 5/6).

³⁹ Va detto che anche tale richiamo si pone in continuità con la funzione di alta direzione politica che il Presidente Napolitano ha impresso al Consiglio Supremo di Difesa, convocandolo ogni quattro mesi (contro i 6/12 dei suoi predecessori) quasi ad interpretarlo “non come mera sede informativo-conoscitiva nella quale il Presidente della Repubblica è messo al corrente delle determinazioni governative, ma come foro di elaborazione comune – e paritaria – della politica nazionale di difesa”. Così G. SCACCIA, *Il settennato...*, cit., 102. Resta dubbio se tale evoluzione in senso “ordinario” del CSD sia da inquadrarsi nell’eccezionalità contingente (con riferimento alla scarsa credibilità internazionale del Paese durante il Governo Berlusconi 2008-’11) ovvero possa stabilizzarsi il “potenziamento del ruolo propulsivo e di indirizzo del consesso e la possibile riduzione, in materia, del Consiglio dei Ministri ad organo ratificatore” (G. SCACCIA, *ibid.*). Certo è che il Comunicato del CSD del 3 luglio 2013 (su cui *supra*, in nota) pare militare verso il deciso rafforzamento di una posizione autonoma dell’organo nella determinazione della politica estera e di difesa, verso la quale il ruolo giocato dal Quirinale aumenta esponenzialmente.

può allora il Presidente, a voce dell'art. 8, convocarlo per motivi di *routine*, che anzi sono la norma e non si riconducono *tout court* ad ipotesi di segreto. La Corte però, con uso sapiente delle parole, lascia aleggiare una sensazione di "eccezionalità" inducendo il lettore al collegamento tra funzione tipica e riservatezza delle conversazioni nello stato d'eccezione. Così strutturato, l'argomento spinge all'identificazione tra i due piani, sì da porsi a fondamento di un'esigenza di segretezza "*sulla quale non occorre dare particolare dimostrazione*"; se si approfondisse, infatti, verrebbe meno l'aura di eccezionalità che si è lasciata sottintesa e che la Corte si studia di non disperdere.

Un'argomentazione dai toni assai evocativi, ma non già inattaccabile; corredata peraltro dal richiamo al potere di scioglimento quale occasione ulteriore per l'attivazione della "rete di raccordi" in cui si esplicano le attribuzioni presidenziali, in virtù della quale deve essere protetta la riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato. Un caso forse più rassicurante, ma ben diverso da quello di specie: si tratta di un potere costituzionalmente tipico, peraltro condiviso col Presidente del Consiglio, che si dispiega all'interno del perimetro degli organi costituzionali e non prevede, nel suo esercizio, interlocuzioni con semplici privati cittadini.⁴⁰

5. Gli argomenti della Corte: b) il fondamento normativo dell'inviolabilità delle conversazioni presidenziali.

Seguitando nella sua argomentazione, la Corte giunge ad affrontare il nodo della questione: si occupa cioè di rinvenire una norma che, stante la natura diffusa delle attribuzioni presidenziali, imponga la segretezza assoluta delle conversazioni del Capo dello Stato, nonostante il silenzio del diritto positivo e l'obbligo di stretta interpretazione cui vanno soggette le norme attributive di speciale privilegio.

A tale scopo, la Corte, in un passo memorabile, osanna all'interpretazione sistematica quale espressione di una suprema e raffinata attività ermeneutica:

L'interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica.

Non varrebbe, nel caso di specie, obiettare che – atteso il vincolo di stretta legalità – non certo ampio è il margine a disposizione dei magistrati penali per un'interpretazione analogica, estensiva, o anche soltanto imprevedibile, a mente dell'art. 101, secondo comma, Cost. Parimenti, è superfluo notare che un attimo prima la Corte stessa aveva tratto dall'inesistenza di una disciplina positiva sul soggetto cui spetterebbe autorizzare le intercettazioni presidenziali la conseguenza che tale autorizzazione non è prevista perché non è necessaria, stante la natura più ampia della relativa garanzia. Il silenzio della legge vale assenza prima, esistenza poi, d'un istituto giuridico, in base ad un'interpretazione sistematica cui i dati testuali, pur presentati come argomenti a supporto, vanno scopertamente a corollario, elaborati dalla Corte proprio sulla scorta della "sua" lettura del ruolo del Presidente della Repubblica.⁴¹

I giudici si cimentano allora nella dimostrazione della preferibilità del metodo ermeneutico sistematico su quello letterale.⁴² Muovono, a tale scopo, dalla "immunità di sede" riconosciuta agli organi costituziona-

⁴⁰ Rassicurante, invero, poiché compreso nei profili di "ordinarietà" delle funzioni presidenziali; non certo pacifico per quel che attiene alla titolarità ed ai modi di esercizio del potere di scioglimento, questione invero ampiamente dibattuta dalla dottrina e non certo risolta nel senso di attribuirlo *tout court* al Capo dello Stato senz'altra indicazione. Sul punto si sofferma S. CECCANTI, *Una prima lettura rapida in 7 punti della sentenza 1\2013*, in *Forum di Quad. cost.*, 16\1\2013, p. 2, ove ricostruisce la tesi propugnata dalla Consulta e sottolinea che tale questione "merita più di un approfondimento" in vista della sua dubbia conciliabilità con quella "mistica del concetto di garanzia" di cui si ammantava l'istituzione presidenziale nel telaio della Costituzione vigente. In senso analogo M. TIMIANI, *In margine al conflitto tra Capo dello Stato e Procura di Palermo, ovvero del potere di scioglimento delle Camere*, in *Forum di Quad. Cost.*, 8\2\2013, p.2, ove maggiori riferimenti. Sul tema, più in generale, M. BELLETTI, *Forma di governo parlamentare e scioglimento delle Camere. Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*, 2008, ove ampi riferimenti alla prassi statutaria sia piemontese che italiana ed al dibattito in Costituente (306ss).

⁴¹ A. MORRELLI, *La riservatezza del Presidente. Idealità dei principi e realtà dei contesti nella sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28\3\2013, 5-6, 9, avverte la forte problematicità di tale passaggio, pur sostenendo che la limitazione ai mezzi di prova "rientra nella logica del bilanciamento dei principi costituzionali rigorosamente seguita dalla Corte".

⁴² Sull'uso "spregiudicato" di tale metodo esprime perplessità A. ANZON DEMMIG, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla Costituzione*, in *Riv. AIC*, 8\3\2013, 2-3, 5. Al riguardo, merita menzione, per l'elevatezza dei toni, C. cost., 87/2012, *Cons. dir.* 5.1: "Le immunità riconosciute ai pubblici poteri, introducendo una deroga eccezionale al generale principio di eguaglianza, non possono che originarsi dalla Costituzione (sentenza n. 262 del 2009) e, una volta riscontrata tale derivazione, sono co-

li pur in carenza di indici testuali, in virtù dell'autonomia regolamentare: essi infatti "esplicitano una garanzia funzionale presente nella Costituzione, e per questa ragione sono con essa perfettamente compatibili". L'immunità della sede – soggiungono i giudici – vale a desumere dal testo costituzionale l'esistenza di una generale garanzia di inviolabilità a favore di questa, di ampiezza anche maggiore del solco tracciato dalle norme di diritto positivo.

Si segua il ragionamento della Corte: l'invulnerabilità delle comunicazioni del Presidente si estende al di là dei vincoli espressamente stabiliti, in ragione di un principio – l'immunità di sede – che massimamente va ricollegato alla funzione, poiché riguarda il luogo in cui si esercitano quelle attività che è necessario, nell'interesse della collettività, tutelare.

