

PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E ORDINE GIUDIZIARIO NELL'ERA DI NAPOLITANO (MAGGIO 2006 – SETTEMBRE 2013)**

1. Il rapporto fra politica e magistratura. – 2. Napolitano come Presidente del CSM. – 2.1. Gli atti del CSM interferenti con l'esercizio degli altri poteri dello Stato: i pareri sui disegni di legge governativi. Critica all'interpretazione presidenziale del potere consultivo del CSM. – 2.2. Le "pratiche a tutela" e l'inserimento di nuovi argomenti all'ordine del giorno in via di urgenza. – 3. La concessione della grazia e la commutazione delle pene. – 3.1. I provvedimenti di clemenza nei confronti di Alessandro Sallusti e Joseph Romano. – 3.2. La condanna di Berlusconi e la richiesta di agibilità politica per il leader del centro-destra. L'ambigua risposta di Napolitano. – 4. Il conflitto con la Procura di Palermo e la sentenza n. 1 del 2013. – 4.1. Limiti e contraddizioni della sentenza n. 1 del 2013 e considerazioni inattuali su una diversa soluzione processuale.

1. Il rapporto fra politica e magistratura.

Ogni pacata riflessione sui rapporti fra politica e magistratura è da oltre un ventennio sopraffatta dal fragore di uno scontro che, deflagrato nei primi anni '90 con Tangentopoli, non ha ancora attenuato la sua violenza. A determinarlo hanno in parte contribuito le riforme costituzionali del 1989 e del 1993, che hanno rimosso i due strumenti voluti dal Costituente per scongiurare un uso politico della giurisdizione: la previsione di un giudice speciale, di composizione tecnico-politica, per i reati ministeriali (la Corte costituzionale integrata dai sedici giudici eletti dal Parlamento) e – soprattutto – l'autorizzazione a procedere nei confronti dei membri del Parlamento, che bloccava sul nascere le iniziative caratterizzate da un intento persecutorio, riasorbendo almeno in parte la responsabilità penale in quella politica. Se però il conflitto ha raggiunto livelli di guardia è soprattutto perché la tutela penale, in assenza di efficienti meccanismi di controllo democratico e sociale sulle condotte dei soggetti governanti, ha finito per rappresentare l'unica, effettiva forma di sanzione del malcostume politico. In un Paese sprovvisto di un sufficiente grado di etica pubblica, la condanna penale ha surrogato la responsabilità democratica e la legalità – che dovrebbe costituire l'ovvia premessa dell'azione politica – è diventata essa stessa il manifesto programmatico di partiti capeggiati da ex magistrati e il principale e talora esclusivo strumento di analisi politica di settori non marginali della stampa e dell'opinione pubblica.

La guerra fra politica e magistratura è esplosa così senza più mediazioni, producendo un duplice, simmetrico effetto di delegittimazione. Da un lato, chi rivendica l'indipendenza e l'autonomia dei giudici in replica a quanti teorizzano l'immunità dei governanti in ragione della loro diretta investitura popolare è accusato di coltivare disegni golpisti di rovesciamento della democrazia liberale; dall'altro lato, chi critica la strumentalizzazione politica e spettacolarizzazione di certe iniziative giudiziarie o propone di rivedere i modelli organizzativi dell'ordine giudiziario (ad esempio attraverso la separazione delle carriere) o di rafforzare i controlli interni, viene volgarmente accusato di "intelligenza con il nemico" e ridotto al silenzio con l'infamante accusa di essere un difensore dell'illegalità e della corruzione e un seguace di disegni piduisti di assoggettamento della magistratura al controllo politico.

In questo clima esasperato, nel quale classe politica e ceto giudiziario si sono fronteggiati trovando nella demonizzazione dell'interlocutore il comodo pretesto per rinviare ogni autoriflessione critica, ogni processo di autoriforma, il Presidente della Repubblica si è mosso con il dichiarato intento di ripristinare le con-

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Teramo [ginoscaccia@hotmail.com].

** Il saggio viene ospitato nella *Rivista AIC* per gentile concessione della rivista *Diritto pubblico*, nella quale esso sarà pubblicato in versione integrata nel testo e nelle note. Dati statistici e di cronaca sono aggiornati alla data del 16 settembre 2013.

dizioni di un confronto fisiologico, non più contrassegnato «da complessi difensivi e da impulsi di ritorsione polemica»¹.

Fin dal suo primo intervento dinanzi al Consiglio superiore della Magistratura, l'8 giugno 2006, Napolitano ha auspicato la collaborazione e il dialogo fra giudici e forze politiche e «il recupero di toni che non siano di pura contrapposizione»²; e in questa direzione ha dispiegato tutta la sua influenza. Nel saluto augurale rivolto alle alte cariche dello Stato per le festività natalizie del 2007, egli ha messo in guardia contro «l'accendersi (...) di una deleteria spirale che procurerebbe grave danno sia alle forze e alle istituzioni politiche sia alla magistratura, in definitiva alla causa della giustizia nell'interesse dei cittadini e dello Stato». Nell'intervento del 14 febbraio 2008 dinanzi al CSM ha invitato le istanze rappresentative dell'una e dell'altra parte a «non percepirsi ed esprimersi come mondi ostili, guidati dal sospetto reciproco, anziché uniti in una comune responsabilità istituzionale», e, nel riservarsi il ruolo di fornire «il contributo più obbiettivo e disinteressato alla piena affermazione di quella comune responsabilità», ha considerato però fuorviante attribuirgli «la tendenza a una salomonica equidistanza, come se a lui [me] spettasse dividere i torti e le ragioni tra due parti in conflitto, e non richiamare tutti al rispetto di regole, esigenze, equilibri che il nostro ordinamento repubblicano ha per tutti reso vincolanti». Nell'intervento dinanzi al CSM del 27 aprile 2010 ha ricordato che «i magistrati, per dettato costituzionale debbono essere imparziali ed indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento»³, proponendo al Consiglio Superiore di individuare «percorsi formativi che sviluppino nei magistrati modelli di comportamento ispirati alla discrezione e alla misura». E ancora, nel difendere l'ordine giudiziario dagli attacchi delegittimanti provenienti da alcune forze politiche e specialmente da Silvio Berlusconi, ha ricordato che «l'investitura popolare, diretta o indiretta, non può diventare privilegio esonerando chicchessia dal confrontarsi correttamente col magistrato chiamato al controllo di legalità»; e, pur riconoscendo a chi svolge attività politica il pieno diritto di esercitare la sua libertà di giudizio nei confronti di indirizzi e provvedimenti giudiziari, ha reputato doveroso «non abbandonarsi a forme di contestazione sommaria e generalizzata dell'operato della magistratura», invitando a «liberarsi dalla tendenza a considerare la politica in quanto tale, o la politica di una parte, bersaglio di un complotto da parte della magistratura».

Sotto altro versante, Napolitano non ha lesinato critiche all'ordine giudiziario. Ha infatti chiesto ai giudici di interrogarsi su loro «specifiche responsabilità nel radicarsi di tensioni e opacità sul piano dei complessivi equilibri istituzionali»⁴, li ha ammoniti a «non cedere a "esposizioni mediatiche"», a non «indulgere ad atteggiamenti impropriamente protagonisti e personalistici» che possono offuscarne e metterne in discussione l'imparzialità⁵, a non sentirsi investiti «di missioni improprie ed esorbitanti». Il magistrato – ha condivisibilmente rilevato il Presidente della Repubblica – «non deve dimostrare alcun assunto, non certamente quello di avere il coraggio di "toccare i potenti", anche contravvenendo a regole inderogabili. Né può considerarsi chiamato a colpire il malcostume politico che non si traduca in condotte penalmente rilevanti. La sola, alta missione da assolvere è quella di applicare e far rispettare le leggi, attraverso un esercizio della giurisdizione che coniughi il rigore con la scrupolosa osservanza dei principi del giusto processo, delle garanzie cui hanno diritto tutti i cittadini».

Napolitano ha imputato la grave crisi di fiducia della cittadinanza nella magistratura per il livello complessivamente inefficiente dell'amministrazione della giustizia alla inadeguatezza di «norme e di strutture, cui da troppo tempo governi e Parlamento (...) non hanno posto rimedio in modo ordinato e coerente»⁶, ma ha pure chiamato i magistrati a interrogarsi sulle loro «corresponsabilità dinanzi al prodursi o all'aggravarsi delle insufficienze del sistema giustizia», sollecitandoli ad avviare una «seria riflessione critica» e a «proporsi le necessarie autocorrezioni, rifuggendo da visioni autoreferenziali (...) per recuperare l'apprezzamento e il sostegno dei cittadini»⁸.

¹ Intervento dinanzi al CSM del 14 febbraio 2008.

² Così nell'indirizzo di saluto in occasione del suo primo incontro con il CSM, l'8 giugno 2006; si vedano inoltre gli interventi del 6 giugno e del 23 luglio 2007, del 12 maggio 2008, del 27 aprile 2010 e del 21 luglio 2011.

³ Intervento dinanzi al CSM del 27 aprile 2010.

⁴ Intervento 9 giugno 2009.

⁵ Cfr. intervento del 27 aprile 2010 all'incontro con i nuovi Magistrati in tirocinio, 27 aprile 2010, dinanzi al *plenum* del CSM del 9 giugno 2009, in cui Napolitano ha affermato che «non può che risultare altamente dannoso per la figura del Pubblico Ministero qualunque comportamento impropriamente protagonista o chiaramente strumentale ad altri fini».

⁶ Intervento 9 giugno 2009.

⁷ Intervento dinanzi al *plenum* del CSM, 9 giugno 2009.

