

## LA GABBIA DEL PRESIDENTE\*\*

1. Tra fantasia e realtà. – 2. La strada (non percorsa) del giudizio incidentale di legittimità costituzionale. – 3. Dispositivo rigido, motivazione problematica. E il Presidente ha vinto davvero, alla fine? – 4. Il Presidente a una dimensione. – 5. Per una concezione “moderata” del Presidente della Repubblica nella nostra forma di governo.

### 1. Tra fantasia e realtà

In un breve e gustoso romanzo fantapolitico del 1973, ripubblicato quasi venti anni dopo, Guglielmo Negri narra la storia di una fuga di notizie dal Quirinale. Il Presidente della Repubblica in carica, personaggio alquanto decisionista e d'indole ben diversa da quella del più tormentato Presidente del Consiglio, istituisce una commissione di esperti, che, al termine dei propri lavori, propone la costruzione, dentro il palazzo presidenziale, di una gabbia a prova di intercettazioni. Dopo molte polemiche e contro l'avviso di chi teme una deriva antiparlamentare e paventa i rischi di un eccesso di immunità, la gabbia viene realizzata e il Presidente può effettuare la prima telefonata a prova di orecchie indiscrete<sup>1</sup>. Bene, passando dalla fantasia all'ancor più fantasiosa realtà: se dell'esistenza di una materiale gabbia di tal genere non v'ha contezza, ne abbiamo, ora, di una gabbia virtuale, edificata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 1 del 2013.

### 2. La strada (non percorsa) del giudizio incidentale di legittimità costituzionale

Dico subito, a scanso di equivoci, che a mio parere il ricorso del Presidente della Repubblica meritava l'accoglimento. Non, però, per le ragioni indicate dalla Corte e non con gli effetti implicati dalla sua pronuncia. In realtà, in questa sede non intendo proporre un commento analitico<sup>2</sup>: assai più mi interessa riflettere sulla premessa ricostruttiva che le soggiace, sicché mi limito, sul merito del *decisum*, ad un'osservazione d'ordine generale.

Ha giustamente rilevato Alessandro Pace che la decisione di un conflitto di attribuzione non ha la medesima flessibilità di quella di un giudizio sulle leggi. La prima “deve [...] essere «netta»: o sì o no” e in essa non è ammessa quella “«manipolazione» del significato normativo della disposizione legislativa sottoposta al giudizio della Corte” che “è possibile, anzi frequente, in sede di giudizio di legittimità costituzionale sia nelle sentenze di accoglimento che in quelle di rigetto”<sup>3</sup>. Certo, anche nei conflitti un qualche margine di manovra è pur sempre assicurato dalla possibilità di un accoglimento parziale, ma la stessa struttura del

\* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

[ [massimo.luciani@studiolegaleluciani.it](mailto:massimo.luciani@studiolegaleluciani.it) ]

<sup>1</sup> In corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2013.

<sup>2</sup> G. NEGRI, *La gabbia. Un romanzo del potere*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, Editalia, 1992.

<sup>3</sup> Numerosi, invero, sono i singoli passaggi che meriterebbero una riflessione. Si pensi, fra tutti, a quelli - assai impegnativi - sul potere di scioglimento delle Camere, da esercitare “per consentire al corpo elettorale di indicare la soluzione politica di uno stato di crisi, che non permette la formazione di un Governo o incide in modo grave sulla rappresentatività del Parlamento” (su questo passaggio v. le considerazioni di M. TIMIANI, *In margine al conflitto tra Capo dello Stato e Procura di Palermo, ovvero del potere di scioglimento delle Camere*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 febbraio 2013, ora in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 119 sgg.).

<sup>4</sup> A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013 (29 marzo 2013), 2.

giudizio (che è di parti e in genere non ha ad oggetto norme)<sup>4</sup> impone di assegnare torti e ragioni in modo netto. Proprio di sapiente flessibilità, invece, v'era bisogno in una controversia così delicata, nella quale l'esigenza di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza del capo dello Stato si scontrava con la diffidenza che, più<sup>5</sup> o meno<sup>6</sup> convincentemente, la Corte aveva ripetutamente dimostrato nei confronti delle prerogative costituzionali come fonti di regimi derogatori del trattamento giuridico comune a tutti i consociati<sup>7</sup>.

Anche per questo, sin dall'inizio mi ero convinto che tale controversia la si sarebbe potuta risolvere nel modo migliore con una tappa intermedia, e cioè passando da un giudizio incidentale di legittimità costituzionale promosso dalla stessa Corte innanzi a se stessa, giudizio avente ad oggetto una delle disposizioni processuali che la magistratura avrebbe potuto/dovuto applicare<sup>8</sup>. A questo proposito vi sarebbe stato l'imbarazzo della scelta, potendosi fare riferimento almeno agli artt. 268, 269, 270 e 271 cod. proc. pen. (ovvero al loro combinato disposto), nella parte in cui non assicurano un regime delle intercettazioni (fortuite) delle conversazioni del Presidente della Repubblica tale da non comprometterne l'autonomia e l'indipendenza. Al limite, si sarebbe potuto anche assumere, a base di una pronuncia additiva, l'art. 270-*bis* cod. proc. pen. (introdotto dalla l. n. 124 del 2007), che, avendo ad oggetto le "Comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza e ai servizi di informazione per la sicurezza", le circonda di garanzie potenzialmente idonee a salvaguardare la funzionalità dei servizi di sicurezza e le prerogative dei loro agenti. Stavolta, dunque, non condivido la posizione dello stesso Pace, ad avviso del quale una simile questione di costituzionalità (in particolare, se relativa all'art. 271 cod. proc. pen.) sarebbe stata irrilevante, in quanto "l'art. 271 c.p.p., così manipolato, avrebbe avuto una portata ancor più manifestamente innovativa e quindi non avrebbe potuto costituire la norma alla luce del quale risolvere il conflitto tra poteri"<sup>9</sup>. A ben vedere, infatti, l'innovatività è logicamente connessa a qualunque pronuncia additiva e non v'è ragione di ritenere ch'essa sia d'ostacolo all'applicazione della norma "manipolata" nei giudizi principali nei quali è insorto l'incidente di costituzionalità, quale che sia la natura di tali giudizi. Il problema, semmai, sarebbe stato quello dell'identificazione di una soluzione non così manipolativa da impingere nella sfera di discrezionalità riservata al legislatore, ma probabilmente non sarebbe stato un problema insolubile.