La già tormentata argomentazione volta a tener fuori le conversazioni presidenziali dalla distinzione tra condotte funzionali ed extra-funzionali pare qui attorcigliarsi ulteriormente. Eppure, è riproposta allorché la Corte ripercorre la disciplina dell'irresponsabilità del Presidente ex art. 90 Cost.: irresponsabilità, invero, funzionale e totale, rispetto alla quale la previsione dell'art. 7, comma 3, della legge 219 del 1989 (che autorizza le intercettazioni – dirette – del Presidente sospeso dalla Corte in sede di giudizio di accusa ex art. 12, comma 4, l. cost. 1\1953) è appunto strumentale all'accertamento dei reati funzionali di cui al menzionato art. 90 Cost. Da tale legge, sostiene la Corte, è possibile ricavare un'eccezione al generale divieto di intercettare le comunicazioni del Capo dello Stato.

Con analoga linea argomentativa, la Corte giunge a disconoscere nel caso di specie la rilevanza della distinzione fra intercettazioni dirette, indirette e casuali. Tale qualificazione, com'è noto, trova la sua ragione giuridica nel divieto di intercettazioni dirette non autorizzate, privilegio di cui i parlamentari godono in virtù delle funzioni che esercitano quali membri delle Camere. Muovendo dalle differenze tra funzioni parlamentari e presidenziali, la Corte sostiene che tale distinzione al Presidente non può applicarsi. Essendo le funzioni presidenziali, diversamente da quelle parlamentari, per natura diffuse e ricostruibili solo finalisticamente, le comunicazioni del Presidente, strumentali all'efficace esercizio di tali funzioni, non possono ascrivere – ai limitati scopi della disciplina delle intercettazioni – alla distinzione tra condotte funzionali ed extra-funzionali. Pertanto, esse restano escluse dall'ambito applicativo di una distinzione che si fonda sulla considerazione delle funzioni medesime.

La contraddizione, alquanto netta in verità, tra premessa e conseguenze tende a restringere l'operatività del nesso tra qualifica della funzione e qualificazione dell'attività che di tale funzione costituisce esplicazione. In verità è la Corte stessa, parlando di "eccezione alla regola" costituita dall'art. 7, comma 3 della legge 219/1989, con riferimento al caso in esame, a render palese l'estrema difficoltà di ragionare separatamente sui piani sostanziale e processuale. La distinzione tra intercettazioni dirette, indirette e casuali si basa infatti sulle modalità di svolgimento di queste e sulla qualità dei soggetti per i quali l'autorità inquirente chiede di disporle. Nella fattispecie, le intercettazioni sono casuali, dunque non vietabili: semplicemente, ad avviso della Corte, vanno distrutte senza contraddittorio, poiché il loro contenuto, nella misura in cui riferibile al Presidente, non deve essere divulgato. Tali intercettazioni risultano quindi affette da inutilizzabilità processuale totale. Se questo è vero, l'art. 7 della legge 219/1989 non si pone, rispetto al caso di specie, in rapporto di eccezione: a rigore, infatti, opera su di un piano diverso, quello sostanziale. Ben tenendo presente il discrimine funzionale, tale norma semplicemente vieta le intercettazioni dirette non ricomprese nella fattispecie ivi prevista.⁴³

Ricapitolando: secondo la Corte, dalle caratteristiche della funzione presidenziale, comprensiva di un indefinibile novero di attività volte alla tessitura di una rete di raccordi, discende che alcune di esse (le comunicazioni) in quanto strumentali "all'efficace esercizio di tutte" le attribuzioni presidenziali, sfuggono alla qualifica di "extra-funzionale" ma anche a quella di "funzionale", per quel che concerne la sola disciplina delle intercettazioni che le captano (lo si ricorda, nel caso di specie, pacificamente casuali); e, ancora, solo per quei profili processuali che intersecano la necessità di non diffondere il contenuto di tali intercettazioni. Ben può, infatti, il Presidente commettere un reato per mezzo di una comunicazione; non è possibile, invece, che lo stesso reato gli venga contestato a seguito di un'intercettazione, ancorché casuale.

munque soggette a stretta interpretazione. Troppo significativo, infatti, nel processo di formazione dello Stato di diritto, è stato il vincolo progressivo di soggezione dell'azione degli organi dello Stato al principio di legalità e dunque di piena sottoposizione al diritto, perché esso possa venire oggi anche solo in parte affievolito, per effetto di interpretazioni evolutive, che vadano nella direzione dell'ampliamento dell'area delle immunità costituzionali, oltre le previsioni della Costituzione".

⁴³ Segnala l'incoerenza del raffronto tra le due fattispecie, sotto il profilo della difficile configurabilità di una lesione "fortuita" delle prerogative presidenziali, A. PACE, op. cit., 5-6.

Non pare rinvenirsi, a voler tirare le somme, altra possibilità di saldatura tra i due livelli se non quella rappresentata dal piano teleologico. La mera considerazione del ruolo apicale svolto dal Presidente implica una sorta di presunzione assoluta di funzionalità delle (sole) comunicazioni da questi intrattenute, a prescindere dal contenuto e dagli interlocutori, benché limitata all'esigenza di non diffonderne il contenuto. È quello finalistico l'unico criterio che giustifica sia la ricostruzione diffusa delle funzioni presidenziali, sia la limitazione degli effetti prodotti da tale ricostruzione ai soli profili processuali inerenti alla divulgazione delle intercettazioni. L'invulnerabilità delle comunicazioni presidenziali è assicurata in chiave squisitamente teleologica, senz'alcun altro parametro che non sia la salvaguardia della posizione cardinale del Capo dello Stato nell'architettura costituzionale.

Una simile operazione, altrimenti artificiosa e finanche arbitraria, si rende comprensibile alla luce della garanzia ampia che il sistema tributa al suo vertice, a riconoscimento della sua figura e del suo ruolo di custode, i cui confini restano interni al suo prudente apprezzamento, salvo messa in stato di accusa. Nel ricostruire i percorsi di legittimazione del potere, la Corte firma così la resa del discorso razionale di fronte all'elemento carismatico. Abbeverandosi, con cautela ma neanche troppa, alla sua sorgente, essa ne riconosce implicitamente l'irrinunciabilità, in termini invero assai cospicui, per l'ordinamento italiano.

Un simile argomentare non è tuttavia scevro da costi. La difficile coerenza del ragionamento mostra, in controtela alle ardite soluzioni prospettate dalla Corte, la debolezza di un sistema che ha da tempo smarrito la bussola del discorso razionale e suona ad allarme, cupo eppur ineludibile, per la prossimità della rotta tracciata alle aguzze scogliere della legittimazione carismatica di stampo antico.

Semberebbe infatti logicamente sostenibile che, se le attribuzioni presidenziali si leggono in senso ampio ed indefinibile a priori "dall'esterno", le comunicazioni del Presidente, benché intrattenute con privati cittadini, a buon diritto vi rientrino. Il richiamo all'immunità di sede, istituto che (ove se ne avalli la compatibilità con la Costituzione repubblicana)⁴⁴ non potrebbe che leggersi in rapporto alle funzioni che vi si svolgono, rende massimamente esplicito il tentativo di celare la funzionalizzazione dell'invulnerabilità delle comunicazioni presidenziali e oscura una volta di più – nonostante le plurime rassicurazioni in senso contrario – il ragionamento svolto dalla Corte, esplicitandone l'intrinseca contraddittorietà. Non sfugge infatti che il riferimento all'immunità di sede, inscindibile dalla funzione, implica che ad essa ineriscano le comunicazioni, ancorché private, del Capo dello Stato. Seguendo il filo dell'argomentazione della Corte fino al suo approdo conclusivo, il sillogismo è nitido: se l'immunità di sede si fonda sull'esercizio della funzione (peraltro ampliandone le prerogative d'invulnerabilità oltre le strettoie del diritto positivo) e vale altresì a fondare l'esistenza di una norma che sancisce l'invulnerabilità delle conversazioni presidenziali intrattenute con privati, ne consegue una coincidenza perfetta tra sfera funzionale e personale del Presidente. L'immunità di sede si sovrappone così alla persona del Capo dello Stato nel suo agire a tutto tondo, disegnando i contorni delle sue prerogative, largamente rimessi al suo soggettivo apprezzamento.