⁸ Intervento all'incontro con i nuovi Magistrati in tirocinio, 27 aprile 2010.

Nella generalità dei casi, gli interventi di Napolitano hanno cercato di richiamare politici e magistrati all'equilibrio, nel riconoscimento delle reciproche prerogative costituzionali. Forse anche per questo tono generalmente misurato delle esternazioni presidenziali, ha suscitato aperta disapprovazione l'iniziativa assunta dal Presidente in seguito alla manifestazione tenuta – il 13 marzo del 2013 – da militanti e parlamentari del PDL all'interno del palazzo di giustizia di Milano per protestare contro la “persecuzione giudiziaria” di cui sarebbe oggetto il *leader* del loro partito. Il capo dello Stato – che il giorno precedente aveva ospitato una delegazione del PDL, ricevendo l'assicurazione che l'iniziativa programmata per l'indomani non si sarebbe svolta – ha condannato la manifestazione definendola «senza precedenti per la sua gravità», ma ha offerto ad essa una solida sponda politica, convocando al Quirinale, il giorno stesso, il Comitato di Presidenza del CSM e diffondendo al termine della riunione un comunicato ufficiale nel quale, alquanto contraddittoriamente, si afferma che nessuno può sottrarsi al pieno controllo di legalità in ragione dell'investitura popolare ricevuta, ma si giudica pure «comprensibile la preoccupazione» del PDL «di veder garantito che il suo leader possa partecipare adeguatamente alla complessa fase politico-istituzionale già in pieno svolgimento, che si proietterà fino alla seconda metà del prossimo mese di aprile», alludendo con ciò alle consultazioni in atto per la formazione del governo⁹.

Le polemiche non sono mancate. Due componenti togati del CSM (Gianna di Rosa e Paolo Carfi) hanno platealmente abbandonato l'Aula del Consiglio per esprimere il loro dissenso nei confronti di Napolitano e 18 consiglieri del medesimo Consiglio hanno sottoscritto un documento, nel quale si riafferma «che soltanto al giudice nel processo spettano le decisioni processuali e di merito, secondo le norme di legge». In effetti la nota presidenziale poteva essere letta come un pressante invito ai giudici a concedere una sorta di moratoria nei processi a carico di Berlusconi, al quale sarebbe stato così assicurato un «legittimo impedimento automatico (...) un 'lodo Alfano' provvisorio»¹⁰. Lo stesso Presidente della Repubblica ha osservato, in replica al giornalista che ha avanzato la citata maliziosa interpretazione, che nell'incontro con il Comitato di Presidenza del Csm «è risultato ben chiaro che nessuno “scudo” è stato offerto a chi è imputato in procedimenti penali da cui non può sentirsi “esonero in virtù dell'investitura popolare ricevuta”»¹¹. Resta però l'inopportunità sul piano politico e costituzionale della formale convocazione al Quirinale dei membri di “vertice” del CSM per discutere di una serie di processi. Tale convocazione – fatto inedito nella storia repubblicana – ha, infatti, drammatizzato ulteriormente la contesa politico-istituzionale in atto e soprattutto ha ingenerato nell'opinione pubblica l'idea che il CSM sia il regista politico della magistratura e che possa perciò interferire sull'esercizio di funzioni giurisdizionali doverose, in dispregio dell'autonomia costituzionalmente garantita a ogni giudice. Quasi che l'ordine giudiziario non sia costituito da singoli magistrati indipendenti, ma rappresenti «un corpo unico che obbedisce a indicazioni giunte dall'alto» e che il CSM funga da «cinghia di trasmissione di volontà espresse altrove»¹².

Il conflitto politica-magistratura che da vent'anni affligge la democrazia italiana ha raggiunto uno dei suoi punti istituzionalmente più elevati quando, in reazione alla decisione della Corte di Cassazione di fissare in tempi rapidi l'udienza del processo che avrebbe poi confermato in via definitiva la condanna di Berlusconi a 4 anni di reclusione, i parlamentari del PDL hanno minacciato dimissioni in massa e hanno chiesto la sospensione dei lavori delle Camere per tre giorni. Napolitano si è speso per «decongestionare il clima (...) tirando i fili che ha a portata di mano»¹³, e in particolare è riuscito a fare in modo che la pausa parlamentare fosse limitata a poche ore (tre) e ad evitare una crisi di governo in una situazione economica e sociale di gravità letteralmente eccezionale. Egli, inoltre, nella “cerimonia del ventaglio” con la stampa parlamentare (18 luglio 2013), ha invitato a sgomberare il terreno «da sovrapposizioni improprie, come quelle tra vicende giudiziarie dell'on. Berlusconi e prospettive di vita dell'eventuale governo». Ha fatto rumore, però, l'assenza di una presa di posizione pubblica del capo dello Stato su un'interruzione dei lavori delle Camere che, valutata nella sua sostanza politica, ha il significato di una contestazione del principio di divisione dei poteri e dell'indipendenza della magistratura. Un precedente pericoloso che ha indotto la professoressa Lorenza Carlassare a dimettersi dalla commissione per le riforme costituzionali insediata dal Governo e che, forse,

⁹ Comunicato del 12 marzo 2013.

¹⁰ M. GIANNINI, *Un premio ai sediziosi*, in *La Repubblica* del 13 marzo 2013. Critici anche l'articolo *I giudici non sentono ragioni*, ne *Il manifesto* del 14 marzo 2013 in cui si legge: «Nessuna “superiore” esigenza politica dovrebbe poter consentire di fermare le udienze».

¹¹ Cfr. lettera del presidente Napolitano al direttore del quotidiano “*la Repubblica*”, pubblicata il 14 marzo 2013.

¹² G. BIANCONI, *Il disagio delle toghe: la giustizia non può fermarsi, nessuno esente dai processi*, in *Corriere della Sera*, 14 marzo 2013.

¹³ M. BREDA, *Il lavoro del Colle per arrivare alla tregua sofferta*, in *Corriere della sera*, 11 luglio 2013.

avrebbe meritato una parola di esecrazione da parte del Presidente della Repubblica. Quella inaccettabile protesta parlamentare era, peraltro, solo il preludio alla manifestazione svolta dai militanti del PDL all'indomani della condanna del loro leader, in cui legalità e legittimazione democratica sono stati posti in termini seccamente alternativi attraverso la richiesta al capo dello Stato di ringraziare Berlusconi in ragione del suo consenso elettorale. Così innescando uno scontro drammatico fra giustizia legale e volontà popolare su cui più oltre sarà utile svolgere qualche riflessione.

2. Napolitano come Presidente del CSM.

Gli artt. 87, decimo comma, e 104, secondo comma, della Costituzione, affidano al Presidente della Repubblica la Presidenza del Consiglio superiore della magistratura.

Soggetto politico, ma estraneo al circuito dell'indirizzo di maggioranza, il Presidente della Repubblica è posto al vertice dell'organo di autogoverno della magistratura per tutelarne e garantirne l'indipendenza da ogni potere dello Stato, ma pure per evitare che tale indipendenza si risolva in autoreferenzialità e dunque in estraneità dell'ordine giudiziario rispetto al corpo unitario della Repubblica. Egli deve pertanto garantire che il principio di separazione fra politica e giustizia trovi l'attuazione più rigorosa e conseguente, ma al contempo è chiamato ad esercitare i suoi poteri di moderazione e influenza affinché potere politico e potere giudiziario ispirino la loro azione al dialogo e alla leale collaborazione, così da inserirsi armonicamente nella cornice dei valori unitari della Nazione.

Il capo dello Stato, custode politico dei valori e della legalità costituzionale e dunque, idealmente, "primo magistrato d'Italia", deve inoltre preservare la libertà e autonomia dei magistrati anche rispetto allo stesso ordine di cui essi sono parte. Sembra infatti difficilmente contestabile, volendo parlare con estrema e bruciante franchezza, che un CSM formato, almeno per i due terzi che sono scelti fra i magistrati ordinari, secondo meccanismi elettivi che privilegiano l'appartenenza politica, potrebbe tendere – non diversamente dai poteri politicamente attivi – a distribuire cariche e benefici di carriera secondo l'affiliazione dei giudici alle correnti e il loro diverso grado di "fedeltà" alla linea dettata dalle rappresentanze organizzate della magistratura. Potrebbe essere indotto a premiare, in definitiva, comportamenti e *habitus* mentali che implicano una almeno parziale rinuncia del magistrato alla piena autonomia intellettuale e indipendenza morale. Così concorrendo a definire attorno al giudice un clima culturale favorevole non all'elaborazione e assimilazione di valori di ruolo, ma piuttosto di valori e indirizzi politici. Di politiche del diritto, anziché di politiche della giurisdizione.

Per questo il capo dello Stato-Presidente del CSM non può limitarsi a difendere l'indipendenza "esterna" della magistratura dalle interferenze e pressioni degli altri poteri politici, ma è tenuto a salvaguardare pure l'indipendenza "interna" del singolo giudice, la sua imparzialità rispetto allo stesso ordine di cui è parte.