### 3. Dispositivo rigido, motivazione problematica. E il Presidente ha vinto davvero, alla fine?

Fatto sta, comunque, che la strada dell'intermediazione della questione di costituzionalità non è stata percorsa. Di qui la fatale rigidità del dispositivo decisorio del conflitto, che, almeno in apparenza (come vedremo), ha segnato la totale vittoria del Presidente della Repubblica e la totale sconfitta della Procura di Palermo. Proprio questa rigidità, tuttavia, ha creato un problema al cui tentativo di soluzione la Corte non ha potuto sottrarsi. L'affermazione dell'assoluta inutilizzabilità delle intercettazioni fortuite del capo dello Stato, infatti, avrebbe messo a rischio beni costituzionali primari, la cui cedevolezza nei confronti dell'autonomia e dell'indipendenza presidenziali è ben lungi dall'essere dimostrabile. È per questo che, come è ben noto, la

<sup>4</sup> Anche quando oggetto del conflitto sono norme (è quanto accade nei conflitti su atti regolamentari o - nelle limitate ipotesi in cui ciò è possibile, come da ultimo ricordato dalle ord. Corte cost., nn. 16 e 17 del 2013 - nel conflitto su atti legislativi), peraltro, la Corte può giungere al massimo all'adozione di una sorta di interpretativa di rigetto, mai di una sentenza manipolativa.

<sup>5</sup> Mi riferisco alle decisioni sui numerosi "lodi" che hanno tentato di porre le c.d. "alte cariche" dello Stato al riparo dallo svolgimento della funzione giurisdizionale (sentt. nn. 24 del 2004, 262 del 2009, 23 del 2011).

<sup>6</sup> Alludo alla giurisprudenza sull'insindacabilità parlamentare, della quale è stata progressivamente ridotta la portata soprattutto negando la rilevanza, al fine della determinazione del c.d. "nesso funzionale", degli atti di altri parlamentari, ancorché del medesimo gruppo ("*La verifica del nesso funzionale deve essere effettuata con riferimento agli atti della stessa persona, non potendosi configurare una sorta di insindacabilità di gruppo (sentenze n. 98, n. 82 e n. 81 del 2011, sentenze n. 134 e n. 28 del 2008)*": così, fra le altre, la sent. n. 39 del 2012). Non solo. Si è anche affermato che "*«l'opinione» garantita dalla insindacabilità, a norma dell'art. 68, primo comma, Cost. - come questa Corte ha costantemente affermato - è quella propria del singolo parlamentare per come espressa negli atti funzionali che egli compie, e non quella - generale ed impersonale - che può trarsi dagli atti riferibili al Parlamento nel suo complesso o a sue articolazioni*", con la conseguenza che nemmeno la divulgazione del contenuto di un documento ufficiale di una commissione parlamentare (della quale il parlamentare "interessato" non faceva parte) potrebbe radicare il nesso funzionale (sent. n. 82 del 2011).

<sup>7</sup> Fra le poche eccezioni, le pronunce sul "legittimo impedimento" alla partecipazione alle udienze giudiziarie che li coinvolgono da parte dei parlamentari impegnati - contemporaneamente - nello svolgimento delle loro funzioni (sentt. nn. 225 del 2001, 263 del 2003, 284 del 2004 e 451 del 2005, i cui principi, peraltro, sono stati ritenuti estensibili all'impedimento dei componenti del Governo dalla sent. n. 23 del 2011).

<sup>8</sup> Dubito assai, invece, che di tali disposizioni sarebbe stato sufficiente offrire una "lettura adeguatrice", come propone V. ANGIOLINI, *Il Presidente, le intercettazioni e la Corte: quando il topolino partorisce la montagna il parto è difficile*, in *Corr. giur.*, n. 4/2013, 450.

<sup>9</sup> A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite*, cit., 7.

sentenza in commento si conclude con un'affermazione assai impegnativa: *“Ferma restando la assoluta inutilizzabilità, nel procedimento da cui trae origine il conflitto, delle intercettazioni del Presidente della Repubblica, e, in ogni caso, l'esclusione della procedura camerale «partecipata», l'Autorità giudiziaria dovrà tenere conto della 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”*. Affacciatisi sull'abisso dell'assoluta impenetrabilità delle comunicazioni presidenziali, la Corte se n'è timorosamente ritratta, cercando di temperare il rigore delle necessarie forme di una statuizione sul conflitto con la sostanza del conferimento all'autorità giudiziaria del delicato compito di *“evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi”*.

È sin troppo facile, però, giunti a questo punto, osservare che, così facendo, si è finito per contraddire le conclusioni prima raggiunte<sup>10</sup> e per disegnare una fattispecie tanto aperta da generare una preoccupante incertezza. Infatti:

a) il riferimento a beni quali *“tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica”* è da considerarsi meramente esemplificativo di alcuni *“principi costituzionali supremi”*, o è da ritenere tassativo<sup>11</sup>?

b) ove fosse vera la prima ipotesi, non v'è forse il rischio di estendere a dismisura l'ambito delle *“iniziative consentite dall'ordinamento”* cui sarebbe tenuta l'autorità giudiziaria (basti pensare che l'ultima giurisprudenza costituzionale sembra talvolta elevare a principio costituzionale supremo addirittura la tutela della concorrenza)<sup>12</sup>?

c) ove fosse vera la seconda, come si potrebbe giustificare l'esclusione di beni come la salute o la difesa in giudizio, che sono definiti fondamentali o supremi dalla stessa Costituzione o già dalla più risalente giurisprudenza?

d) soprattutto, vista l'incertezza che regna in materia (e che ha prodotto, infatti, il conflitto), siamo sicuri che si sappia davvero quali sono le *“iniziative consentite dall'ordinamento”* che l'autorità giudiziaria dovrebbe adottare<sup>13</sup>?

Come si vede, poco detto e molto non detto nel passaggio conclusivo della sentenza. Si potrebbe forse sostenere che entro la rigida struttura del giudizio sui conflitti sarebbe stato difficile fare di più. Proprio per questo, però, la strada dell'intermediazione del giudizio incidentale avrebbe dovuto essere sondata (dalle parti e dalla Corte) con particolare attenzione.

Non basta. Anche a non tener conto del *revirement* determinato dagli ultimi passaggi della sentenza, siamo certi che la Corte abbia fatto davvero vincere il capo dello Stato su tutta la linea, come qualche imprudente commentatore ha ritenuto? Pur tacendo, ripeto, sul fatto che la fine della pronuncia smentisce il suo inizio, a me sembra che, comunque, come già fu per la sentenza sulla grazia, la vittoria del Presidente possa rivelarsi più apparente che reale, come sovente accade quando il successo è (o appare) essere troppo netto. Allora, la ricostruzione della grazia come atto strettamente presidenziale sembrava valorizzare al massimo la discrezionalità della scelta del capo dello Stato, ma in realtà finiva per lasciarlo solo di fronte alla responsabilità dell'atto clemenziale, vincolandolo – oltretutto – ad una motivazione (quella delle esigenze umanitarie) sovente impossibile da costruire. Oggi, l'impermeabilità delle comunicazioni del Presidente sembra assicurare all'organo il massimo rispetto della sua dignità e della sua indipendenza, ma in realtà lo espone al rischio di un eccesso di tutela (fonte di potenziale e imbarazzante responsabilità diffusa), non a caso quasi cancellato (in chiusura di pronuncia) dal richiamo alle *“iniziative consentite dall'ordinamento”* da adottarsi da parte dell'autorità giudiziaria.