Nell'antico Egitto, il termine "Faraone" era in origine adoperato per designare la sede di residenza del Re; tant'è vero che in lingua egizia il termine significava "grande casa". A partire dal cosiddetto Terzo Periodo Intermedio (XXI Dinastia) è stato comunemente adoperato come sinonimo di "sovrano", seguito dall'appellativo dinastico di questi. Per gli studiosi, questo Periodo va dal 1075 al 715 a.C.

Nonostante i secoli passati, i percorsi della legittimazione del potere, che muovono dall'identificazione con la sede dell'autorità per poi ricomprendervi le funzioni svolte e le persone che vi si dedicano, in un tutto armonioso che trova il suo vertice nella figura carismatica del capo, eternamente sembrano ripetersi.

⁴⁴ Segnala con vigore le sue perplessità in ordine alla forza argomentativa di tale richiamo A. ANZON DEMMIG, op. cit., 4. Si segnala, sul punto, il saggio di V. E. ORLANDO, *Immunità parlamentare e organi sovrani*, 1933, ora in *Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, 1954, 476ss., che aspramente critica l'interpretazione restrittiva che, vigente lo Statuto, di tali immunità era stata ricostruita da L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, 1884, vol. II, 507ss., e L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, 1859, vol. II, 288ss., con particolare riferimento al divieto di arresto per debiti durante la sessione della Camera, previsto ex art. 46 St. Alb. per i soli deputati e non applicabile, per gli A. citati, ai senatori. Secondo il Palma, "... non bisogna sopra tutto dimenticare il gran principio giuridico che i privilegi debbono intendersi restrittivamente, e perciò nulla potrebbe essere più contrario al diritto quanto una loro arbitraria estensione...". Orlando, di contro, argomentava nel senso per cui "le immunità non costituissero uno *jus singulare* derogatorio del principio statutario dell'uguaglianza davanti alla legge, ma piuttosto costituissero uno *jus commune* discendente dal principio della sovranità degli organi costituzionali" come riporta A. PACE, *Immunità politiche e principi costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2\2003, 385ss., 387-388 e note relative. Malgrado l'art. 24 St. Alb., a tenore del quale "Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge", Orlando intese sostenere che "l'interpretazione sistematica di tutte le norme pubblicistiche (e non solo statutarie) allora in vigore portava a ritenere che le immunità degli organi sovrani non costituissero privilegi in danno dell'art. 24 St. Alb., ma prerogative degli organi sovrani". Una lettura che dal 1930 ad oggi evidentemente mostra, a dispetto degli svariati decenni trascorsi, tutta la sua attualità.

6. Gli argomenti della Corte: c) il trattamento processuale penalistico delle comunicazioni presidenziali. Aporie e difficoltà ricostruttive.

Seguendo con pervicacia la linea di ragionamento fin qui impostata, la Corte giunge a definire la disciplina di diritto processuale penale da applicarsi al caso di specie. Invero, ai fini della riservatezza assoluta delle comunicazioni, è ovvio che la distruzione a seguito di udienza di stralcio ex art. 268 c.p.p. risulta inadatta, poiché in tal caso il contenuto delle intercettazioni è reso noto alle parti processuali coinvolte. È, d'altronde, parimenti lapalissiano che tali intercettazioni debbano essere messe a disposizione delle parti stesse: la loro distruzione senza contraddittorio equivarrebbe ad una lesione dell'interesse alla giustizia, nonché al pregiudizio, forse irreversibile, del diritto di difesa che spetta ad ogni cittadino, a mente dell'art. 24 Cost.

La Corte risolve l'arcano con la menzione dell'art. 271, comma 3, c.p.p., in base al quale il giudice dispone la distruzione della documentazione delle intercettazioni di cui è vietato l'utilizzo in quanto "eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge". Saggiunge la Corte: "*Per le ragioni fin qui illustrate, le intercettazioni delle conversazioni del Presidente della Repubblica ricadono in tale ampia previsione, ancorché effettuate in modo occasionale*".

A nulla vale il rilievo, futile a questo punto, che le intercettazioni non sono state affatto eseguite fuori dai casi previsti dalla legge; sia perché è logicamente impossibile che la legge "vieti" intercettazioni casuali, sia perché, pur a voler ammettere una definizione più ampia di contrarietà, non risulta, invero, l'esistenza di una disciplina positiva di segno opposto alla loro liceità. Tale disciplina è stata invece ricostruita in via di pura e dichiarata interpretazione sistematica, con le modalità appena esaminate, trascinandosi dietro un pericoloso contrasto tra interessi divergenti.⁴⁵

Un rilievo tanto ovvio da costituire oggetto delle giuste preoccupazioni della Corte, che in chiusura si affanna a dire che "*l'Autorità giudiziaria dovrà tenere conto dell'eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.). In tali estreme ipotesi, la stessa Autorità adotterà le iniziative consentite dall'ordinamento*".

Affermazione, invero, alquanto criptica.⁴⁶ Per esercizio intellettuale, si provi allora a ricostruire cosa avrebbero dovuto fare i giudici di Palermo nel caso in cui le note intercettazioni fossero state reputate rilevanti ai fini dell'esercizio dell'azione penale.

È pacifico che il regime di tutela rinforzata delle attribuzioni presidenziali non può dipendere da una qualifica – quella sulla rilevanza penale delle comunicazioni intercettate – che spetta in prima battuta ai magistrati del pubblico ministero. Tali comunicazioni, dice la Corte, restano comunque avvolte nella "riservatezza assoluta" salvo quanto sopra affermato.

Seguendo fino in fondo l'insegnamento impartito dalla Corte nella pronuncia in commento, i giudici di Palermo semplicemente non avrebbero dovuto avvalersi di tali intercettazioni, per evitare la divulgazione dei relativi contenuti; salvo il caso di pericolo per la vita, la libertà personale e l'integrità costituzionale. Pur volendo però, non avrebbero potuto evitare la diffusione del contenuto delle intercettazioni stesse: il sacrificio imposto all'interesse delle vittime e dei soggetti offesi, nonché, in caso, al diritto di difesa dei coimputati, avrebbe preteso una congrua motivazione del provvedimento con cui se ne chiedeva la distruzione, a tenore dell'art. 111, comma 6, Cost. I giudici avrebbero dovuto senz'altro motivare sull'assenza di pregiudizio per i principi costituzionali supremi, alla base della mancata divulgazione dei fatti appresi dalle intercettazioni. Motivazione che ci si aspetterebbe ponderosa e che invece non potrebbe entrare nel merito, pena la divulgazione del contenuto delle conversazioni intercettate. Diversamente, infatti, i giudici avrebbero di fatto svelato ciò che non doveva conoscersi: adeguandosi ai *desiderata* della Corte, avrebbero violato la *ratio* ispiratrice del suo insegnamento, irreversibilmente diffondendo il contenuto delle captazioni. Conseguenza inevitabile, a meno di non configurare un provvedimento in sostanziale deroga all'obbligo di motivazione, categoricamente sancito al predetto art. 111.6 Cost.: eccezione, anch'essa da motivare, e via discorrendo, in un circolo

⁴⁵ A. PACE, *Intercettazioni telefoniche "fortuite" ... cit.*, 3-4 e 6, ove l'A. esclude, definendolo "sbagliato", il rinvio a tale norma: "La Corte non solo ha applicato una disposizione a vario titolo inapplicabile al caso di specie, ma ad essa ha dato un significato diverso da quello comunemente ritenuto in giurisprudenza e dottrina", rammentando che l'art. 271 c.p.p. è stato comunemente interpretato nel senso che la distruzione delle intercettazioni dovesse avvenire in camera di consiglio "e quindi nel rispetto del diritto alla difesa e delle garanzie del contraddittorio". Cfr. note 20-21-22.