Così stilizzata la *ratio* dell'attribuzione al capo dello Stato della Presidenza del CSM nel suo significato politico-istituzionale, va detto che essa è stata unanimemente reputata dalla dottrina come una Presidenza giuridicamente "formale", poco più che simbolica, che non implica alcun effettivo potere di concorrere a determinare il contenuto degli atti di spettanza del Consiglio. Né di quelli che sono espressione di funzioni interne, di direzione del collegio, che si fondono con la volontà degli altri membri del collegio medesimo e sono per prassi sottratti alla controfirma ministeriale; né di quelli che sono esplicazione di funzioni esterne, quali sono i decreti contenenti provvedimenti relativi ai magistrati, perché l'attribuzione di un potere decisivo o di influenza del capo dello Stato su tali atti sarebbe incompatibile con l'art. 105 della Costituzione, che riserva al CSM le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati, proprio per scongiurare il rischio che misure incidenti sul loro *status* complessivo e quindi sulla loro indipendenza siano assunte sulla base di valutazioni anche indirettamente riferibili ad organi politici. L'art. 17 della legge istitutiva del CSM (n. 195 del 1958), secondo cui «tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati, in conformità delle deliberazioni del Consiglio superiore, con decreto del Presidente della Repubblica controfirmato dal Ministro» va, dunque, interpretato nel senso che il decreto presidenziale è solo l'involucro formale di provvedimenti interamente riconducibili alla volontà e alla potestà decisionale del CSM. Il capo dello Stato non può, pertanto, rifiutarne la sottoscrizione, se non quando rilevi oggettivi ed evidenti irregolarità formali o vizi di legittimità¹⁴. Come fu, ad esempio, con Pertini, che non appose

¹⁴ In tal senso P. BARILE, *Magistratura e Capo dello Stato*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972; G.U. RESCIGNO, Art. 87, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Il Presidente della Repubblica*, vol. XVIII, Zanichelli, Bologna -

la sua firma sulla delibera del CSM del 15 marzo 1983 con cui venivano sospesi i membri del Consiglio sottoposti a procedimento penale¹⁵, ritenendo che tale provvedimento contrastasse con il principio del buon andamento dell'amministrazione della giustizia enunciato nella sentenza della Corte costituzionale n. 86 del 1982¹⁶

Generalmente, e con le eccezioni cui si farà cenno in nota, i diversi Presidenti della Repubblica si sono guardati dall'esercitare con pienezza le attribuzioni che la carica formalmente conferisce, privilegiando l'aspetto rappresentativo della funzione rispetto a quello più concretamente operativo. Il Presidente del CSM conferisce, infatti, ampie deleghe di funzioni al Vice-Presidente, tali da affidargli la conduzione complessiva dell'organo¹⁷; partecipa all'elezione del Vice-Presidente da parte del collegio, ma senza votare, per manifestare esteriormente che l'eletto non è un delegato o fiduciario del capo dello Stato¹⁸; prende parte solo occasionalmente alle sedute del *plenum*¹⁹, si astiene dall'esprimere il suo avviso sulle deliberazioni collegiali e in particolare sulle assegnazioni di incarichi giudiziari²⁰, non interviene nelle discussioni che assumono una coloritura marcatamente politica.

Anche Napolitano si è attenuto a un'interpretazione dei poteri di presidenza del CSM rispettosa dell'indipendenza dell'organo di autogoverno della magistratura e quindi "minimalista". Ciò non vuol dire, peraltro, che egli abbia esercitato una direzione vuotamente cerimoniale del Consiglio. Al contrario, è stato un Presidente interventista, energico e scrupoloso, come emerge chiaramente dagli interventi tenuti dinanzi al *plenum* del CSM.

Dichiaratosi immediatamente «disponibile ad essere presente ai lavori del collegio e a seguirne, comunque, l'attività» e impegnato a segnalare «temi da approfondire, iniziative da intraprendere, pericoli e inconvenienti da scongiurare, allo scopo di garantire i valori a presidio dei quali l'autogoverno della magistratura è stato pensato dai nostri padri costituenti»²¹, il capo dello Stato ha espresso la sua visione della funzione costituzionale del CSM nel discorso del 14 febbraio 2008. In quella occasione, egli ha affermato di credere, per intima convinzione: nel ruolo che i Costituenti disegnarono per il collegio al fine di «scongiurare – nell'esercizio dei poteri di governo della magistratura – rischi di chiusura ed autoreferenzialità»; «nell'unità del Consiglio, che non tollera separazioni e tantomeno contrapposizioni tra membri togati e membri di designazione parlamentare»; «nella sua capacità di concorrere a un dibattito elevato sui problemi della giustizia, e anche sul tema del rapporto con la politica, le sue forze organizzate e le sue istituzioni rappresentative».

In questa prospettiva, egli ha raccomandato al Consiglio di conservare «la capacità di libero giudizio e l'equilibrio delle decisioni al di fuori di qualsiasi compiacenza corporativa», di applicare il codice etico della

Roma, 1983, 275 ss.; G. SILVESTRI, *Il Presidente della Repubblica*, in Id., *Le garanzie della Repubblica*, Torino, 2009, 20 ss.; M. SICLARI, *Il Presidente*, cit., 191; G. VOLPE, *Consiglio superiore della magistratura*, in Enc.dir., IV Aggiorn., Giuffrè, Milano, 2000, 396 ss. Anche in tal caso, peraltro, il capo dello Stato dovrebbe sottoporre al Consiglio le sue osservazioni, attraverso una richiesta di riesame dell'atto contestato.

¹⁵ I membri del Consiglio sottoposti a procedimento penale, nel caso di specie, erano tutti i membri meno due più il Presidente. Come emerge dal verbale della seduta del 15 marzo di quell'anno, il Presidente Pertini rilevò la difficile alternativa che gli si poneva innanzi: «riconoscere come insuperabile l'obbligo di astensione dalla decisione sulla sospensione» ex art. 37, l. 24 marzo 1958, n.195, posto il noto principio per cui *nemo iudex in re sua*; oppure «sormontare tale pregiudiziale divieto e procedere ad una deliberazione di sospensione», di fatto condannando il Consiglio ad un «sostanziale autoscioglimento». Dinanzi a tale alternativa, il Presidente, consultati i Presidenti delle Camere e il Comitato di Presidenza del CSM, riteneva che «la natura facoltativa della decisione sulla sospensione non comporta per il Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura l'obbligo di investire il Consiglio della questione».

¹⁶ Specificamente, nel punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ È solo con Cossiga, in verità, che il Vice-Presidente viene delegato a svolgere «tutte le attribuzioni conferite al Presidente da leggi e regolamenti», eccetto le indicazioni delle elezioni dei componenti magistrati e la richiesta ai Presidenti delle due Camere «di provvedere alla elezione dei componenti di designazione parlamentare». In precedenza la delega era limitata a singoli atti (ne dà analitico conto A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, Jovene, Napoli, 2011, 123-124).

¹⁸ Fanno eccezione Leone e Cossiga, i cui voti risultarono decisivi per l'elezione, rispettivamente, di Vittorio Bachelet e di Cesare Mirabelli. Va ricordato inoltre che Cossiga si oppose alla proposta di modifica del regolamento interno del Consiglio diretta a prevedere un dibattito preventivo sull'elezione del Vice-Presidente.

¹⁹ Con l'eccezione di Segni e soprattutto di Leone, che partecipava assiduamente ai lavori consiliari, anche per il suo personale interesse per le materie giuridiche.

²⁰ L'eccezione è rappresentata da Leone, che nella seduta in cui si discuteva dell'assegnazione dell'incarico di Procuratore generale della Corte di Cassazione, manifestò apertamente il proprio apprezzamento per il candidato Colli (solo dopo la votazione, come nota G. FERRI, *Il Consiglio superiore della Magistratura e il suo presidente. La determinazione nell'ordine del giorno delle sedute consiliari nella prassi costituzionale della presidenza Cossiga*, Cedam, Padova, 1995, 230); e soprattutto da Antonio Segni, che diede un'interpretazione espansiva del suo ruolo di Presidente del collegio «prendendo parte alle discussioni, esprimendo le sue opinioni circa le nomine e influenzando notevolmente (...) le concrete decisioni da adottare» (così A. BALDASSARRE – C. MEZZANOTTE, *Gli uomini*, cit., 118).

²¹ Intervento dinanzi al *plenum* del CSM del 1° agosto 2006.

magistratura per sanzionare comportamenti non conformi alla dignità e al prestigio della professione²² e, nei casi più gravi, di fare uso del suo potere disciplinare «senza esitazioni e indulgenze, ignorando pressioni politico-mediatiche»²³.

Ripetuta è stata la denuncia delle degenerazioni correntizie, che minano il prestigio e l'autorevolezza del CSM²⁴, oltre a poter essere di pregiudizio al buon andamento e all'efficienza degli uffici giudiziari. È accaduto infatti, talora, che la difficoltà di trovare un accordo fra le diverse componenti rappresentative della magistratura sulle nomine dei dirigenti degli uffici abbia impedito di coprirli con la necessaria tempestività. Napolitano ha rilevato, in proposito, la «necessità che i criteri di valutazione prescindano dalla mera anzianità o da logiche correntizie» e più volte ha stigmatizzato le lungaggini registrate nelle nomine dei dirigenti. Nei casi più gravi, caratterizzati dalla dimensione del ritardo o dal livello apicale degli uffici giudiziari lasciati «scoperti», il capo dello Stato ha raccomandato «una urgente accelerazione delle procedure attraverso la puntuale e rigorosa osservanza dei tempi stabiliti dalle norme e dalle risoluzioni dello stesso Consiglio Superiore»²⁵.