<sup>10</sup> Si tratterà pure di una chiusa *“felicitemente incoerente”* (A. ANZON DEMMIG, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013 - 8 marzo 2013 -, 1), ma è davvero arduo, in sua presenza, leggere nella pronuncia in commento un percorso unitario.

<sup>11</sup> Analoghi quesiti sono stati già posti da A. ANZON DEMMIG, *Prerogative costituzionali implicite*, loc. cit.

<sup>12</sup> V., in particolare, la sent. n. 299 del 2012, sulla quale si è criticamente pronunciato V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013 (15 marzo 2013), rilevando la sua incoerenza con altre pronunce in materia - esse pure - di concorrenza.

<sup>13</sup> A testimonianza dell'incertezza che qui regna può essere ricordata la tesi di chi sostiene che la Corte, con l'inciso finale riportato nel testo, avrebbe mostrato *“l'intento di confinare l'inutilizzabilità nei suoi effetti «a carico», preservando dalla sanzione gli elementi probatori «a favore» che possano dimostrare, se pure illegittimi, l'assenza di responsabilità”* (così N. GALANTINI, *Un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra il capo dello Stato e la Procura di Palermo*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2013, 8), con il che l'esigenza di riservatezza, prima valorizzata, finirebbe - mi pare - per essere totalmente compromessa.

#### 4. Il Presidente a una dimensione

Dicevo in apertura, però, che non è il *decisum* della sentenza il profilo di maggiore interesse. Ben più rilevante è la questione dell'immagine del capo dello Stato sulla quale l'impianto argomentativo e decisorio è costruito. Vi è chi – pur criticando la pronuncia – ha ritenuto convincente la ricostruzione generale della figura presidenziale ch'essa presuppone<sup>14</sup>. A mio modesto avviso, invece, proprio questo è il profilo pel quale la sentenza in commento maggiormente si presta alla discussione. Vediamo perché.

In un bel saggio di una quindicina d'anni fa, Alfonso Di Giovine osservava che, stando alla piana lettura delle norme della Parte II della Costituzione, il Presidente della Repubblica risulta essere, fra gli organi costituzionali che caratterizzano la forma di governo, “quello, per così dire, più sovrastrutturale [...], disancorato, se si vuole, dai processi reali del Paese e blindato invece nei palazzi – istituzionali e politici – del potere”<sup>15</sup>. Subito dopo, però, si affrettava a precisare che “questa prima ricognizione, che tende a inscrivere il ruolo del Presidente in uno spazio algido di gestione di decisivi poteri costituzionali”, deve trovare un punto di conciliazione con la qualificazione del Presidente come rappresentante dell'unità nazionale<sup>16</sup>. Il mistero della Presidenza della Repubblica sta tutto qui: nella quadratura di un circolo che è tracciato per metà dalla qualificazione di “capo dello Stato” e per l'altra metà dalla qualificazione di “rappresentante dell'unità nazionale”, qualificazioni cui si collegano – rispettivamente – i poteri nominati (quelli elencati dall'art. 87 e menzionati dalle altre disposizioni costituzionali) e quelli innominati (primo fra tutti il potere di esternazione)<sup>17</sup> del Presidente<sup>18</sup>. Ora, è proprio questo mistero che mi sembra rimanere ancora irrisolto nella più recente giurisprudenza costituzionale.

Il punto è che il Presidente della Repubblica è *allo stesso tempo* capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale. E se si ricostruisce la sua posizione nel sistema assumendo come prospettiva ora l'una ora l'altra delle due qualificazioni<sup>19</sup> si finisce per disegnarne un figurino di volta in volta unidimensionale, che non dà conto della complessità del ruolo assegnatogli dalla Costituzione: il Presidente non sta solo nei palazzi della politica né solo nei molteplici luoghi della società civile, ma opera in entrambe le sfere, con strumenti e modalità d'azione assai diversi, il cui reciproco rapporto deve essere pazientemente definito. Analizzati in questa chiave, i più recenti interventi della Corte in materia – sta a dire: le sentt. nn. 200 del 2006 e 1 del 2013 – appaiono segnati da un'analoga, ancorché speculare, parzialità di prospettiva.

Come si sa, la sent. n. 200 del 2006, discostandosi dalla dottrina largamente maggioritaria (che aveva registrato voci dissonanti quasi unicamente – e forse non casualmente – di recente, in occasione del dibattito sull'ipotesi di un provvedimento clemenziale per Adriano Sofri), aveva ricostruito il potere di grazia come prerogativa squisitamente presidenziale e – conseguentemente – negato la natura duumvirale del relativo decreto: “*a fronte della determinazione presidenziale favorevole alla adozione dell'atto di clemenza, la controfirma del decreto concessorio, da parte del Ministro della giustizia, costituisce l'atto con il quale il Ministro si limita ad attestare la completezza e la regolarità dell'istruttoria e del procedimento seguito*”. Premessa di questa conclusione era l'idea della funzionalizzazione della grazia all'esclusiva realizzazione di finalità umanitarie: “*deve ritenersi [...] che l'esercizio del potere di grazia risponda a finalità essenzialmente umanitarie, da apprezzare in rapporto ad una serie di circostanze (non sempre astrattamente tipizzabili), inerenti alla persona del condannato o comunque involgenti apprezzamenti di carattere equitativo [...]*”. Si trattava di una conclusione e di una premessa assai discutibili.

<sup>14</sup> A. ANZON DEMMIG, *Prerogative costituzionali implicite*, loc. cit.; V. ANGIOLINI, *Il Presidente, le intercettazioni e la Corte*, loc. cit.

<sup>15</sup> A. DI GIOVINE, *Dieci anni di Presidenza della Repubblica*, in AA. VV., *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna, Il Mulino, 1997, 32.

<sup>16</sup> A. DI GIOVINE, *Dieci anni di Presidenza della Repubblica*, cit., 33.

<sup>17</sup> Ormai pacificamente acquisito al patrimonio dei poteri presidenziali anche nella giurisprudenza costituzionale: cfr., in particolare, la sent. n. 154 del 2004 (sul c.d. “caso Cossiga”).