⁴⁶ "Felicemente incoerente" la definisce A. ANZON DEMMIG, cit., 1; M. LUCIANI, *La gabbia ... cit.*, p. 3 e nota 10, ritiene "fin troppo facile" insistere sulle contraddizioni cui la pronuncia, specie con le conclusioni, perviene.

vizioso che s'interrompe soltanto con la sospensione del discorso razionale – di cui la motivazione è principale veicolo – di fronte all'elemento carismatico di cui rifulge il custode dell'ordinamento.

Invero, la ricostruzione diffusa delle attribuzioni presidenziali, accuratamente definita nella sentenza in commento, getta un'ombra sulla stessa configurabilità di una responsabilità penale del Presidente; sia che essa venga alla luce con lo strumento delle intercettazioni, sia che si renda conoscibile mediante altri strumenti d'indagine, come la Corte ritiene ancora possibile. Si noti, è la Corte stessa – mostrando il bisogno di ribadire più volte la configurabilità (astratta) del reato presidenziale e della distinzione tra condotte funzionali ed extra-funzionali quanto ai profili di tale responsabilità – a testimoniare a *contrario* della potenziale, aspra conflittualità tra queste ipotesi ed il ragionamento condotto.

Si faccia, nel primo caso, l'ipotesi per cui la Procura di Palermo avesse ritenuto configurabile l'ipotesi di reato presidenziale ex art. 90 Cost.; anche qualora non vi fosse pericolo per la vita o la libertà personale di alcuno, né per l'integrità delle istituzioni repubblicane, dal momento che l'eventuale progetto eversivo era stato impedito per tempo, ovvero ormai inattuale. In tal caso, i giudici avrebbero dovuto, a rigore, distruggere comunque le intercettazioni contenenti la prova del reato del Presidente; non rilevando infatti la qualifica di funzionalità ai fini dell'utilizzabilità delle intercettazioni. Viceversa, la rimessione degli atti al Presidente della Camera, a voce dell'art. 5, l. 219/1989, implicherebbe la divulgazione del relativo contenuto; benché la qualifica di reato funzionale sarebbe tutta da stabilire, spettando al Parlamento in seduta comune, stante il disposto dell'art. 12, comma 1, l. cost. 1/1953. Con la citazione dell'art. 90 Cost., la Corte lascia intendere che l'ipotesi di reato presidenziale scoperto a mezzo intercettazione costituisce un caso in cui il giudice può divulgarne il contenuto, all'esito di un bilanciamento tra principi supremi e interesse alla riservatezza delle comunicazioni presidenziali. Ben potrebbe, allora, il giudice, decidere per la prevalenza di quest'ultimo, così impedendo che il Parlamento in seduta comune si pronunciasse sulla rilevanza della condotta relativa; benché assai ardua, come si comprende, sarebbe la motivazione del relativo provvedimento.⁴⁷

A maggior ragione, seguendo l'insegnamento della Corte, dovrebbe quindi ritenersi che un'intercettazione in cui si ode la voce del Presidente sarebbe affetta da inutilizzabilità totale là dove ne emergessero profili di responsabilità per reati comuni a carico del Presidente o di un terzo; restando anche in questo caso sguarnito di tutela (e di motivazione) l'interesse delle vittime e dei soggetti offesi dal reato, nonché il diritto alla difesa di eventuali coimputati. Paradossale a dirsi, inoltre, i reati di terzi scoperti grazie ad intercettazioni diverrebbero per i giudici repentinamente inconoscibili, salvo ulteriore e diversa prova, per il solo fatto che i presunti autori ne parlano al telefono col Presidente della Repubblica.

Si faccia, per il secondo caso, l'ipotesi di un magistrato che, nel corso di un'indagine, venga a scoprire che il Presidente si è reso responsabile di una condotta astrattamente configurabile come reato. Deve pertanto valutarne la natura funzionale o extra-funzionale. Nella prima ipotesi, la clausola dell'art. 90 Cost. esonera il Capo dello Stato da ogni responsabilità, salvo il caso di alto tradimento o attentato alla Costituzione. Nella seconda, a mente dell'art. 112 Cost., il magistrato è obbligato a procedere. Ma a tener conto dell'insegnamento impartito dalla Consulta nella sentenza in commento, questi si troverebbe in grave imbarazzo, nonostante la ribadita configurabilità della responsabilità penale extra-funzionale (che la Corte s'incarica di ribadire). Se infatti la natura delle funzioni presidenziali non è definibile a priori, poiché si sostanzia nella rete di raccordi più volte citata, cui perfino le conversazioni private costituiscono strumento di efficace spiegamento, ne consegue che non può spettare ad un giudice la valutazione sulla extra-funzionalità delle condotte presidenziali. Ne deriverebbe un'inaccettabile invasione della sfera di autonomia dell'istituzione. Il giudice, infatti, cimentandosi nella valutazione sulla qualifica di funzionalità come tratteggiata dalla Corte in senso diffuso, finalisticamente orientato, si ritroverebbe a dover misurare la valenza delle condotte riscontrate sul solo parametro che, in tale ottica, consente la ricostruzione delle funzioni presidenziali: l'*unità dell'ordinamento*. Criterio, come si intuisce, interamente al di là dell'orizzonte conoscitivo del magistrato.

Resta quindi di difficile fruibilità la differenziazione tra rilievo sostanziale delle attività presidenziali e loro trattamento processuale, là dove il primo si abbevera alla distinzione tra condotte funzionali ed extra-funzionali che il secondo, limitatamente alla divulgazione delle intercettazioni, disconosce. A giudizio della

⁴⁷ "A proposito d'effetti paradossali, cos'avverrebbe se conversando con l'intercettato, P. [il Presidente] parlasse del colpo di Stato al quale lavora?" È il quesito che pone F. CORDERO, *Un Presidente Ancien Régime*, in *Micromega*, da *La Repubblica*, 18\1\2013. F. SORRENTINO, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza*, in *Giur. Cost.*, 1/2013, p. 7, si chiede "perché debba caricarsi il singolo giudice, fuori del contraddittorio delle parti, di una così grande responsabilità: non solo di distruggere registrazioni di conversazioni reputate illegali, ma anche di verificare se tale distruzione non collida con principi costituzionali supremi attraverso una decisione solitaria ed irreversibile, eseguita la quale non sono più possibili gravami o controlli".

Corte, varrebbe la mera considerazione che – al di là della tutela della riservatezza delle sue comunicazioni – il Presidente torna a rivestirsi di un’invulnerabilità limitata alla funzione; i confini di questa si presentano però alquanto sfumati, poiché le attività riconducibili alla tessitura di una “rete di raccordi” possono essere, come si comprende, molteplici ed assai differenziate. Specialmente se – allo scopo di poter fondare l’interesse alla riservatezza di *tutte* le comunicazioni, anche private, del Presidente – *nulla* la Corte dice con riferimento alle controparti di tali “raccordi”, né alle loro qualità soggettive ed oggettive.