Il Presidente della Repubblica-Presidente del CSM non si è limitato a formulare generici auspici, ma ha elaborato concrete proposte di innovazione legislativa e organizzativa in tema di ordinamento giudiziario. Egli ha, ad esempio, sottolineato l'esigenza di «evitare che nei provvedimenti giudiziari siano inseriti riferimenti a persone estranee, non necessari per la motivazione»²⁶, o «valutazioni e riferimenti non pertinenti e chiaramente eccedenti rispetto alle finalità dei provvedimenti»²⁷ suggerendo di prevedere espressamente la fattispecie descritta tra gli illeciti disciplinari, in conformità – del resto – a quanto la giurisprudenza aveva ritenuto quando tali illeciti non erano tipizzati²⁸. Inoltre, nel rilevare che la riforma dell'ordinamento giudiziario (decreto legislativo n. 109 del 2006) ha accresciuto i compiti del Procuratore generale della Corte di Cassazione in tema di procedimenti disciplinari, il capo dello Stato ha espresso «l'esigenza di un ripensamento organizzativo del relativo ufficio, la cui struttura va rafforzata per essere resa più efficiente»²⁹ e ha difeso la scelta legislativa³⁰, di accrescere i poteri di sorveglianza dei procuratori generali presso le Corti di Appello e del procuratore generale della Cassazione allo scopo di vigilare su eventuali anomalie nella conduzione delle indagini ed evitare l'insorgere di contrasti fra Procure, riconoscendo che questo accentramento ripropone «forme antiche di "gerarchizzazione"», ma considerando tuttavia necessario un potenziamento del ruolo dei capi degli uffici per reagire alla «tendenza a una vera e propria "atomizzazione" nell'esercizio dell'azione penale»³¹. A tal fine, Napolitano ha auspicato che il CSM si faccia «promotore di una più incisiva diffusione di una comune cultura organizzativa cui potrebbe pervenirsi attraverso l'attivazione di incontri tra i capi degli uffici per lo scambio informativo che valga anche ad assicurare omogeneità dei criteri sul territorio nazionale»³².

2.1. Gli atti del CSM interferenti con l'esercizio degli altri poteri dello Stato: i pareri sui disegni di legge governativi. Critica all'interpretazione presidenziale del potere consultivo del CSM.

Particolare attenzione meritano, nel tentativo di definire il profilo complessivo delle relazioni fra Quirinale e potere giudiziario durante la Presidenza di Napolitano, le prassi che attengono all'interpretazione delle norme disciplinanti il CSM nei suoi rapporti con gli altri poteri costituzionali. A questo riguardo, non v'è dubbio che il settennato di Napolitano offra spunti di estremo interesse.

²² G. NAPOLITANO, *Sulla Giustizia – Interventi del Capo dello Stato e Presidente del Consiglio superiore della Magistratura 2006-2012, "Il metodo del dialogo". Intervento all'Assemblea plenaria del Consiglio Superiore della Magistratura dopo l'elezione del Vice Presidente, Nicola Mancino. Palazzo dei Marescialli, 1° agosto 2006*, 16

²³ Intervento dinanzi al CSM del 14 febbraio 2008.

²⁴ Cfr. gli interventi dinanzi al *plenum* del CSM dell'8 giugno 2006, 1° agosto 2006, 31 luglio 2010, 15 febbraio 2012. Si veda, in particolare, l'intervento del 6 giugno 2007, nel quale Napolitano ha affermato che «sono assai importanti e feconde, le diversità (...) quando riflettono davvero impostazioni culturali e visioni diversificate, piuttosto che rispecchiare rigidità e vischiosità di altra natura».

²⁵ Si veda la lettera inviata al Vice Presidente Vietti e letta al *plenum* del Consiglio nella seduta del 30 gennaio 2013, nella quale si denuncia che la «scopertura prolungata degli incarichi di vertice comporta ricadute negative sul buon andamento (art. 97 Cost.) degli uffici giudiziari e sull'ordinato e efficiente svolgimento dei procedimenti di loro competenza». Cfr. pure interventi dinanzi al *plenum* del CSM del 23 luglio 2007 e dell'11 aprile 2012.

²⁶ Intervento dinanzi al *plenum* del CSM, 6 giugno 2006.

²⁷ Intervento dinanzi al *plenum* del CSM, 23 luglio 2007.

²⁸ Intervento dinanzi al *plenum* del CSM, 6 giugno 2006.

²⁹ G. NAPOLITANO, *Sulla Giustizia*, cit., 21.

³⁰ Di cui all'art. 6 del citato d.lgs. n. 109 del 2006.

³¹ Intervento dinanzi al *plenum* del CSM del 9 giugno 2009.

³² Intervento dinanzi al *plenum* del CSM del 6 giugno 2007.

Va premesso che le prassi istituzionali seguite dal CSM non sempre sono state considerate, dalla dottrina, perfettamente in linea con le norme costituzionali.

In primo luogo, la potestà, riconosciuta dall'art. 15 del regolamento interno³³, di adottare «risoluzioni per quanto attiene l'esercizio delle proprie attribuzioni», ha consentito al Consiglio di disciplinare con atti generali ed astratti, a rilevanza esterna, ampi settori dell'ordinamento giudiziario e importanti aspetti dello status dei magistrati, e ciò nonostante che gli artt. 107 e 108 Cost. riservino alla legge la potestà di dettare «le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura».

In secondo luogo i poteri consultivi attribuiti al CSM dalla legge istitutiva n. 195 del 1958 in assenza di uno specifico ed espresso fondamento in Costituzione (e segnatamente nell'art. 104) sono stati a loro volta oggetto di interpretazione estensiva e secondo qualche studioso del tutto illegittima³⁴.

La controversia teorica sul fondamento dei poteri normativi del CSM fu un tempo tanto accesa da indurre il Presidente della Repubblica Cossiga, dopo aver istituito un'apposita commissione per sciogliere i nodi interpretativi del testo costituzionale, ad inviare un messaggio libero alle Camere per sollecitarle a «porre mano ad una organica riforma sia della legge sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore sia delle norme sull'ordinamento giudiziario»³⁵. Con il passare degli anni – e la perdurante inerzia del legislatore nell'ordinare il quadro delle fonti in materia – l'attività normativa del CSM è stata accettata come un dato di fatto, una reazione fisiologica al carattere frammentario e disorganico delle norme sull'ordinamento giudiziario, finché, con l'approvazione della “riforma Castelli” (legge n. 150 del 2005) e la conseguente riappropriazione da parte della legge di ambiti in precedenza normati in via autonoma – quindi “primaria” – dal CSM, i poteri normativi del Consiglio sono stati ricondotti nel loro alveo naturale e il tema ha perso di mordente polemico (sebbene ancora di recente Napolitano abbia richiamato la necessità di «evitare che il Consiglio assuma ruoli impropri dilatando, in via paranormativa, i propri spazi di intervento»³⁶). Non si è invece affatto sopita la disputa sull'estensione e i modi di manifestazione del potere consultivo del CSM.

L'art. 10, secondo comma, della legge istitutiva del CSM prevede che il Consiglio formula proposte «sulle modificazioni delle circoscrizioni giudiziarie e su tutte le materie riguardanti l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia» e «dà pareri al Ministro sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie».

Nessuno dubita che tali pareri non abbiano natura obbligatoria e vincolante e possano perciò essere liberamente disattesi dal soggetto che ne è destinatario, anche senza obbligo di motivazione contraria. Il vero punto controverso è piuttosto se essi possano essere rilasciati solo quando il Ministro ne faccia richiesta o al contrario *motu proprio*, ogni qualvolta il CSM ritenga opportuno esprimere il suo avviso su progetti di legge comunque incidenti su ambiti costituzionalmente affidati alle proprie cure.

Chi propende per la prima soluzione rileva che il parere, in base alla teoria generale dell'atto amministrativo, è sempre reso su richiesta dell'organo attivo, titolare del potere decisorio, tranne nel caso – che nella specie indubitabilmente non ricorre – in cui la legge ne preveda in modo espresso l'obbligatoria acquisizione al procedimento³⁷. Nella stessa direzione si aggiunge che un parere dato d'ufficio dal CSM muterebbe la sua stessa natura giuridica e verrebbe a configurarsi in realtà come atto di proposta emendativa del disegno di legge al quale accede. Ciò che sarebbe, oltre tutto, incompatibile con il richiamato art. 10, comma 2, della legge 195 del 1958, che sembra distinguere, per la sua formulazione letterale, il potere di proposta («può fare proposte») dalla funzione consultiva del CSM («dà pareri»), lasciando così intendere che il primo è libero e d'ufficio, il secondo è condizionato alla richiesta del Ministro Guardasigilli e perciò è doveroso³⁸.

Nella prospettiva opposta si osserva, invece, che l'attivazione dei poteri consultivi dell'organo di autogoverno della magistratura solo su richiesta ministeriale consentirebbe al Governo di rendere in concreto ineffettivo un potere – quello di dare pareri, appunto – che la legge espressamente attribuisce al Consiglio e

³³ Regolamento recepito nel d.P.R. 16 settembre 1958, n. 916 (pubblicato sulla G.U. n. 232 del 25 settembre 1958).

³⁴ V. CAIANIELLO, *Istituzioni e liberalismo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, 56.

³⁵ Il messaggio è pubblicato in *Giur. cost.* 1992, 982 ss.

³⁶ Intervento dinanzi al *plenum* del CSM del 9 giugno 2009.

³⁷ N. ZANON, *I pareri del Consiglio Superiore della Magistratura tra leale collaborazione e divisione dei poteri*, in occasione del Seminario interdisciplinare organizzato dall'Associazione italiana dei costituzionalisti sul tema *Problemi della giustizia italiana*, La Sapienza, Università degli Studi di Roma, 8 giugno 2009, 14-15 del *paper*; G. CORREALE, *Parere (dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1981, 678 ss.; A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Utet, Torino, 1997, 607; F. TRIMARCHI, *Parere in Enc. giur.*, XXII, Treccani, Roma, 1991, 2 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, Jovene, Napoli, 1989, 594; S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2009, 558.