<sup>18</sup> Che non vi siano equivoci: il capo dello Stato è tale proprio in quanto è rappresentante dell'unità nazionale (così, da ultimo, V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna, Il Mulino, 2013, 14), ma le due qualificazioni (e prestazioni) configurano articolazioni assai diverse dell'istituzione-Presidente.

<sup>19</sup> O addirittura se, come - in modo davvero singolare - si fa qui, la stessa funzione di rappresentanza dell'unità nazionale viene letta tutta in chiave di garanzia dell'equilibrio dei poteri (“*il Presidente della Repubblica «rappresenta l'unità nazionale» [...] non soltanto nel senso dell'unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica*”). Analogo rilievo anche in A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 febbraio 2013, 7.

Il Presidente, nella prospettiva di quella decisione, non veniva letto solamente come un “organo super partes, «rappresentante dell’unità nazionale», estraneo a quello che viene definito il «circuito» dell’indirizzo politico-governativo”, ma anche come un soggetto massimamente estraneo alla complessiva logica di funzionamento delle relazioni politiche, tutto proiettato verso le esigenze della società civile e distante da quelle della società politica. Sennonché, la premessa del ragionamento, e cioè che “la funzione della grazia è [...] quella di attuare i valori costituzionali, consacrati nel terzo comma dell’art. 27 Cost., garantendo soprattutto il «senso di umanità», cui devono ispirarsi tutte le pene [...]”, appariva in stridente contrasto con la storia dell’istituto, tanto che fu agevole pronosticare che lo schema disegnato dalla Corte, alla prova dei fatti, non avrebbe tenuto<sup>20</sup>. E i fatti, appunto, sono arrivati, confermando la facile previsione. Basta ricordare, a questo proposito, due casi assai recenti e parimenti interessanti.

Anzitutto, il provvedimento (non già di grazia, ma) di commutazione della pena (da detentiva in pecuniaria) in favore del giornalista Alessandro Sallusti. Nel comunicato stampa del Quirinale del 21 dicembre 2012 si ha la massima cura di precisare, fra l’altro, che: a) la decisione del Presidente ha tenuto conto “dell’avviso favorevole formulato dal Ministro della Giustizia”; b) “la decisione di commutare la pena raccoglie altresì gli orientamenti critici avanzati in sede europea, in particolare dal Consiglio d’Europa, rispetto al ricorso a pene detentive nei confronti di giornalisti”; c) è stato anche “valutato che la volontà politica bipartisan espressa in disegni di legge e sostenuta dal governo, non si è ancora tradotta in norme legislative per la difficoltà di individuare, fermo restando l’obbligo di rettifica, un punto di equilibrio tra l’attenuazione del rigore sanzionatorio e l’adozione di efficaci misure risarcitorie”; d) “con il provvedimento di commutazione della pena detentiva, il Presidente della Repubblica ha inteso avviare a una contingente situazione di evidente delicatezza, anche nell’intento di sollecitare, nelle istituzioni e nella società, una riflessione sull’esigenza di pervenire a una disciplina più equilibrata ed efficace dei reati di diffamazione a mezzo stampa”. Come si vede, adeguata valorizzazione dell’apporto del Ministro guardasigilli (e della conseguente copertura politica della scelta presidenziale) e non una parola sull’eventuale finalità umanitaria del provvedimento clemenziale (del resto palesemente assente).

In secondo luogo la (stavolta vera e propria) grazia al colonnello statunitense Joseph L. Romano III, condannato definitivamente per la *extraordinary rendition* di Abu Omar. Qui la lettura del comunicato stampa del Quirinale (del 5 aprile 2013) è ancor più istruttiva, perché vi si legge che: a) “a fondamento della concessione della grazia, il Capo dello Stato ha, in primo luogo, tenuto conto del fatto che il Presidente degli Stati Uniti Barack Obama, subito dopo la sua elezione, ha posto fine a un approccio alle sfide della sicurezza nazionale, legato ad un preciso e tragico momento storico e concretatosi in pratiche ritenute dall’Italia e dalla Unione Europea non compatibili con i principi fondamentali di uno Stato di diritto”; b) “in secondo luogo, il Capo dello Stato ha tenuto conto della mutata situazione normativa introdotta dal d.P.R. 11 marzo 2013, n. 27 che ha adeguato al codice di procedura penale del 1988 le modalità e i termini per l’esercizio da parte del Ministro della Giustizia della rinuncia alla giurisdizione italiana sui reati commessi da militari NATO, consentendo tale manifestazione di volontà in ogni stato e grado del giudizio”; c) “con il provvedimento di grazia, il Presidente della Repubblica nel rispetto delle pronunce della Autorità giudiziaria ha inteso dare soluzione a una vicenda considerata dagli Stati Uniti senza precedenti per l’aspetto della condanna di un militare statunitense della NATO per fatti commessi sul territorio italiano”; d) “l’esercizio del potere di clemenza ha così avviato a una situazione di evidente delicatezza sotto il profilo delle relazioni bilaterali con un Paese amico”; e) “negli ambienti della Presidenza si osserva che la decisione è ispirata allo stesso principio che l’Italia, sul piano della giurisdizione, cerca di far valere per i due marò in India”. Come si vede, di umanitario non v’è nulla, e la motivazione della grazia è esplicitamente *politicienne*.

Ritengo metodologicamente scorretto interpretare le disposizioni costituzionali alla luce dei fatti piuttosto che qualificare i fatti alla luce delle disposizioni costituzionali, ma non mi sembra dubbio che questi esempi confermino la fragilità della ricostruzione storica e dogmatica prospettata dalla sent. n. 200 del 2006. La grazia (così come gli altri provvedimenti clemenziali) non è mai stata (e mai sarà) esercitata *solo* per ragioni umanitarie; il capo dello Stato non può essere lasciato solo nell’esercizio di una prerogativa di simile delicatezza, sicché il ruolo del Guardasigilli non può essere ridotto a quello di un semplice notaio o – al più – di un controllore della mera regolarità delle forme<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Cfr., se si vuole, M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corr. giur.*, n. 2/2007, 6 sgg.

<sup>21</sup> V’è da chiedersi, anzi, come se la caverebbe, ora, la Corte se mai all’autorità giudiziaria venisse in mente di proporre un conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente, lamentando il superamento dei limiti del potere di grazia. Forse, solo con una pronuncia processuale che applicasse i medesimi principi fatti valere nei confronti dei promotori del *referendum* abrogativo, ai quali si è

In realtà, la debolezza di quella pronuncia stava nella monodimensionalità della prospettiva di analisi: un Presidente tutto assorbito nella logica delle esigenze umanitarie, insensibile a più articolate esigenze di sistema politico-istituzionale, non corrispondeva al complesso disegno tracciato dalla Costituzione. Analoga (ancorché speculare, dicevo) monodimensionalità, e quindi analoga debolezza mi pare di poter ravvisare, nonostante il suo articolato e attentamente costruito percorso argomentativo, nella sent. n. 1 del 2013.