Valga un esempio: il Presidente al telefono offre copertura ad un ricercato per reati comuni. Le intercettazioni relative, benché casuali, sono inutilizzabili: non può procedersi, pur con le difficoltà sopra esposte, poiché la natura diffusa delle funzioni presidenziali esige la protezione a tutto tondo della riservatezza delle conversazioni. Viene però reperita un’altra prova, in ipotesi testimoniale o documentale. Quale magistrato si arrogherebbe il diritto di decidere per la extra-funzionalità della condotta presidenziale ed incriminare il Capo dello Stato? E se questi obiettasse che tali condotte, in ipotesi criminali, sono in realtà finalizzate all’unità dell’ordinamento? Del resto, il fondamento dell’interesse alla riservatezza delle comunicazioni presidenziali sta proprio nella natura diffusa delle sue attribuzioni, orientate a tale unità; ben potrebbe allora addursi la medesima natura delle attribuzioni ai fini sostanziali, di fronte ad eventuali procedimenti per reati comuni. A quel punto, il magistrato non potrebbe che trasmettere gli atti al Presidente della Camera, affinché si valuti la sussistenza delle fattispecie di cui all’art. 90 Cost. Valutazione, com’è evidente, squisitamente “politica”, in tutto esterna all’apprezzamento dell’autorità giudiziaria.⁴⁸

In breve: portando alle logiche conseguenze il ragionamento della Corte, si giunge spediti all’invulnerabilità assoluta del Capo dello Stato, in stridente contrasto con la giurisprudenza costituzionale⁴⁹ e probabil-

⁴⁸ Si tratterebbe di una qualificazione di funzionalità fondata sulla mera, soggettiva riconducibilità al Presidente delle condotte astrattamente configurabili come reato. Al riguardo però la giurisprudenza costituzionale è categorica. Così, sulla valutazione di funzionalità dei reati ministeriali, la citata C. cost., 87/2012: “Solo ammettendo, in contrasto palese con l’art. 96 Cost., che un illecito penale acquisisca carattere ministeriale in ragione della sola qualifica rivestita dall’autore di esso...” potrebbe inferirsi la prevalenza dell’elemento soggettivo su quello oggettivo per determinare la funzionalità della condotta (Cons. dir., 5). Seguita la Corte, con insegnamento, invero, alto: “Lo Stato costituzionale pone a fondamento delle proprie dinamiche istituzionali, infatti, i soli poteri legali che derivano la propria legittimità dalla conformità alle norme superiori dell’ordine costituzionale... non vi è spazio nell’ordinamento per potestà sorte in forza di criteri di legittimazione estranei al sistema delle fonti costituzionali. La prerogativa stessa, anziché protezione offerta alla persona, è elemento costitutivo della funzione da quest’ultima esercitata, che ne limita al contempo l’ambito... Per tali ragioni, che si collocano alle fondamenta dello Stato costituzionale, questa Corte è sempre stata costante nell’escludere che le immunità costituzionali possano trasmodare in privilegi, come accadrebbe se una deroga al principio di uguaglianza innanzi alla legge potesse venire indotta direttamente dalla carica ricoperta, anziché dalle funzioni inerenti alla stessa”. Cfr. altresì C. cost., sent. 88/2012, Cons. dir. 3.1. Gli esiti della ricostruzione svolta nel testo si porrebbero inoltre in aperta contraddizione con la giurisprudenza della Corte stessa nella specifica materia delle immunità presidenziali. Il punto 5 Cons. dir. della citata sent. 154/2004 così recita: “È... alla stessa autorità giudiziaria che spetta, in prima istanza, decidere circa l’applicabilità in concreto, in rapporto alle circostanze del fatto, della clausola eccezionale di esclusione della responsabilità. Se nel decidere in proposito l’autorità giudiziaria venisse ad apprezzare erroneamente la portata della clausola o a negare ad essa erroneamente applicazione, con conseguente lesione della prerogativa e dunque dell’attribuzione presidenziale, oltre ai normali rimedi apprestati dagli istituti che consentono il controllo sulle decisioni giudiziarie ad opera di altre istanze pure giudiziarie, varrà il rimedio del conflitto di attribuzioni davanti a questa Corte. Ma non può essere negata la competenza dell’autorità giudiziaria a pronunciarsi, nell’esercizio della sua generale funzione di applicazione delle norme, ivi comprese quelle della Costituzione”. Di qui la necessità di allontanarsi dalla dimensione sostanziale inerente alla natura diffusa delle attribuzioni: la Corte sostiene che con le conversazioni presidenziali “si determina un intreccio continuo tra aspetti personali e funzionali, non preventivabile, e quindi non calcolabile ex ante da parte delle autorità che compiono le indagini”. Interpreta infatti S. CECCANTI, *Una prima lettura in 7 punti*, cit., 3, “il Presidente è responsabile per i reati extra-funzionali ma non è intercettabile neanche per quelli perché altrimenti si lederebbe l’equilibrio tra poteri”. A. SPERTI, op. cit., 13 e note, fa cenno alle differenze tra i piani sostanziale e processuale, notando che “la Corte non motiva sul punto” e che la disciplina delle immunità processuali del Presidente “dovrebbe essere ispirata ad una *ratio* coerente”. Cfr. nota 63, in cui l’A. cita T. F. GIUPPONI, *Il Presidente intercettato. Il conflitto tra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo: problematiche costituzionali in tema di inviolabilità del Capo dello Stato*, in *Amicus Curiae* 2012, 13\11\2012, in part. 5ss., 7 e note relative, ove (già prima della sentenza 1\2013) l’A. lamentava la scarsa sistematicità della disciplina delle immunità penali del Presidente.

⁴⁹ Si potrebbe citare al riguardo la giurisprudenza sul c.d. *Lodo Alfano* (C. cost., 262/2009) ove è espressamente sancita (Cons. dir. 7.3.1) la natura necessariamente costituzionale ed eccezionale di ogni deroga al principio di cui all’art. 112 Cost.; affermazione che poco o punto pare conciliarsi con l’ardita interpretazione sistematica a fondamento della disciplina delle intercettazioni di cui si verte. Già alla proposizione del ricorso, del resto, emergeva la vicinanza della questione in oggetto con il tema dell’immunità penale del Presidente, che aveva foraggiato un acceso dibattito scientifico e giornalistico. Polemico D. CORRADINI, H. BROUSSARD, cit. in *LeggiOggi.it*, 22\8\2013, *La Babele dei giuristi su Napolitano, intercettazioni e Costituzione*: “Chi decide se un atto del presidente della Repubblica è atto compiuto nell’esercizio delle sue funzioni e pertanto coperto dall’immunità prevista dall’art. 90 della Costituzione o se invece è un atto non compiuto nell’esercizio delle sue funzioni e pertanto assoggettabile alle norme comuni che valgono per i comuni cittadini, così diventando inammissibile l’eventuale ricorso alla Corte costituzionale? Il giudice ordinario in primo e in secondo e in terzo grado: questa è la risposta. E non è la mia risposta. È la risposta della Corte costituzionale 26 maggio 2004. n. 154, per il caso del presidente della Repubblica Cossiga [accusato di diffamazione] contro i senatori Sergio Flamigni e Pierluigi Onorato. Presidente: Gustavo Zagrebelsky. Redattore: Valerio Onida. Solo che Zagrebelsky se n’è ricordato e Onida no.” Il riferimento è alla posizione di V. ONIDA, intervista di M. Zegarelli per *L’Unità*, dal titolo *Intercettazioni: bene il Colle. Non fa intimidazioni a Procura*, 21/8/2012.

mente con l'impianto stesso della Costituzione, fors'anche con la "forma repubblicana" di cui all'art. 139. Restando sulla linea prudente tracciata dalla Consulta, d'altronde, al netto della scarsa coerenza sistematica, si perviene a conclusioni anche pratiche non sempre rigorose.⁵⁰ Infatti il giudice deve richiedere la distruzione delle intercettazioni anche se vi ravvisa la prova di un reato, antepoendo l'interesse alla riservatezza delle comunicazioni presidenziali ai diritti di vittime ed eventuali coimputati, e senza poter fornire congrua motivazione. Di contro, può divulgarne il contenuto in caso di pericolo per i principi costituzionali supremi (vita e libertà personale, oltre all'integrità delle istituzioni della Repubblica). Potrebbe dirsi però che la lesione del diritto alla difesa di un coimputato cui è impedito di rinvenire nelle conversazioni presidenziali una prova a suo scarico sia tale da arrecare – se in tal guisa perpetrata – un pregiudizio alla libertà personale di questi: l'irrogazione di una pena detentiva. Se la distruzione delle intercettazioni impedisce a un innocente di difendersi e ne causa la condanna a pene restrittive della sua libertà personale, non vi è forse pericolo per tale principio costituzionale supremo?