³⁸ Ancora N. ZANON, *I pareri*, cit., 15, nt. 15.

si rileva che lo stesso art. 11 della legge n. 195 del 1958 non include i pareri fra le attribuzioni del Consiglio per il cui esercizio è necessaria la richiesta ministeriale.

La disputa sulla natura dei pareri del CSM – cui si è fatto sopra cenno – non è restata nel chiuso delle Accademie, ma ha dato causa, nel 2005, a un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato dinanzi alla Corte costituzionale.

Il Governo, con il decreto-legge n. 66 del 2004, aveva previsto la reintegrazione automatica di pubblici dipendenti (compresi i magistrati) sospesi dall'impiego a seguito di procedimento penale conclusosi con un proscioglimento, intervenendo così su norme dell'ordinamento giudiziario. Il CSM, nel sollevare conflitto di attribuzione contro la Camera, il Senato e lo stesso Governo, denunciava la lesione del proprio potere consultivo, osservando che l'adozione del decreto-legge «avrebbe impedito che, a causa della ristrettezza dei termini per l'emanazione e la conversione del decreto-legge, venisse chiesto il parere del CSM, reso necessario dal principio di leale collaborazione tra i poteri dello Stato» (così si legge nell'ordinanza n. 116 del 2005 che dichiara l'ammissibilità del conflitto). In sostanza il CSM chiedeva formalmente alla Corte di dichiarare che le Camere del Parlamento non avrebbero potuto convertire in legge il decreto-legge senza avere previamente assunto il parere del Consiglio. Il ricorso, pur se specificamente relativo alla compatibilità fra decretazione d'urgenza in tema di ordinamento giudiziario e potere consultivo del CSM, presupponeva a ben vedere il riconoscimento della natura "libera" e non vincolata alla richiesta del Ministro dei pareri resi dall'organo di autogoverno della magistratura. Solo su questa implicita premessa, infatti, poteva considerarsi lesiva delle attribuzioni costituzionali del CSM l'omessa richiesta del parere da parte del Governo. In termini politici, il CSM chiedeva alla Corte di riconoscere il proprio ruolo di interlocutore necessario e istituzionale del Governo su tutti i temi inerenti all'amministrazione della giustizia. La Corte costituzionale, dopo aver ritenuto ammissibile il conflitto nella fase preliminare del giudizio, che si svolge senza contraddittorio³⁹, ne ha successivamente dichiarato l'inammissibilità con sentenza n. 284 del 2005, lasciando così del tutto impregiudicata la delicata questione interpretativa che ci occupa.

Napolitano – in continuità con il suo diretto predecessore – ha preso invece decisamente partito, in questa disputa teorica non ancora approdata a una pacificante soluzione giurisprudenziale, per la natura "libera" dei pareri del CSM, santificando la prassi interpretativa accreditata dal Consiglio. Il capo dello Stato ha affermato, infatti, che i pareri possono essere resi dal CSM «anche di propria iniziativa» e dunque in assenza di una specifica richiesta del Ministro della Giustizia, dichiarando che «si tratta (...) di una facoltà attribuita espressamente dalla legge n. 195 del 1958, il cui esercizio si è consolidato in una costante prassi istituzionale⁴⁰». E pur riconoscendo che taluni pareri "volontari" «hanno suscitato, al momento della loro espressione, polemiche e tensioni»⁴¹, ha chiarito che questa attività consultiva «non interferisce (...) con le funzioni proprie ed esclusive del Parlamento: anche quando, come nel caso dei decreti-legge, per evidenti vincoli temporali, tale parere non abbia modo di esprimersi prima che il Parlamento abbia iniziato a discutere e deliberare»⁴².

Con queste chiare statuizioni, Napolitano ha fornito il suo autorevole avallo a una prassi – del resto debolmente contrastata dagli altri organi costituzionali – grazie alla quale il CSM, potendo esprimersi, in via preventiva o nel corso dell'*iter legis*, sulle leggi che riguardano l'amministrazione della giustizia, e che più in generale hanno una ricaduta sull'esercizio della funzione giurisdizionale, è venuto a porsi come interlocutore stabile degli organi politici su tutti i provvedimenti in materia di giustizia. Tanto da aver assunto, nei fatti, un «ruolo "politico" parallelo a quello più propriamente amministrativo delineato dalla Costituzione» e da concorrere ormai in modo sistematico, secondo una recente dottrina, a codeterminare la legge negli specifici settori di sua competenza⁴³. È infatti evidente che quando il Consiglio superiore può manifestare il suo avviso su ogni disegno di legge in materia di giustizia e porre in luce i problemi di compatibilità costituzionale o di pratica attuabilità della normativa all'esame, la sua presa di posizione – pur se non vincola il Governo – viene a porsi come elemento quasi "obbligato" della trattativa politica che si svolge in Parlamento e – per l'autorevolezza tecnica e la capacità di pressione politica dell'organo che la esprime – rappresenta il punto di aggregazione dei partiti che si oppongono alle proposte governative.

³⁹ Come prevede l'art. 37, terzo comma, della legge n. 87 del 1953.

⁴⁰ Cfr. la lettera spedita al vice Presidente del CSM Mancino e resa pubblica il 1° luglio 2008; nonché interventi dinanzi al *plenum* del CSM del 1° agosto 2006, del 23 luglio 2007, del 31 luglio 2010 e del 15 febbraio 2012.

⁴¹ Intervento in occasione della cerimonia di commiato dei componenti il Consiglio Superiore della Magistratura uscenti e di insediamento del Consiglio nella nuova composizione, Palazzo del Quirinale, 31 luglio 2006.

⁴² V. ancora la lettera spedita al vice Presidente del CSM Mancino e resa pubblica il 1° luglio 2008.

⁴³ A. PANEBIANCO, *Gli atti di "colegislazione"*, Giuffrè, Milano, 2012, 100.

Nel mentre riconosceva al CSM un potere consultivo attivabile di propria iniziativa e capace perciò di conferire al Consiglio un inedito ruolo politico, il Presidente della Repubblica ha individuato, peraltro, un limite temporale e un vincolo sostanziale alle manifestazioni di questo potere. Per un verso, egli ha evidenziato la necessità che il contributo propositivo del CSM non interferisca con le funzioni del Parlamento, almeno «quando esso stia già deliberando»⁴⁴; per l'altro, ha escluso seccamente che al CSM spetti, in sede di emissione dei pareri, «quel vaglio di costituzionalità cui (...) nel nostro ordinamento sono legittimate altre istituzioni»⁴⁵.

La prima limitazione è pienamente giustificata. Un parere del CSM indirizzato al Parlamento, infatti, si sgancia dall'atto di volontà dell'organo decidente al quale per legge deve essere indirizzato (il Ministro, a tenore del menzionato art. 10, comma 2, legge n. 195 del 1958); perde perciò il suo carattere preliminare e preparatorio rispetto alla proposta governativa e assume inammissibilmente i toni della critica politica e della contestazione di un indirizzo legislativo che si sta formando nel dibattito parlamentare⁴⁶.

Quanto invece alla perentoria affermazione presidenziale secondo cui in sede di parere il CSM dovrebbe astenersi dal segnalare eventuali vizi di legittimità costituzionale del disegno di legge in esame, essa è forse comprensibile nel suo senso politico, ma giuridicamente infondata. In chiave politica, va considerato che Napolitano ha ammonito il CSM ad astenersi da ogni «vaglio di costituzionalità» nell'esercizio del suo potere consultivo proprio in concomitanza con l'avvio del dibattito parlamentare sulla legge che offriva uno scudo giudiziario alle alte cariche dello Stato (il cosiddetto "lodo Alfano"). Ciò con l'evidente intento di disinnescare in via preventiva lo scontro fra Governo e magistratura che una "bocciatura" della legge da parte del CSM avrebbe certamente suscitato. Sganciata dalla sua finalità politica contingente e valutata alla luce del diritto costituzionale, l'opinione presidenziale è tuttavia da respingere fermamente. L'attività consultiva, in effetti, è finalizzata ad apprestare «tutti gli "elementi concreti, amministrativi, giuridici, tecnici" utili per le determinazioni finali» dell'autorità decidente⁴⁷ e quindi deve necessariamente coinvolgere l'esame di ogni aspetto, di merito o di legittimità, dell'atto alla cui adozione è strumentale, perdendo altrimenti la sua ragione d'essere. Quando, dunque, il parere si deve esprimere su un atto legislativo – com'è nel caso dei pareri del CSM – è opportuno e utile che l'organo consultivo non si limiti a esaminarne il potenziale impatto sul piano tecnico-operativo, ma ne ponga in rilievo gli eventuali profili di incompatibilità con le norme costituzionali, internazionali e dell'Unione europea, cioè con i vincoli costituzionalmente imposti all'esercizio della funzione legislativa dall'art. 117, primo comma, Cost. È questo, del resto, ciò che accade comunemente quando il Consiglio di Stato, il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro – organi di consulenza del Governo e delle Camere⁴⁸ – e la stessa Corte dei Conti emettono i pareri di loro rispettiva competenza.

La limitazione che il Presidente ha voluto porre al potere consultivo del CSM è, inoltre, contraddittoria rispetto alla funzione di tutela che la Costituzione affida al Consiglio. Se infatti si esclude che il Consiglio possa pronunciarsi sui profili di incostituzionalità dei disegni di legge, non si sfugge alla conclusione paradossale di considerare legittima l'espressione di censure di opportunità sull'organizzazione degli uffici e, in generale, sul funzionamento della "macchina" della giustizia e di precludere all'organo di autogoverno della magistratura proprio la denuncia delle violazioni dei principi costituzionali che sono posti a presidio dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici. Principi di cui il CSM è istituzionalmente il custode.