Qui, i toni sono – appunto – specularmente analoghi. L'attenzione è tutta rivolta al rapporto fra il Presidente e gli altri poteri dello Stato: egli "è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche"; è per questo che "dispone [...] di competenze che incidono su ognuno dei citati poteri, allo scopo di salvaguardare, ad un tempo, sia la loro separazione che il loro equilibrio"; la stessa rappresentanza dell'unità nazionale è intesa "anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica", con la conseguenza che il Presidente è un "organo di moderazione e di stimolo nei confronti di altri poteri, in ipotesi tendenti ad esorbitanze o ad inerzia".

Quel che più conta, è che, secondo la Corte, "per svolgere efficacemente il proprio ruolo di garante dell'equilibrio costituzionale e di «magistratura di influenza», il Presidente deve tessere costantemente una rete di raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono". Deve svolgere, dunque, una serie di "attività informali, fatte di incontri, comunicazioni e raffronti dialettici", che "implicano necessariamente considerazioni e giudizi parziali e provvisori da parte del Presidente e dei suoi interlocutori", in ordine ai quali deve essergli garantita la massima riservatezza.

Ora, a me sembra che l'immagine del Presidente della Repubblica che emerge da questo inquadramento concettuale sia quella di un soggetto interamente vocato a confinarsi in quei "palazzi della politica" dei quali si diceva in precedenza, al centro di una rete di rapporti informali e riservati, per definizione inaccessibili dall'esterno. L'esatto opposto, mi pare, di quanto la sentenza sulla grazia aveva lasciato immaginare.

È evidente che le fattispecie scrutinate erano, nei due casi, diverse, il che può spiegare la scelta dell'una piuttosto che dell'altra prospettiva. Ciò non toglie, però, che sia allora che oggi la prospettiva – appunto – sia stata parziale e che dall'una e dall'altra sentenza non riesca ad emergere la compiuta immagine del Presidente della Repubblica, per come scolpita (soprattutto) dalla complessa formulazione dell'art. 87, comma 1, Cost. Nella specie, un allargamento dello sguardo anche all'altra prospettiva avrebbe probabilmente consentito di raggiungere conclusioni meno estreme e di trovare (specie grazie all'intermediazione del "passaggio" di un giudizio incidentale) un migliore punto di equilibrio fra esigenze di riservatezza ed esigenze di trasparenza.

Credo che sia in questa pronuncia che in quella sulla grazia si avverta l'eco dell'equivoco nel quale è caduta anche la dottrina più attenta, quando ha preteso di mettersi alla ricerca del "vero" volto del Presidente della Repubblica nel nostro sistema costituzionale.

È osservazione diffusa<sup>22</sup> che la posizione effettiva del Presidente sia legata alla funzionalità del sistema dei partiti<sup>23</sup>, all'articolarsi del raccordo Parlamento-Governo<sup>24</sup> – del quale sarebbe una "variabile dipendente"<sup>25</sup> – o, più in generale, al grado di stabilità del sistema politico<sup>26</sup>. Ora, sarebbe coerente con questa premessa (che a me non sembra smentita dagli ultimi svolgimenti)<sup>27</sup> registrare le oscillazioni del ruolo presi-

---

negata la legittimazione a dolersi in sede di conflitto del mancato rispetto, da parte del legislatore, dell'esito referendario (cfr. ordd. 6 luglio 1988 - s.n. -; 9 del 1997, sulle quali - se si crede - le notazioni di chi scrive in *Articolo 75 - Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 2005, 239 sgg.). A parte il fatto, però, che questa estensione sarebbe tutt'altro che piana, v'è da dire che, così facendo, si introdurrebbe una discutibile ipotesi di atto del tutto insindacabile nel giudizio sui conflitti (visto che nessun altro potere dello Stato potrebbe ritenersi titolare di un interesse al suo annullamento).

<sup>22</sup> E, a quanto riferisce E. Scalfari nell'*Intervista* pubblicata su *la Repubblica* del 5 luglio 2012, condivisa anche dal Presidente Napolitano.

<sup>23</sup> O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia. Il caso della sentenza n. 1 del 2013*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 32; V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente*, cit., 10.

<sup>24</sup> G.U. RESCIGNO, *Articolo 87- Il Presidente della Repubblica*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1978, 181 sg.: i poteri del Presidente restano "formali" e "secondari" a fronte di una "solida maggioranza parlamentare", per risvegliarsi e divenire sostanziali quando essa si fa debole.

<sup>25</sup> R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 9.

<sup>26</sup> V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente*, cit., 20.

<sup>27</sup> Ritieni, invece, G. SCACCIA, *Il "settennato" di Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 105 sg., che oggi il capo dello Stato possa far ricorso a risorse di legittimazione (l'apprezzamento internazionale; il collegamen-

denziale, senza pretendere di segnare su un punto preciso del movimento del pendolo la posizione “giusta”. Sennonché, è proprio questa pretesa che viene sovente elevata. Così, si è scritto che “ogniquale volta il sistema dei partiti s’indebolisce, il vento della politica presidenziale inizia a spirare forte, spazzando via la coltre che tenta di celarne *la vera fisionomia*”<sup>28</sup>. Con il che, però, non si spiega perché la “vera fisionomia” sia quella che appare quando il vento soffia forte e non quella che è visibile quando c’è bonaccia, cadendo nell’errore metodologico schmittiano, che elevava la patologia e l’eccezione a chiavi interpretative della fisiologia e della regolarità<sup>29</sup>. E, soprattutto, non si considera che le prestazioni richieste dalla Costituzione al Presidente sono più d’una, come – insisto – la sua duplice qualificazione nell’art. 87, comma 1, chiarisce senza possibilità di dubbio.

La sentenza n. 1 del 2013 incappa pienamente nel medesimo equivoco, caratterizzandosi per un’evidente unidirezionalità, che emerge a tutto tondo quando la si raffronta alla sent. n. 200 del 2006, della quale condivide il vizio metodologico, pur contrapponendovisi radicalmente nei contenuti. Del resto, questa sentenza mostra di volersi allontanare anche da un altro importante precedente in materia di ricostruzione della figura del capo dello Stato. Mi riferisco alla sent. n. 154 del 2004, nella quale, interrogandosi su alcune “esternazioni” del Presidente Cossiga, la Corte, discostandosi nettamente dalla prospettazione del(l’ex) Presidente allora ricorrente, affermò senza mezze misure che era “*necessario tenere ferma la distinzione fra atti e dichiarazioni inerenti all’esercizio delle funzioni, e atti e dichiarazioni che, per non essere esplicitazione di tali funzioni, restano addebitabili, ove forieri di responsabilità, alla persona fisica del titolare della carica, che conserva la sua soggettività e la sua sfera di rapporti giuridici, senza confondersi con l’organo che pro tempore impersona*” e che, se è vero che “*si può riconoscere che operare la distinzione, nell’ambito delle «esternazioni», fra quelle riconducibili all’esercizio delle funzioni presidenziali e quelle ad esse estranee può risultare, in fatto, più difficile di quanto non sia distinguere nel campo dei comportamenti o degli atti materiali [...]*”, non è meno vero che “*l’eventuale maggiore difficoltà della distinzione non toglie che essa sia necessaria*”.