Dunque, ad un più attento esame, appare chiaro che potenzialmente *tutti* i casi di incrocio fra gli interessi menzionati potrebbero rientrare nella clausola di deroga; rispetto alla quale, peraltro, lo stesso rimedio prospettato dalla Consulta – se si ha riguardo alla sorte delle intercettazioni in cui si ode la voce del Presidente – suscita non poche perplessità. In tal "estremo" frangente, si dice, il giudice deve compiere un bilanciamento tra i principi costituzionali supremi e l'interesse alla *privacy* delle comunicazioni presidenziali, adottando "le iniziative consentite dall'ordinamento". Previsione, questa, che per quanto volutamente generica assomiglia pericolosamente al paradosso del *Comma 22*: il magistrato potrà fare tutto quel che la legge gli consente, quindi non "omettere di chiedere ... l'immediata distruzione delle intercettazioni" dal momento che la distruzione interviene proprio perché tali intercettazioni sono assimilate a quelle "eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge" a mente dell'art. 271, comma 3, c.p.p., che ne impone la distruzione. Non sembrerebbe, quindi, che il "non chiederne la distruzione" possa in alcun modo rientrare nel novero delle "iniziative consentite dall'ordinamento".

7. Il Presidente, anima dello Stato.

Le considerazioni fin qui esposte rendono ragione dell'asprezza del compito cui la Corte è stata chiamata e dello sforzo supremo in cui si è cimentata, nel tentativo di legittimare con le categorie del discorso razionale una situazione che forse si lascerebbe meglio apprezzare da una prospettiva diversa.⁵¹ L'edificio faticosamente eretto dai giudici costituzionali rivela, nelle crepe che lo attraversano, tutta la sensibilità della questione oggetto della sentenza in commento, la cui soluzione è stata cucita su misura per il caso di specie; come ben si evince dallo scarso grado di astrattezza prospettato e ancor di più dal prudentissimo inciso "[f]erma restando l'inutilizzabilità delle conversazioni ..." raccolte nel giudizio su cui si verteva, cioè sul cosiddetto "processo alla trattativa".⁵²

Tali conversazioni, evidentemente, non hanno da esser rese pubbliche: per motivi che non è dato conoscere, ma che certo – e già per questo solo fatto – esulano da un discorso argomentativo *tout court* per avvicinarsi a quel polo della legittimazione identificativa, fideistica, carismatica, riconosciuta a chi è capace di farsi, agli occhi dei cittadini, garante di un intero sistema nel momento più delicato.

È infatti il passo conclusivo della sentenza a chiudere il cerchio, indugiando sul tema, invero affascinante, dell'inestricabile intreccio fra modelli di legittimazione diametralmente opposti eppure entrambi necessari, in misura variabile secondo il grado di civiltà giuridica, per la sopravvivenza dell'ordinamento.

"L'*inutilizzabilità* – scrivono i giudici della Consulta – *può connettersi anche a ragioni di ordine sostanziale, espressive di un'esigenza di tutela "rafforzata" di determinati colloqui in funzione di salvaguardia di*

⁵⁰ Sulla problematicità di una simile ricostruzione, A. PACE, op. ult. cit., 8 e nota 30, citando F. CORDERO, *La geometria del diritto*, in *La Repubblica*, 6/12/2012; cfr., *contra*, G. PELLEGRINO, *ibid.*, *La normalità costituzionale*. "Il sale è nella coda", commenta M. AINIS, *La sentenza della Consulta è un lascito al Presidente che verrà*, cit.

⁵¹ Di sentenza "faticosamente argomentata" parla L. CARLASSARE, *Napolitano, la Consulta e i dubbi che restano*, in *Il Manifesto*, 17/1/2013; F. SORRENTINO, cit., sottolinea "il senso di disagio che provoca questa sentenza nello studioso della Costituzione". G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario nell'era Napolitano*, cit., mette in luce l'asimmetria nella tutela onnicomprensiva riservata al Presidente e il regime meno garantista cui sono assoggettate altre figure istituzionali, pur con funzioni di direzione politica attiva: "Eppure almeno le conversazioni del Presidente del Consiglio dovrebbero esigere un grado di riservatezza non minore di quelle presidenziali, se solo si considera che egli dirige la politica generale del Governo e, soprattutto, che è responsabile ultimo delle decisioni in tema di segreto di Stato e di sicurezza nazionale (ai sensi dell'art. 1 della legge n. 124 del 2007)".

⁵² "Ma allora l'inutilizzabilità riguarda unicamente il caso oggetto del conflitto?", chiede L. CARLASSARE, cit.

valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (quali la libertà di religione, il diritto di difesa, la tutela della riservatezza su dati sensibili ed altro). È questo il caso, specificamente previsto dal successivo comma 2 [dell'art. 271 c.p.p.] delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni dei soggetti indicati dall'art. 200, comma 1, cod. proc. pen. (ministri di confessioni religiose, avvocati, investigatori privati, medici ed altro) allorché abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione”.

È qui che la ricostruzione della figura presidenziale tocca il suo acme, assumendo toni spiccatamente paternalistici ed avvicinandosi sensibilmente – a ragion veduta! – al modello carismatico della legittimazione del potere. Al Presidente ci si abbandona come dietro alla grata di un confessionale (o nello studio del legale “di fiducia”) fidando nelle sue doti e nella bontà della sua opera. Così tratteggiato, il Presidente della Repubblica non “esercita” una funzione: “è” una funzione. È “rappresentante dell'unità nazionale”, *anima dello Stato*,⁵³ le cui azioni ben possono restare nel limbo oscuro dell'inconoscibilità. A lui, con fiducia di figlio, si affida ogni membro del consesso sociale, per “non ricadere nella paura”,⁵⁴ nell'angoscia della fine, dell'inevitabile frantumazione del tutto di cui è parte.

A lui infatti va affidandosi, come ad un prete in confessionale, un intero sistema politico, trascinando con sé – in virtù di un nesso rappresentativo ormai depauperato nei suoi fondamenti, ma, in forza delle elezioni, tecnicamente senz'altro esistente – il Paese intero, preso nel guado tra un passato oscuro e un presente assolutamente nebuloso.

La mirabile acrobazia compiuta dalla Corte, in coerente disegno con altre recenti pronunce,⁵⁵ vale a ricostruire l'alterna vicenda che tocca i poli della legittimazione del potere e con decisione si tuffa nei flutti della più stretta attualità. Alle spinte razionaliste di matrice discorsiva si oppongono tentazioni a sfondo fideistico, carismatico, identificativo, che si moltiplicano nei momenti di crisi e che – proprio per la loro intima connessione con il polo delle emozioni – fanno fatica ad assurgere alla consapevolezza di un individuo; a maggior ragione, di un intero consesso sociale. Fa specie che, nel corso della storia, i tentativi di razionalizzazione dei modi di gestione del potere finiscano spesso col produrre reazioni di segno contrario; ciò nondimeno, l'equilibrio necessario appare qui assai lontano, con tutti i problemi che ne derivano, sia teorici sia pratici, per la qualità delle relazioni fra governanti e governati.

Nella mitologia greca, tremila anni passarono prima di sanare con un nuovo patto la “disobbedienza” a Zeus, che all'uomo aveva tolto il fuoco, poliedrico modellatore di tutte le cose e strumento pratico dell'intelligenza dell'*homo faber*. Forse, ad una democrazia pur fragile come quella italiana, occorrerà meno tempo; a patto però di non abdicare all'uso della ragione, bensì farne costante, coraggioso esercizio. Così, secondo il mito, ai Greci insegnò Prometeo; non a caso, dal nome stesso, “colui che riflette prima”.