Infondato è, infine, il timore – manifestato dal capo dello Stato – che la previa attività di scrutinio del CSM possa condizionare, da una parte, l'esercizio del potere presidenziale di promulgazione della legge; dall'altra, il controllo della stessa Corte costituzionale⁴⁹. L'eventuale giudizio negativo del CSM sulla costituzionalità di una legge resta, infatti, tutto interno alla fase preparatoria dell'atto al quale accede, in forma di parere, e non esplica alcun effetto giuridico esterno. Non ha, dunque, altro valore giuridico se non quello di indurre a una ponderazione attenta il ministro cui si indirizza, spingendolo eventualmente a un ritiro della proposta.

⁴⁴ Intervento dinanzi al *plenum* del CSM del 23 luglio 2007.

⁴⁵ Lettera del 1° luglio 2008 al Vice-Presidente del CSM Nicola Mancino.

⁴⁶ Nel senso che il parere debba essere sempre collegato da un nesso logico-funzionale con l'atto di volontà dell'organo attivo e che pertanto esso non possa considerarsi come atto isolato, tanto da esser comunemente compreso nella "fase preparatoria" del procedimento amministrativo, la dottrina amministrativistica è unanime: per tutti F. TRIMARCHI, *Parere* in *Enc.giur.*, vol. XXII, Treccani, Roma, 1990, 2; G. CORREALE, *Parere (dir. amm.)*, in *Enc.dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1981, 678; C. FRANCHINI, *Parere*, in *Nss. Dig. It.*, XII, Utet, Torino, 1965, 396; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1959, 121 ss.

⁴⁷ A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.* X, Utet, Torino, 1995, 602.

⁴⁸ Ai sensi degli artt. 99 e 100 della Costituzione.

⁴⁹ Su ciò M. BIGNAMI, *I pareri del CSM e la costituzionalità delle leggi*, in www.forumcostituzionale.it

Per questo suo carattere servente ed endoprocedimentale, interno a una proposta governativa, il parere non vincolante del CSM non esercita alcuna interferenza giuridica sul giudizio di costituzionalità, né tanto meno sulla promulgazione da parte del capo dello Stato. Rispetto a quest'ultima, in particolare, il parere "di incostituzionalità" del CSM non ha valore diverso dai pareri formulati dal Consiglio di Stato, dal Cnel, dalla Corte dei Conti, nei casi previsti dalla legge, o dalla Commissione affari costituzionali, obbligatoriamente sentita su tutti i disegni di legge per i loro profili di compatibilità con la Costituzione. In tutti questi casi nessun vincolo e nessuna limitazione deriva al Presidente della Repubblica dal fatto che, nell'ambito del proprio specifico procedimento, altri organi si siano espressi, in via preventiva e senza produrre effetti esterni, sulla legittimità costituzionale dell'atto da promulgare. Senza considerare che il parere del CSM, che come si è detto più volte non è vincolante neppure per il Governo, non esprime in alcun modo la volontà del capo dello Stato, perché gli atti del Consiglio non sono a lui imputati, e non assumono neppure la forma del d.P.R.

2.2. Le "pratiche a tutela" e l'inserimento di nuovi argomenti all'ordine del giorno in via di urgenza.

Napolitano, come si è anticipato, ha attentamente esaminato profili di procedura e prassi interne al CSM non esitando a censurarle quando esse potevano interferire con l'esercizio di funzioni riservate ad altri organi costituzionali o pregiudicare attribuzioni sue proprie, quale Presidente del Consiglio superiore medesimo.

Sotto il primo profilo, egli si è preoccupato di evitare che la sovraesposizione politica del CSM lo spinga nel fuoco della polemica quotidiana, con potenziale sua delegittimazione, invitando a contenere entro limiti fisiologici le cosiddette "pratiche a tutela". Si tratta di un istituto affermatosi in via di prassi che consiste in una presa di posizione del CSM a difesa di magistrati e uffici giudiziari che il Consiglio ritenga oggetto di attacchi denigratori e diffamanti o di vere e proprie intimidazioni.

Fin dai suoi primi interventi dinanzi al CSM, Napolitano ha auspicato che «l'esame delle pratiche a tutela avvenga con serenità ed equilibrio»⁵⁰, precisando che l'intervento del CSM si giustifica soltanto quando è insostituibile per tutelare il prestigio e la credibilità dell'istituzione giudiziaria nel suo complesso e quando è «mirato a reagire ad attacchi e azioni denigratorie, chiaramente tendenti a mettere in dubbio l'imparzialità dei magistrati oppure a insinuare la loro soggezione a condizionamenti politici o di altra natura». A tale fine egli ha sollecitato il collegio a riflettere «sui limiti dell'istituto e sulla necessità di una sua espressa disciplina».

Raccogliendo l'invito del capo dello Stato, il CSM, nel 2009, ha espressamente disciplinato gli «interventi a tutela dell'indipendenza e del prestigio dei magistrati e della funzione giudiziaria» (art. 21-bis reg.). Ciò non è valso, tuttavia, ad attenuare la polemica politica, sempre molto accesa, sull'uso di questo strumento né ad evitare conflitti interni allo stesso Consiglio. Così è avvenuto, in particolare, sul finire del 2010, quando il capo dello Stato è stato chiamato dagli stessi membri del CSM a dirimere l'aspra controversia insorta in ordine alla pratica istruita dalla prima commissione consiliare a tutela di Fabio De Pasquale, pubblico ministero nei processi Mills, Mediaset e Mediatrade in cui era imputato Berlusconi. L'iniziativa nasceva in reazione alle dichiarazioni del *leader* del PDL, secondo il quale il magistrato aveva detto a Gabriele Cagliari – dirigente dell'ENI coinvolto in Tangentopoli – «che il giorno dopo l'avrebbe messo in libertà e poi era [è] andato in vacanza», con l'effetto che «il giorno dopo Cagliari si era [è] tolto la vita». I cinque membri "laici" del CSM vicini al centro-destra (Marini, Palumbo, Romano, Zanon e Brigandì) avevano indirizzato formalmente a Napolitano la richiesta di bloccare la pratica, di cui la stampa aveva già dato notizia prima che fosse messa in votazione, perché – a loro dire – fondata su notizie false⁵¹.

Nella sua nota di replica, del 1° dicembre 2010, Napolitano ha criticato le anticipazioni di stampa sulle procedure consiliari non ancora definite, prospettando come «opportuna la introduzione, nel regolamento interno, di ulteriori, specifiche previsioni che modifichino l'attuale disciplina, al fine di scongiurare questo grave inconveniente». E, venendo alle pratiche a tutela, ha espresso «perplexità sulla natura e sulla efficacia di un istituto che si risolve in una dichiarazione unilaterale esposta al rischio di una ulteriore spirale polemica», appellandosi al senso di responsabilità dei membri del Consiglio e invitandoli al riserbo «in una delicatissima fase della vita istituzionale». La dichiarazione equivaleva a un sostanziale invito al CSM a soprassedere alla deliberazione della pratica, ed era infatti raccolta con entusiasmo dagli esponenti del centro-destra

⁵⁰ Lettera inviata dal Presidente della Repubblica al Vice Presidente del CSM, Nicola Mancino, resa nota alla stampa il 10 settembre 2009.

⁵¹ Nota indirizzata al Presidente Napolitano dal vice Presidente Michele Vietti il 16 novembre 2010.

e criticata da quanti vedevano nel blocco del procedimento imposto dal Colle un intervento “politico”, diretto a evitare tensioni in vista della deliberazione sulla fiducia al Governo Berlusconi prevista per il 14 dicembre 2010.

Quanto poi alla difesa delle sue prerogative di Presidente del CSM, Napolitano ha diffidato il Consiglio dal fare troppo ricorso alla procedura di urgenza prevista nell’art. 45, terzo comma, del regolamento interno, che consente di inserire nuovi argomenti nell’ordine del giorno all’inizio di seduta. Questa procedura – secondo il capo dello Stato – non deve essere seguita «se non ricorrano situazioni di effettiva particolare urgenza, le cui caratteristiche non possono che attenersi a fatti sopravvenuti o imprevedibili»⁵². In caso contrario, infatti, il Presidente della Repubblica verrebbe privato della possibilità di manifestare il proprio avviso sull’ordine del giorno, che – ai sensi dell’art. 45, comma 1, del regolamento – è predisposto dal vicepresidente «previo assenso del Presidente» ed è comunicato a tutti i componenti e al Ministro della Giustizia almeno cinque giorni prima, insieme con la convocazione del Consiglio.

Non è possibile in questa sede affrontare in modo analitico la questione – posta in modo rumoroso dal Presidente Cossiga – relativa all’esistenza di un potere di veto presidenziale sull’ordine del giorno del CSM⁵³. Può solo dirsi che dal richiamato art. 45 del regolamento interno si ricava che il vicepresidente non può comunicare l’o.d.g. senza acquisire il consenso del Presidente, non già che la formazione dell’o.d.g. spetti al capo dello Stato. A una conclusione siffatta si oppongono, oltre che ragioni di equilibrio sistematico nei rapporti tra poteri, gli stessi artt. 45, comma 3, 46 e 50 del regolamento interno, che rimettono al *plenum* del CSM la potestà di disporre le convocazioni e definire gli argomenti da trattare in Consiglio. Non sembra, peraltro, che Napolitano, con il suo richiamo alla moderazione nell’uso della indicata procedura urgente, abbia voluto rivendicare a sé la spettanza di tale potere. Piuttosto il capo dello Stato si è limitato a manifestare l’esigenza di essere messo in condizione di valutare se nell’ordine del giorno siano presenti argomenti palesemente estranei alle competenze costituzionali del CSM o prodromici all’adozione di atti lesivi delle attribuzioni di altri poteri dello Stato. In questi casi sarebbe difatti possibile, per il Presidente della Repubblica, opporsi alla convocazione del Consiglio e negare il proprio assenso sull’ordine del giorno della seduta.