Affermazioni, quelle ora riportate, che (facendo valere un principio essenziale dello Stato costituzionale di diritto)<sup>30</sup> sembrano davvero ineccepibili e rispetto alle quali stridono quelle che si leggono nella sent. n. 1 del 2013, nella quale (dopo aver prestato formale ossequio al precedente ora ricordato) si dice che le intercettazioni, “*strumenti invasivi di ricerca della prova*”, finiscono “*per coinvolgere, in modo inevitabile e indistinto*” tutte le comunicazioni presidenziali, comprese quelle istituzionali, “*per le quali [...] 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*”. La distinzione, che nella precedente pronuncia era necessaria, ancorché difficoltosa, oggi resta difficoltosa, sì, ma diventa impossibile<sup>31</sup>.

## 5. Per una concezione “moderata” del Presidente della Repubblica nella nostra forma di governo

La debolezza del sistema partitico e il malfunzionamento del raccordo Parlamento-Governo hanno permesso, negli ultimi venti anni, un’evidente espansione del ruolo del capo dello Stato. Essa, nel contesto di un vero e proprio “mutamento di orizzonte culturale”<sup>32</sup>, è stata assecondata da buona parte della dottrina, che ha letto quasi sempre *in bonam partem* le previsioni costituzionali sul Presidente della Repubblica. Esse, però, non giustificavano questa tendenza. Certo, l’osservanza della Costituzione è affidata anche alle sue cure, ma non è esatto assegnargli un ruolo di garanzia *giuridica* della Costituzione (che spetta alla sola Cor-

---

to diretto con l’opinione pubblica) che gli consentirebbero di giocare una partita in qualche modo indipendente dalle condizioni (dei partiti e) del sistema politico, potenzialmente conflittuale con gli altri suoi attori. A me sembra, però, che queste risorse siano sempre state disponibili e siano state sovente usate (si pensi all’impiego della seconda che ha fatto, in particolare, Pertini), ma senza che fosse consentito al Presidente contrapporsi davvero, come polo politico alternativo, ad un circuito partiti-Parlamento-Governo che fosse fisiologicamente funzionante.

<sup>28</sup> O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale*, loc. cit. (cors. mio).

<sup>29</sup> Analogo rilievo critico, ora, in V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente*, cit., 17.

<sup>30</sup> V. i condivisibili rilievi di V. ANGIOLINI, *Il Presidente, le intercettazioni e la Corte*, cit., 452.

<sup>31</sup> In dottrina, in una nota assai favorevole alla pronuncia in commento, si è detto addirittura che quella distinzione sarebbe “forse anche dannosa[a]”: M. C. GRISOLIA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 febbraio 2013, 4.

<sup>32</sup> Come rileva G. SCACCIA, *Il “settennato” di Napolitano*, cit., 94.

te costituzionale)<sup>33</sup>. Certo, la promulgazione e l'emanazione sono momenti di compartecipazione presidenziale al *procedimento* normativo, ma non dovrebbero essere concepiti anche come strumenti di compartecipazione alla relativa *funzione*, assecondando la prassi (per più aspetti infelice, soprattutto perché conduce alla confusione delle responsabilità)<sup>34</sup> della negoziazione normativa (anche se presentata come semplice *moral suasion*)<sup>35</sup> fra Quirinale, Montecitorio, Palazzo Madama, Palazzo Chigi<sup>36</sup>. Certo, l'art. 92, comma 2, della Costituzione gli assegna il compito di risolvere le crisi di governo, ma la gestione della crisi non può trasformarsi in gestione o fosse pure solo garanzia degli stessi equilibri politici, che sempre la Costituzione affida inequivocabilmente al circuito Parlamento-Governo.

Le ragioni di questo atteggiamento della dottrina sono molteplici. Molti studiosi hanno visto nel Presidente l'ancora cui legare la fragile navicella di istituzioni costituzionali non più assistite da un circuito politico virtuoso. Molti, per precisa scelta metodologica, hanno adeguato alla prassi la loro ricostruzione della forma di governo. Altri, in una prospettiva alquanto *politicienne*, hanno trasformato il timore nei confronti di una certa maggioranza politica e del suo *leader* (ritenuti istituzionalmente inaffidabili) in dottrina della Costituzione. Altri ancora hanno salutato con soddisfazione il nuovo corso della forma di governo perché vi hanno letto l'incubazione di una più profonda (e finalmente formalizzabile) trasformazione costituzionale, intravedendo all'orizzonte addirittura i "bagliori di una Repubblica semipresidenziale"<sup>37</sup>. Più di tutto, però, ha probabilmente pesato la resistenza di una risalente categoria analitica qual è quella del "potere neutro".

La cosa, per la verità, può sorprendere, visto che sono passati circa ottant'anni da che Hans Kelsen registrava – con qualche ironia – la nostalgia dei giuristi per l'articolazione duale del regime monarchico-costituzionale<sup>38</sup>. Fatto sta, però, che la cosa va presa molto sul serio: sovente gli stessi Presidenti qualificano il proprio ruolo in termini di "potere neutro", sicché è opportuno capire bene di cosa si stia, qui, parlando.

Molto opportunamente si è di recente ricordato che in Constant la dottrina del *pouvoir neutre* assegnava al capo dello Stato funzioni di primario rilievo politico<sup>39</sup>, concependo il monarca costituzionale come un potere "supremo" nel quale la stessa statualità si identificava<sup>40</sup>. In genere, però, chi qualifica il nostro Presidente come "potere neutro" non pensa a svolgimenti di questo genere, ma, più semplicemente, evoca l'idea ch'egli sia neutrale, e cioè: a) lontano dalla politica, ovvero b) non partigiano. Ora, escluso, come dimostrato a suo tempo da Esposito, che l'accezione *sub a*) possa realisticamente avere un qualche senso<sup>41</sup>, resta la seconda. Essa, appunto, non ha nulla a che vedere con la constantiana dommatica del *pouvoir neutre*. È probabile che l'equivoco che ha indotto a confonderle nasca dall'assenza nella lingua francese di due parole distinte per denotare il "neutro" e il "neutrale", visto che in entrambi i casi il termine a disposizione è solo *neutre*. Si tratta di un equivoco banale, dunque, eppure potenzialmente pericoloso, perché la forza dei concetti travalica il cattivo uso dei termini che li esprimono e induce indebite sovrapposizioni, quali sono

<sup>33</sup> Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in AA. VV., *Il Presidente della Repubblica*, cit., spec. 18 sgg. Sul rischio di una confusione fra il controllo presidenziale della legislazione e il sindacato di costituzionalità di competenza della Corte, v. anche, da ultimo, I. PELLIZZONE, *Il peso specifico della prassi nella configurazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 85; G. SCACCIA, *Il "settennato" di Napolitano*, cit., 100.