⁵³ È “la metafora hobbesiana della sovranità come *anima* dello Stato e non come testa dello stesso, in quanto la funzione razionale del pensiero attiene all'elaborazione dei contenuti ed è diversa dall'anima che si esprime nella *voluntas*, nel comando”. Ne consegue l'avvio, nel pensiero occidentale, di una prospettiva di “soggettivizzazione integrale della legge”. Così, con chiarezza, G. SILVESTRI ne *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3ss., 14-15. Nel senso di una “esaltazione del ruolo presidenziale nell'attuale sistema politico italiano” che deriva dalla sentenza, *ex plurimis*, A. SPERTI, cit., 7-8 e note; ma trattasi di opinione diffusa. “Tutore occulto della Costituzione” lo definisce M. OLIVETTI, *Quella sentenza fa storia (ma rafforza qualche dubbio)*, in *L'Avvenire*, 17/1/2013, richiamando ad una “maggiore prudenza” con riferimento “all'idea di una riservatezza assoluta per gli atti informali del Capo dello Stato” e segnalando il rischio di “produrre un assetto squilibrato su un tema cruciale, posto all'incrocio fra privato e pubblico, fra esigenze di efficienza degli organi costituzionali e di controllo democratico sui governanti: al Presidente, in questo contesto, sono riconosciute tutele eccezionali, che la ricostruzione del suo ruolo operata dalla Corte non riesce del tutto a giustificare”.

⁵⁴ La “obbedienza alla fede”, che ci dona “non uno spirito da schiavi per ricadere nella paura, ma uno spirito da figli adottivi, per il cui tramite gridiamo: *Abbà, Padre!*”. Così PAOLO DI TARSO, *Lettera ai Romani*, 1,5; 8,15; 16,26. Alla figura paterna ed alle sue implicazioni psicanalitiche si ricollega anche A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola e dalla regolarità: la grazia del Quirinale al colonnello USA*, cit., p. 6 e nota 26.

⁵⁵ Può vedersi, ad es., l'ampia autonomia accordata alla posizione del Presidente del Consiglio nell'apporre il segreto di Stato in C. cost., 40/2012, in part. Cons. dir. 10, su cui A. ANZON DEMMIG, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, in *Riv. AIC*, n°3, 31/7/2012, ove ulteriore bibliografia. L'analoga col segreto di Stato (di cui alla l. 124/2007, come modificata dalla legge 133/2012) è stata peraltro richiamata, come ricorda A. PACE, op. cit., 7 e nota 24, dalla memoria difensiva della Procura di Palermo, quale potenziale esito applicativo del caso di specie; M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, cit., 2, prospetta la possibilità di richiamare l'art. 270-bis c.p.p. (*Comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza e ai servizi di informazione per la sicurezza*, introdotto dalla l. 124/2007) all'esito di un giudizio in auto-rimessione della Corte; in senso sostanzialmente concorde G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario nell'era Napolitano*, cit., 25-26.

8. Napolitano-bis. Considerazioni conclusive.

La rielezione del Presidente, che ha visto nettamente dividersi i rappresentanti parlamentari su schieramenti opposti, s'incastona perfettamente nel processo politico-istituzionale in atto nello Stato italiano. L'incerto basculare dell'ordinamento tra i due poli della legittimazione del potere, quello carismatico e quello razionale, trova la sua raffigurazione nel confronto "impossibile" tra le forze tradizionali e i rappresentanti di un movimento che vorrebbe essere "rivoluzionario" anzitutto nel metodo. Esso infatti propugna, con la totale intercambiabilità delle "facce" dei rappresentanti, la supremazia dell'elemento razionale su quello identificativo e limita quest'ultimo – se così può dirsi e con tutti gli interrogativi che ciò suscita – alla voce di un *capo politico* che resta "fuori campo" ed a strumenti di comunicazione interattiva via *Internet*, cui si accredita la virtù di ridisegnare i confini della rappresentanza "politica" in senso pieno.

L'ineluttabilità del cozzo tra due mondi lontani e finora vicendevolmente contrari ha trovato conferma nella soluzione "inevitabile" cui la maggioranza parlamentare si è consegnata. A Giorgio Napolitano si è rivolto con fiducia un intero ceto politico, nel tentativo di superare l'*impasse* di una carenza di legittimazione sia tra gli schieramenti sia verso i cittadini e ritrovare, sotto l'egida del Capo dello Stato, una *chance* di rinnovarsi dall'interno.

In tale ottica, a tutt'oggi, la funzione di direzione politica del Quirinale si staglia in maniera affatto inedita nella storia repubblicana; ed alla figura di Giorgio Napolitano vengono accreditate, da parte delle forze politiche – in specie, quelle che ad oggi compongono il Governo guidato dal Presidente del Consiglio Enrico Letta – doti di mediazione suprema, sia tra gli esponenti di una maggioranza frammentaria, eterogenea e riottosa, sia nei rapporti tra cittadini e potere pubblico.⁵⁶

Lo stesso Presidente neo-ri-eletto, all'atto del nuovo insediamento, ha così sanzionato: "Anche i *media* ora collaborino".⁵⁷ Appena più laica della "unione sacra" di orlandiana memoria (risalente ai giorni di Caporetto) l'affermazione suona ad invito secco verso una coesione nazionale generale, emergenziale dunque assoluta, che asciuttamente chiama alla "moderazione" – meglio, al silenzio – eventuali voci dissenzienti.

Un proclama, se si vuole, inconsueto, prodromico ad un attivismo altrettanto peculiare, che ha visto il Presidente muoversi con decisione *dentro* le vicende dell'attualità politico-costituzionale. L'utilizzo ormai sistematico della *Nota* e del *Comunicato*, invariabilmente ripresi dai mezzi d'informazione e immediatamente disponibili via *Internet*, ha finito col donare una certa ambivalenza al concetto di esternazione.⁵⁸ il messaggio

⁵⁶ Testimonianza fra le tante delle modalità concrete dell'atteggiarsi di una simile funzione arbitrale, le reazioni delle forze politiche alla Nota del Quirinale del 13 agosto 2013, conseguente alla sentenza della Cassazione del 1 agosto che ha condannato in via definitiva Silvio Berlusconi (*leader* politico, com'è noto, del PDL, partito sul quale s'impenna per parte consistente l'attuale maggioranza di governo) ad una pena di 4 anni di reclusione per frode fiscale ed alla conseguente interdizione dai pubblici uffici, da determinarsi in seguito a pronuncia di altro giudice; altresì sottoponendolo alla possibile applicazione, ai fini della dichiarazione di decadenza da senatore, del combinato disposto degli articoli 1 e 3 della legge n. 235 del 31/12/2012, c.d. "legge Severino". Sulle argomentazioni a favore della "agibilità politica" del *leader* del PDL, ovvero contro la medesima, cfr. in generale i quotidiani dell'agosto 2013; un commento critico in G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario nell'era Napolitano*, cit., 18ss., che rintraccia nella nota del Quirinale "alcune sgrammaticature dal punto di vista costituzionale"; a riprova del fatto che, proprio nell'esercizio di una funzione arbitrale "tutta politica", che prescinde dalle forme che la Carta prevede per l'esercizio dei singoli poteri, il rischio è quello di travalicarne i confini costituzionali.

⁵⁷ "... confido che tutti cooperino, anche i mezzi di informazione, per creare il clima di massima distensione piuttosto che alimentare vecchie tensioni". Così un passo del discorso di insediamento al Parlamento in seduta comune del neo-Presidente (rieletto) Giorgio Napolitano, 23 aprile 2013. Sul punto, la circostanziata Nota del Quirinale del 6 giugno 2013, *A proposito di articoli di stampa sulla durata del governo*, non lesina, contrariamente all'uso, indicazioni assai particolareggiate. "Si continua ad accreditare (da ultimo, da parte della giornalista del Fatto Quotidiano Silvia Truzzi, nella sua intervista a Barbara Spinelli) il ridicolo falso di un termine posto dal Presidente della Repubblica alla durata dell'attuale governo. E ciò nonostante quel che egli aveva già detto in proposito la sera del 2 giugno ai giornalisti presenti in Quirinale e che dal giorno seguente figura sul sito della Presidenza della Repubblica. Sarebbe un fatto di elementare correttezza tenerne conto e non insistere in una polemica chiaramente infondata". Il riferimento è all'articolo apparso sul citato quotidiano del 6 giugno, *Il Presidente i poteri se li è già presi forzando la Costituzione*, che non lesinava critiche all'operato del Capo dello Stato. Mette conto di segnalare la replica della *Redazione*, che precisava la notizia riportata, sottolineandone l'ampia diffusione, nei medesimi termini, su altre testate, non menzionate nel comunicato stesso.