3. La concessione della grazia e la commutazione delle pene.

Il 18 maggio 2006, tre giorni dopo l’insediamento di Napolitano al Quirinale, la Corte costituzionale ha depositato la sentenza n. 200, nella quale si è stabilito che il potere di concedere la grazia rappresenta «una potestà decisionale del Capo dello Stato, quale organo *super partes*, “rappresentante dell’unità nazionale”, estraneo a quello che viene definito il “circuito” dell’indirizzo politico-governativo, e che in modo imparziale è chiamato ad apprezzare la sussistenza in concreto dei presupposti umanitari che giustificano l’adozione del provvedimento di clemenza»⁵⁴. A questa conclusione la Corte costituzionale è giunta sulla base, sostanzialmente, di tre passaggi argomentativi: a) che la grazia è uno strumento «eccezionale (...) destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria», da apprezzare caso per caso, in considerazione della natura e gravità del fatto commesso, dello stato di salute del condannato, della sua condotta carceraria e del percorso di risocializzazione già compiuto, del contegno delle persone offese dal reato o dei loro familiari; b) che dunque essa non può essere impiegata (come frequentemente era avvenuto in passato⁵⁵) con finalità di deflazione penitenziaria, né può essere motivata da ragioni schiettamente politiche; c) che proprio in quanto estranea a valutazioni di ordine politico, la scelta sulla concessione dei provvedimenti di

⁵² Intervento dinanzi al CSM del 23 luglio 2007; il Presidente concludeva: «Va da sé che questo principio va tenuto in considerazione per tutte le risoluzioni e deliberazioni del Consiglio Superiore, cercando di utilizzare ogni qual volta sia possibile le procedure ordinarie».

⁵³ Cossiga ha rivendicato a sé la potestà di definire l’o.d.g. del CSM sia nel dicembre 1985, manifestando la sua contrarietà allo svolgimento di un dibattito sulle dichiarazioni del Presidente del Consiglio Craxi, sia nel novembre 1990, quando ha espresso al Vice Presidente Galloni il rifiuto di iscrizione all’o.d.g. del dibattito sulla “vicenda Casson”, giudice istruttore di Venezia che aveva chiesto al Presidente Cossiga la disponibilità a testimoniare sulle attività dell’associazione segreta “Gladio”. Sulla vicenda, e sui problemi di ordine costituzionale che ha sollevato, si vedano, *ex multis* M. PATRONO, *La formazione dell’ordine del giorno del CSM e i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. Soc.* 1991, 513 ss.; G. SILVESTRI - E. PENNACCHINI - G. MACCARONE, *Csm e i poteri del Presidente della Repubblica, Relazione al convegno dell’Ass. Bachelet, 27 ottobre 1992*, in *Giur.cost.* 1992, 3830 ss.; G. FERRI, *Il Consiglio superiore della Magistratura*, cit.; A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 108 ss.

⁵⁴ Punto 7.1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁵ Basti considerare che il Presidente Einaudi ne aveva concesse oltre 15000, Gronchi e Leone quasi 7500, Pertini oltre 6000; i dati sono ripresi da A. PUGIOTTO, *La concessione della grazia (con particolare riferimento alla presidenza Napolitano)*, in *AIC*, 1/2011, 16.

clemenza spetta, in via definitiva, al capo dello Stato, organo estraneo ai poteri di direzione politica. La Corte ha infine precisato che, nel caso in cui il Ministro Guardasigilli «abbia fatto pervenire le sue motivate valutazioni contrarie all'adozione dell'atto di clemenza», il Presidente «ove non le condivide, adotta direttamente il decreto concessorio, esternando nell'atto le ragioni per le quali ritiene di dovere concedere ugualmente la grazia»⁵⁶.

La pronuncia della Corte ha suscitato le reazioni critiche della dottrina largamente maggioritaria. E in effetti la ricostruzione dell'istituto operata dai giudici costituzionali, pur non essendo incompatibile con il tenore letterale dell'art. 87, undicesimo comma, Cost., secondo cui «Il Presidente della Repubblica può concedere grazia e commutare le pene», è parsa a molti «in totale conflitto con la storia costituzionale della controfirma, nel nostro come in altri Paesi a governo parlamentare»⁵⁷, perché priva di ogni valore sostanziale la sottoscrizione del Ministro della Giustizia, negando che essa esprima la volontà di compiere l'atto e svalutandolo a una mera attestazione di regolarità del provvedimento presidenziale di clemenza. Ci si è chiesti inoltre come l'attribuzione al capo dello Stato di un potere decisorio ultimale e insindacabile sia compatibile con la sua irresponsabilità politica⁵⁸ e si è evidenziata la difficoltà estrema di distinguere la natura umanitaria o politica dei provvedimenti di clemenza, essendo suscettibile di un apprezzamento politico la stessa ricorrenza dei presupposti umanitari che – a giudizio della Corte – dovrebbero giustificare la grazia⁵⁹. Anche i pochi difensori della decisione della Corte hanno peraltro riconosciuto che soltanto la funzione umanitaria della misura di clemenza la sottrae allo spazio della determinazione politica – e quindi del Governo – e che, pertanto, ogni grazia non giustificata da ragioni umanitarie deve per ciò stesso considerarsi illegittima (con conseguente possibile diniego di controfirma da parte del Ministro Guardasigilli)⁶⁰. Il che mostra in modo scoperto il più grave elemento di debolezza della sentenza n. 200: la dissociazione della grazia, mediante la sua neutralizzazione politica, dagli interessi generali della comunità nazionale e la sua riduzione a *donum principis* di intonazione paternalistica, interamente dipendente dalla volontà (o forse dal senso di misericordia) di un solo uomo, sia pure dotato della più alta delle cariche pubbliche. Con il conseguente disconoscimento della possibilità per lo Stato, nelle sue massime articolazioni di potere (Governo e Presidente della Repubblica), di rinunciare alla pretesa punitiva per ragioni squisitamente politiche, ma in vista e a tutela di interessi superiori della comunità nazionale unitariamente intesa.

In breve, e riassumendo, mentre la dottrina prevalente riconosceva, conformemente alla prassi costituzionale, la duplice natura politico-umanitaria della grazia e qualificava il potere di concederla come duale (Governo-Presidente)⁶¹ o interamente governativo⁶², la Corte costituzionale, nella sentenza n. 200 del 2006, ha "spoliticizzato" gli atti di clemenza e li ha, per questo, ascritti alla potestà decisionale esclusiva del capo dello Stato.

Napolitano è stato, perciò, il primo Presidente della Repubblica che ha potuto esercitare il potere di grazia in piena autonomia formale, senza doverne cioè concordare l'esercizio con il Governo e segnatamente con il Ministro della Giustizia, ma con un forte limite sostanziale, essendogli precluso concedere privilegi

⁵⁶ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ 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.* 3/2006, 2005 ss.; L. Elia, *La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Giuffrè, Milano, 2008, 877 ss. e già Id., *Sull'esercizio del potere di grazia: un caso di amnesia collettiva?*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, 793 ss.; M. STRONATI, *Torniamo allo Statuto?*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, Giappichelli, Torino, 2006, 268 ss.

⁵⁸ T.F. GIUPPONI, *Potere di grazia e controfirma ministeriale: là dove (non) c'è la responsabilità, là c'è il potere...* in *Quad.cost.* 1/2007, 137 ss.

⁵⁹ M. Siclari, [Alcuni interrogativi suscitati dalla sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale](http://www.costituzionalismo.it), in www.costituzionalismo.it, 24 maggio 2006; nonché M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica e i rapporti con il potere giudiziario*, in A. Baldassarre – G. Scaccia, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, Aracne, Roma, II edizione, 190; nel medesimo senso G. MAJORANA, *La prerogativa del potere di grazia*, in www.forumcostituzionale.it, 28 ottobre 2012, 7, la quale osserva che «una componente politica, seppur minima, caratterizza tutti i provvedimenti di grazia»; M. Stronati, *Torniamo allo Statuto?*, cit., 268.

⁶⁰ A. PUGIOTTO, *La concessione della grazia*, cit.

⁶¹ A. VALENTINI, *Gli atti del Presidente della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1965, 55; G. ZAGREBELSKY, *Grazia (Dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Treccani, Roma, 1970, 757; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 235-236; E. SELVAGGI, *Grazia*, in *Enc. Giur.*, XV, Treccani, Roma, 1989; G. GEMMA, *Clemenza (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1989, 145 ss.; G. AMBROSINI, *Grazia*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1992, 45; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 444.

⁶² G.U. RESCIGNO, *Art. 87*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, XVIII, Zanichelli, Bologna - Roma, 1983, 279, per il quale l'atto di grazia è «formale e dovuto rispetto alla deliberazione del ministro»; P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 351 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1985, 644.

penali per motivi non strettamente umanitari. La prassi della Presidenza assume perciò un valore esemplare, che non potrà non condizionare il futuro esercizio di questa importante attribuzione del capo dello Stato.

Napolitano è parso pienamente consapevole di ciò. Ha, infatti, esplicitato i criteri ai quali ha informato la sua azione in materia nella nota informativa del 12 gennaio 2008⁶³, con la quale ha pubblicamente risposto alla richiesta – pervenutagli dal senatore Gustavo Selva – di concedere d'ufficio la grazia a Bruno Contrada, ex dirigente generale della polizia di Stato condannato per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa.