<sup>34</sup> Per questo rilievo, da ultimo, D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano. Evoluzione politico-costituzionale della Presidenza della Repubblica*, Milano, Università Bocconi, 2012, 21, 110; ID., *Metodo di studio e "settennato" Napolitano*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 71; V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente*, cit., 67 ("Il presidente può essere arbitro della legislazione, ma non può trasformarsi in colegislatore").

Un altro elemento sul quale riflettere (e del quale, invece, pochissimo si discute) è la limitatezza delle risorse della struttura della Presidenza, che non assicura al capo dello Stato la medesima compiutezza dell'informazione sulla quale possono contare il Governo e il Parlamento e che - quindi - può far correre il rischio di errori di valutazione.

<sup>35</sup> "Io sono un fissato della *moral suasion*, arte praticata da tempo da tutti i banchieri centrali [...], arte che ho trovato utilissima anche da Presidente della Repubblica", ha recentemente affermato il Presidente Ciampi (C.A. CIAMPI, *Da Livorno al Quirinale. Storia di un italiano*, conversazione con A. Levi, Bologna, Il Mulino, 2010, 177).

<sup>36</sup> Di un "negoziato permanente" parla, da ultimo, G. SCACCIA, *Il "settennato" di Napolitano*, cit., 99.

<sup>37</sup> G. PASQUINO, *L'elasticità della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 114. Nel senso che un'interpretazione "semipresidenzialista" del (primo) settennato di Napolitano sia eccessiva, V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente*, cit., 183.

<sup>38</sup> H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, XXXV (1928), 197 sgg., trad. it. di C. Geraci, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)*, in *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 149 sgg.

<sup>39</sup> O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, Jovene, 2010, 145 sgg.

<sup>40</sup> A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato come rappresentante dell'unità nazionale*, in A. VIGNUPELLI (a cura di), *Lezioni magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, Mucchi edit., 2012, 31 sgg.

<sup>41</sup> C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, 224 sgg.



quelle nelle quali la nostra dottrina (ora seguita dalla giurisprudenza) è caduta, finendo per accreditare l'idea di un capo dello Stato motore dell'intera forma di governo<sup>42</sup>. Non è questa, però, l'impostazione della Costituzione.

L'ostacolo fondamentale all'importazione della concettuologia constantiana è il dualismo. La monarchia costituzionale, sulla quale Constant ha calibrato il proprio ragionamento, è dualista. E lo è non tanto per il suo *funzionamento*, quanto per il suo *fondamento*. Deriva, infatti, il dualismo dalla diversa legittimazione del monarca e delle assemblee rappresentative, che sola consente al primo di contrapporsi – se necessario – alle seconde. Proprio in Constant l'assunto è chiarissimo. La “differenza essenziale e fondamentale” che intercorre fra ministri e capo dello Stato sta nel fatto che i primi sono “autorità responsabile” e il secondo “autorità investita dell'inviolabilità”<sup>43</sup>. Che il monarca sia inviolabile è possibile solo perché egli è autorità esterna a tutti i poteri<sup>44</sup>, un “essere a parte”<sup>45</sup>. A parte, appunto, perché dotato di una legittimazione radicalmente alternativa. Del resto, non è casuale che un esempio di potere neutro sia per Constant il tribunato<sup>46</sup> e il fatto che si tratti di un esempio errato, frutto di una confusione storica (che, invece, non troviamo in Rousseau, che opportunamente collegava tribunato e *volonté générale*)<sup>47</sup>, non rende meno chiara la sostanza delle cose, perché nell'ordinamento costituzionale romano la legittimazione dei tribuni, quella dei comizi e quella del senato erano ben distinte.

Senonché, nelle democrazie il principio legittimante può essere uno solo: la volontà popolare. Non è ammesso, dunque, alcun dualismo della forma di governo. Anche quelle che appaiono e sono sovente definite dualiste, come quella presidenziale, non lo sono autenticamente, perché riposano pur sempre su un principio legittimante *unico*, connesso alla sovranità del popolo. Nelle democrazie è dato un solo *tipo* di legittimazione politica, sebbene possano darsene più *modi*. Ma fra *tipo* e *modo* non si può confondere (e in questa prospettiva, mi sembra, deve essere letta anche la nota classificazione weberiana). Così, un presidente eletto direttamente riposa su un modo di legittimazione che è diverso da quello delle assemblee rappresentative, ma è manifestazione (modo appunto) di un tipo comune di legittimazione, quello democratico, alternativo a quelli della tradizione, della discendenza di sangue, della volontà divina. Nemmeno le corti costituzionali possono vantare legittimazioni alternative a quella democratica. La bickeliana *counter-majoritarian difficulty*<sup>48</sup>, infatti, si può risolvere agevolmente comprendendo che rigidità e controllo di costituzionalità non sono altro che strumenti di realizzazione della volontà *democratica* sottesa al patto costituzionale, patto destinato a prevalere sulle successive manifestazioni di volontà legislativa (ma non su quelle di volontà propriamente “costituente”). È sempre il principio democratico, dunque, il fondamento delle costituzioni e delle loro stesse garanzie.

<sup>42</sup> Sul punto, da ultimo, O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale*, spec. 28 sg.

<sup>43</sup> B. CONSTANT, *Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France*, Paris, Eymery, 1815, 34 (n.b.: le singolarità ortografiche del titolo sono nell'originale).

<sup>44</sup> B. CONSTANT, *Principes de politique*, cit., 35.

<sup>45</sup> B. CONSTANT, *Principes de politique*, cit., 40.

<sup>46</sup> B. CONSTANT, *Principes de politique*, cit., 38 sgg.

<sup>47</sup> J.J. ROUSSEAU, L. V, Cap. V, ove si precisa che il tribuno era “officier du peuple” (si badi: di una *parte* del popolo, ancorché maggioritaria, qual era la plebe). Questo aspetto del pensiero di Rousseau è ben sottolineato da P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino, Paravia, 1971, 40 sgg. Lo stesso A., *Império, Povo, Costumes, Lugar, Cidadania, Nascituros (Alguns Elementos da Tradição Jurídica Romano-Brasileira)*, in AA. VV., *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Alfonso da Silva*, a cura di E.R. Grau e S.S. da Cunha, Malheiros, São Paulo, 2003, 140 sg., mette opportunamente in luce la differenza fra (constantiano) potere neutro e potere tribunizio.