⁵⁸ Sul punto, per la configurabilità di un ampio ed inedito "potere comunicativo" del Presidente, a tendenza fortemente espansiva, A. MORRONE, cit., 2ss.; cfr. in generale M. DOGLIANI, *Il «potere di esternazione» del Presidente della Repubblica*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, 1997, 221ss., 222. Sul punto, assai interessante la vicenda del Messaggio alle Camere dell'8 ottobre 2013 sulla questione carceraria. "Nel corso del mandato" – il Presidente ricorda – "... ho colto numerose occasioni per rivolgermi direttamente al Parlamento al fine di richiamarne l'attenzione su questioni generali... Non l'ho fatto, però, ricorrendo alla forma del messaggio di cui la Costituzione attribuisce facoltà al Presidente". Napolitano prosegue, illustrandone i motivi: la considerazione, segnalata in dottrina, "della non felice esperienza di formali "messaggi" inviati al Parlamento dal Presidente della Repubblica senza che ad essi seguissero, testimoniandone l'efficacia, dibattiti e iniziative, anche legislative, di adeguato e incisivo impegno". Sotto-linea dunque, in apparenza, la maggiore forza penetrativa degli strumenti informali di persuasione rispetto a quelli formali. Subito dopo

si dirige alle forze politiche e al contempo ai cittadini, ad invocare, quasi pretendere la “responsabilità” delle prime agli occhi dei secondi e viceversa, in una spirale vorticoso al cui asse sta il sommo, imperscrutabile bene della “unità nazionale”.

L'effetto è un deciso, quasi innaturale rafforzamento del legame fra Presidente e “Nazione”, che si fa diretto ed immediato; nel restituire un alito di legittimazione a schieramenti partitici dalle potenzialità oramai avvizzite, tale meccanismo finisce in realtà per sbriciolarne la residua autorevolezza.

Inevitabili le ripercussioni sull'autonomia decisionale delle forze politiche, che da un lato si appoggiano al Presidente, dall'altro ne subiscono il preponderante peso, come intorpidite in una sorta di protettorato para-paternalistico. Ne consegue una dialettica parlamentare asfittica, costretta da imperscrutabili limiti. Di quest'anemia cronica, la figura del Presidente appare l'emblema: un simbolo del quale “non sono ammessi riferimenti” neppure indiretti, nei dibattiti parlamentari.⁵⁹

La nomina di quattro senatori a vita – d'augusta estrazione, nondimeno inseriti, d'un sol colpo, nella camera ove più sottili sono gli equilibri numerici e più labili i confini tra possibili maggioranze alternative – pare confermare l'ipotesi di una “direzione”, latamente intesa, da parte del Presidente, a surroga dell'assai debole capacità d'indirizzo delle forze politiche. Nello stesso senso potrebbe altresì dar mostra di recarsi la nomina di un giudice costituzionale che all'alta autorevolezza scientifica assomma un *cursus honorum* ricco e prestigioso: una personalità politica a tutto tondo, protagonista nel dibattito pubblico italiano, che per le posizioni espresse e le vicende attraversate nel corso della sua lunga esperienza istituzionale e scientifica ha più volte incontrato l'assenso di entrambe le forze che, ancorché rivali, oggi sostengono il Governo e l'aperto dissenso degli schieramenti che al momento vi si oppongono.⁶⁰

Se l'autorevolezza della figura e la rettitudine delle forze politiche che al nuovo corso si accingono si dimostreranno tali da riattivare una circolarità virtuosa fra i poli della legittimazione del potere, al momento decisamente sbilanciata verso derive premoderne, è il quesito di fondo, invero angoscioso e non solo per i costituzionalisti, al cui svolgersi si assisterà nei tempi a venire.

però: “Se mi sono risolto a ricorrere ora alla facoltà di cui al secondo comma dell'articolo 87 della Carta, è per porre a voi con la massima determinazione e concretezza una questione scottante ...”. Ora, dovendo escludere che il Presidente si sia contraddetto da solo, affidando allo strumento meno potente il messaggio più importante, potrebbe interpretarsi che si sia voluta evidenziare la plurima valenza, verso il Parlamento e verso il Paese – nonché verso gli organismi sovranazionali di governo – dello strumento formale. Sul contenuto, peraltro, è significativo l'*incipit* della terza parte del messaggio: “E vengo ora ai rimedi prospettati o già in atto”. Frase che, di per se stessa, esprime un'interferenza con l'autodeterminazione delle Camere, non casuale né lieve. Dopo aver esposto i rimedi “ordinari” (riduzione del numero dei detenuti grazie a riforme strutturali e aumento della capienza degli istituti penitenziari) ne denuncia l'insufficienza nel breve periodo e soggiunge netto: “Ritengo perciò necessario intervenire nell'immediato con il ricorso a “rimedi straordinari”, cioè amnistia ed indulto. Soluzioni, peraltro, com'è risaputo, “non neutre” con riferimento ai problemi giudiziari di numerosi esponenti dei partiti di governo, non ultimo il fondatore di uno di essi. Si segnalano la serrata critica di esponenti del M5S al termine della lettura del messaggio alla Camera (cfr. il vicepresidente on. Di Maio e il capogruppo on. Villarosa) e la controreplica del Presidente, in un'intervista ripresa dalle televisioni, inusuale almeno quanto piccata. A precisa domanda sulle critiche rivolte dai deputati del M5S, in particolare sulla sollecitazione di amnistia e indulto come presunto pretesto per ricomprendervi condannati “illustri”, Napolitano dichiara: “Coloro i quali pongono la questione in questi termini, vuol dire che sanno pensare ad una sola cosa, hanno un pensiero fisso, e se ne fregano degli altri problemi della gente e del Paese ... non sanno quale tragedia è quella delle carceri... Va bene? Non ho altro da dire”. Cfr. i quotidiani del 9 ottobre. Nei quotidiani del 18 ottobre 2013, merita segnalazione l'accorata “difesa” delle misure varate dal Governo all'interno del c.d. disegno di “legge di stabilità”, da parte del Presidente, che, durante un incontro con i giovani di Confindustria, pare “rintuzzare” le critiche che da più parti si muovono alla manovra fiscale.

⁵⁹ Cfr. il botta e risposta tra il Sen. Nicola Morra (M5S) e il Presidente del Senato Sen. Pietro Grasso, che lo interrompe durante un discorso in Aula per impedirgli di far riferimento al Presidente della Repubblica. M: “... Poi nel dibattito politico – perché questo è un dibattito politico – è intervenuto chi sta sul Colle...” – G: “Scusi ... Non sono ammessi riferimenti al Capo dello Stato”. M.: “Io penso che sia ammissibile fare delle riflessioni e le facciamo a voce alta ... in trasparenza ... Il nostro Presidente della Repubblica...” – G: “L'ho invitata a lasciar perdere” – M: “Cito: ...” – G: “No lei non può citarlo ... [omissis]”, nel corso della seduta del 19 luglio 2013. L'episodio, riportato da tutti i quotidiani, è anche in video.

⁶⁰ Si tratta, com'è noto, delle nomine quali senatori a vita di Claudio Abbado, Elena Cattaneo, Renzo Piano e Carlo Rubbia (30 agosto) e di Giuliano Amato alla Corte costituzionale (12 settembre 2013).