Ha sostenuto la possibilità di assimilare (pur “con tutti i distinguo del caso”) i poteri del nostro Presidente della Repubblica in ordine all'emanazione di un atto governativo a quelli del romano tribuno della plebe P. CHIRULLI, *L'emanazione dei decreti-legge nella sistematica degli atti del capo dello Stato italiano* (tesi di dottorato), 102 sgg. A me sembra, però, che: a) nemmeno tutti i possibili “distinguo” possano prevenire i rischi dell'indebita sovrapposizione di esperienze storiche ben diverse; b) la natura meramente “negativa” del potere presidenziale sia tutta da dimostrare, visto che (come aveva osservato A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, IV, 217 sgg., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, I, 239) la previsione costituzionale della controfirma di tutti gli atti del capo dello Stato ha rivestito di pari efficacia formale la manifestazione della volontà presidenziale e la manifestazione della volontà governativa, sicché l'intervento del Presidente non è meno “necessario ed efficiente” di quello del Governo ed esso e il Presidente sono “compartecipi pariorinati della potestà” che esercitano.

<sup>48</sup> Come è noto, essa era stata enunciata da A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven - London, Yale University Press, 1986 (1<sup>a</sup> ed. 1962), 16, e si radicava nella constatazione della difficoltà di giustificare che nove uomini (e donne), privi di legittimazione democratica, dichiarassero invalide leggi liberamente approvate dagli organi della rappresentanza politica.

Questo vale anche per il nostro Presidente della Repubblica<sup>49</sup>. La sua legittimazione non è meno democratica di quella delle Camere (che, del resto, lo eleggono) e conseguentemente non può essere spesa per contrapporla alle assemblee rappresentative come se fosse radicalmente alternativa. Non v'è, dunque, alcun possibile dualismo, almeno se a questo termine si vuole dare il senso che è corretto attribuirgli, per la sua storia e per la sua logica<sup>50</sup>. La diversità dei modi in cui si articola l'unico tipo di legittimazione, nondimeno, spiega perché il monismo della nostra forma di governo non si traduca in assemblearismo e perché le prestazioni richieste al Presidente non coincidano con quelle del Parlamento.

Anche su questo terreno, peraltro, si dovrebbe andare più a fondo e non fermarsi alla superficie. Al capo dello Stato sono palesemente richieste prestazioni di unità, ma in una prospettiva molto diversa da quella schmittiana. Per Schmitt, era vitale affermare l'esigenza di un'istanza unificante esterna al circuito politico-parlamentare, capace di rimediare all'articolazione (che gli appariva) disgregativa della società pluralista. Per la Costituzione, invece, l'unificazione e l'integrazione si costruiscono proprio nel processo di confronto pluralistico, che conduce all'elaborazione prima della politica nazionale (determinata dai cittadini liberamente associati in partiti), poi di quella parlamentare, poi di quella governativa. La ricostruzione schmittiana è seducente, ma schematica, e riflette il timore di fronte a fenomeni (quelli del pluralismo) che – nonostante l'acume del giurista di Plettenberg – continuano ad essere interpretati nella prospettiva che era stata propria della dottrina ottocentesca. In quella prospettiva, il pluralismo appare "in sé" disgregativo e deve essere necessariamente bilanciato dal dispiegamento di risorse, personali e simboliche, capaci di ricomporre una unità statale altrimenti compromessa. Per la nostra Costituzione questo non basta. Una comunità politica che – ciceronianamente<sup>51</sup> – non è unita da una comunanza di diritto condiviso, di valori, e soprattutto di interessi (materiali!) è perduta. Quella comunanza si genera proprio nelle istituzioni del pluralismo e non c'è istituzione dell'unità che possa supplire al loro malfunzionamento. La storia dell'Italia degli ultimi venti anni è dura, ma chiara, maestra per chi vuole ascoltarla e capire: la crisi dell'unità nazionale è anzitutto crisi dei partiti e del Parlamento come luoghi dell'elaborazione del diritto e degli interessi comuni (i valori, quelli, stanno già scritti in Costituzione) e i vari capi dello Stato che si sono succeduti hanno potuto soltanto tappare le falle, ché di più non avrebbero potuto fare, né sarebbe stato ragionevole chiedere loro.

È per questo che la logica del dualismo è rovinosa: ai Presidenti non si deve chiedere l'impossibile, perché il loro compito è tutelare una unità che si genera altrove, non generare unità laddove essa è carente. Non hanno gli strumenti per farlo (non possono scrivere una legge di bilancio, per dirne una), né la Costituzione li sfida ad essere ciò che non possono essere. È sempre per questo, dunque, che la dottrina del potere neutro non può essere condivisa, nemmeno nelle sue forme più blande e raffinate, quali sono quelle date da chi ha cercato di depurarla del suo sostrato monarchico, sostenendo che in una democrazia pluralista come la nostra il capo dello Stato dovrebbe agire come "un'istanza *indipendente dai partiti* e, nondimeno, investita dell'*auctoritas politica* derivantegli dall'essere «il rappresentante dell'unità nazionale»"<sup>52</sup>.

È la Costituzione a collocare al centro della nostra forma di Governo le assemblee rappresentative, non il capo dello Stato. Ed è anche assai opportuno che si comprendano le buone ragioni di questa scelta costituzionale, perché l'organo è monocratico e non v'è alcuna garanzia che, con inquilini del Quirinale diversi da quelli che hanno saputo dipanare le sempre più intricate matasse istituzionali delle ultime legislature, non s'abbia poi a doversi pentire di un eccesso di esaltazione dei poteri presidenziali<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Non trovo coerente, dunque, leggere la parabola della nostra Presidenza della Repubblica nelle ultime legislature nella chiave della categoria interpretativa del potere neutro e riconoscere che il capo dello Stato repubblicano ha rispetto a quello monarchico un "diverso titolo di legittimazione" (V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente*, cit., rispettivamente 180 e 12).

<sup>50</sup> Come ricorda C. FUSARO, *Il presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 32, invece, in genere si ritiene che vi sia dualismo laddove v'è compartecipazione alla funzione di indirizzo politico.

<sup>51</sup> È ben noto che, per Cicerone, il popolo non è "*omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*" (*De Re Publica*, I, 39).

<sup>52</sup> A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato come rappresentante dell'unità nazionale*, cit., 34 sg. (cors. nell'orig.).

<sup>53</sup> Invita giustamente a "muovere da un'antropologia negativa" O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale*, cit.,