In questa nota, il Presidente della Repubblica ha dichiarato che nell'esercitare il potere costituzionale di «concedere le grazie e commutare le pene» si è sempre «doverosamente attenuto ai principi indicati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 200 del 2006 e ai precedenti che non fossero in contrasto con detti principi». Egli inoltre ha fatto suo il messaggio inviato da Scalfaro ai Presidenti delle Camere il 24 ottobre 1997 (con riferimento alla decisione di non concedere la grazia ad Adriano Sofri) nel quale si sosteneva che la grazia non deve mai configurarsi come un improprio rimedio giurisdizionale, volto a censurare una sentenza ormai definitiva. In questo caso, infatti, ragioni umanitarie pur eventualmente sussistenti e meritevoli di protezione dovrebbero cedere dinanzi all'esigenza di preservare il principio di separazione fra poteri e di non trasfigurare uno strumento eccezionale e straordinario in una sorta di quarto grado di giudizio, con il pericolo tangibile di un conflitto fra poteri.

Così delimitati gli ambiti e le modalità di esercizio della potestà di concessione della clemenza individuale, va detto che Napolitano ne ha fatto uso assai moderato: in base ai dati disponibili, i provvedimenti adottati (ad agosto 2013) risultano 23, su un totale di 2688 pratiche esaminate.

Nella generalità dei casi è stato pienamente rispettato lo schema tipico dell'atto, quale delineato nella ricordata sentenza n. 200 del 2006 e nella nota informativa del Quirinale su cui si è insistito appena sopra. La grazia è stata concessa solo in presenza di un atto di impulso dei soggetti legittimati (condannato, suoi familiari e avvocato), sebbene, in ossequio al principio del *favor rei*, siano state qualificate come valide istanze di grazia atti che ne presentavano sostanzialmente il contenuto, pur non avendone la forma giuridica. Inoltre si è sempre atteso il passare di alcuni anni dalla sentenza definitiva prima di adottare l'atto di clemenza, per evitare che questo assumesse le improprie vesti di un ulteriore grado di giudizio; è stata esclusa l'applicazione della clemenza individuale a condanne non definitive o misure di sicurezza e di prevenzione come pure ai casi in cui pendeva istanza di revisione del processo; non è stata mai concessa grazia a condannati alla pena dell'ergastolo.

Anche la finalità esclusivamente umanitaria dei provvedimenti di clemenza è stata espressamente riconfermata da Napolitano, allorché ha respinto, proprio per la sua forte connotazione politica, la richiesta – pervenuta, fra gli altri, anche dal Presidente della Repubblica francese Nicolas Sarkozy – di concedere la grazia a Marina Petrella, ex brigatista rossa condannata nel processo Moro, ed estradata dalla Francia nel luglio del 2008 per motivi di salute⁶⁴.

Non sono però mancate le occasioni in cui il potere di concedere la grazia è stato esercitato da Napolitano senza che ne ricorressero i presupposti costituzionali e in contrasto con le stesse regole autoimposte dal Quirinale nella citata nota del gennaio 2008.

Già l'atto di clemenza concesso nell'agosto del 2007 nei confronti di 5 irredentisti altoatesini condannati, negli anni '70, per strage e banda armata, aveva suscitato più di una polemica, perché il profilo politico della decisione era parso prevalente su quello umanitario⁶⁵. I "graziati" non avevano infatti scontato un solo giorno di pena, il che escludeva ogni finalità rieducativa dell'atto e inoltre la misura di clemenza riguardava la sola interdizione dai pubblici uffici, essendo la pena detentiva già prescritta per quattro destinatari del provvedimento (per il quinto sarebbe maturata di lì a pochi mesi).

⁶³ Su cui ampiamente A. PUGIOTTO, *La concessione*, cit., 18 ss., che la considera a ragione espressione della "dottrina Napolitano" sulla grazia.

⁶⁴ Napolitano – che non era insensibile alla contrarietà alla grazia manifestata dall'Associazione Italiana vittime del terrorismo – aveva replicato nella nota del 9 luglio 2008, là dove si precisava che «in materia di provvedimenti di grazia, qualsiasi auspicio o appello al Capo dello Stato italiano deve tener conto delle norme vigenti e della giurisprudenza costituzionale, delle condizioni che ne sono dettate per l'esercizio del potere di grazia attribuito al Presidente della Repubblica e infine delle valutazioni di ordine generale che insindacabilmente gli spettano». Per tutta risposta, il 12 ottobre 2008 Sarkozy ha revocato il decreto di estradizione frattanto concesso, ufficialmente per "ragioni umanitarie", e di fatto ha garantito l'asilo politico alla Petrella.

⁶⁵ La natura politica del provvedimento è evidenziata da G. DONATI, *Il potere di grazia dopo la sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale: una verifica empirica*, in *Studium iuris*, 2008, 786; A. PUGIOTTO, *La concessione*, cit., 165; G. MAJORANA, *La prerogativa*, cit., 20-21.

Eguali perplessità aveva suscitato anche la grazia all'agente della polizia stradale Ivan Liggi, condannato per omicidio volontario per aver causato la morte di un automobilista non arrestatosi a un posto di blocco. In quella circostanza sulla scelta presidenziale avevano pesato, più che ragioni di natura umanitaria, le numerose testimonianze raccolte nel processo a favore della involontarietà dell'omicidio e la massiccia campagna di stampa a favore della clemenza alimentata da partiti politici e organizzazioni rappresentative delle forze di polizia⁶⁶.

Ma sono soprattutto gli ultimi due atti di clemenza del primo settennato di Napolitano – rispettivamente a favore del giornalista Alessandro Sallusti e del colonnello dell'aviazione statunitense Joseph Romano – a difettare in modo evidente di ogni finalità umanitaria, e dunque a disattendere quel «vincolo di scopo»⁶⁷ che solo giustifica l'esclusiva competenza presidenziale. Lo si evince facilmente ripercorrendo – sia pure per cenni – le due vicende cui si è fatto riferimento.

3.1. I provvedimenti di clemenza nei confronti di Alessandro Sallusti e Joseph Romano

Alessandro Sallusti era accusato del reato di diffamazione a mezzo stampa per un articolo pubblicato il 18 febbraio 2007 sul quotidiano *"Libero"*, di cui il giornalista era direttore responsabile. La notizia che una ragazza tredicenne era stata "costretta" ad abortire da un giudice tutelare di Torino, inizialmente diffusa dal quotidiano *"La Stampa"*, era stata subito precisata da una nota dell'agenzia Ansa nel senso che erano state in realtà la minore e la madre a chiedere al magistrato l'autorizzazione ad interrompere la gravidanza. Nonostante la precisazione fornita da una delle principali agenzie di stampa nazionale, nel giornale diretto da Sallusti il giorno successivo veniva pubblicato un articolo inequivocamente intitolato *"Costretta ad abortire da genitori e giudice"*, firmato con il *nom de plume* di Dreyfus. Sallusti, che si era rifiutato di pubblicare la smentita della notizia, veniva perciò condannato in primo grado dal Tribunale di Milano a 5.000 euro di risarcimento e, in grado d'appello⁶⁸, ad un anno e due mesi di carcere senza condizionale. Il 26 settembre 2012 la quinta sezione penale della Corte di Cassazione confermava la pena detentiva: 14 mesi di carcere senza condizionale, più le spese processuali (4.500 euro) e il risarcimento in sede civile.

All'indomani di quest'ultima pronuncia, una nota ufficiale del Quirinale informava che il Presidente della Repubblica e il ministro Guardasigilli avevano convenuto «sulla esigenza di modifiche normative in materia (...) non escludendo possibili ricadute concrete sul caso Sallusti»⁶⁹. La trattativa politica diretta a introdurre le innovazioni legislative auspiccate da Quirinale e Palazzo Chigi, tuttavia, si era arenata ben presto nel gioco dei veti incrociati ed era stata bruscamente troncata dalla fine anticipata della XVI legislatura. Il Presidente della Repubblica «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» aveva disposto a questo punto la commutazione della pena detentiva – peraltro ancora da espriare – in pena pecuniaria, per «ovviare 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»⁷⁰.

Dalle affermazioni contenute nella nota quirinalizia che si sono appena riportate risulta chiaro che l'atto di clemenza in favore del giornalista non si fonda su peculiari e straordinarie esigenze di natura umanitaria o equitativa – che lo stesso beneficiario del provvedimento aveva dichiarato pubblicamente di reputare insistenti – bensì su valutazioni di ordine schiettamente ed esclusivamente politico. L'atto di clemenza di Napolitano, infatti, secondo lo stesso Presidente, raccoglieva gli «orientamenti critici avanzati in sede europea, in particolare dal Consiglio d'Europa, rispetto al ricorso a pene detentive nei confronti di giornalisti»⁷¹, e quindi esprimeva una linea di politica legislativa, sollecitando le forze politiche e sociali a porre all'ordine del giorno la modifica della disciplina penale della diffamazione a mezzo stampa.

A una finalità esclusivamente politica – e non umanitaria – risponde anche la grazia concessa al colonnello Joseph Romano, ex capo della base militare statunitense di Aviano condannato a 7 anni di reclusione per aver concorso ad organizzare il sequestro dell'Imam Abu Omar, rapito dagli agenti della CIA a Milano

⁶⁶ Di cui è testimonianza l'articolo di F. GIUBILEI, *Migliaia di firme per l'agente carcerato*, in *La Stampa*, 29 ottobre 2005.

⁶⁷ A. PUGIOTTO, *La concessione*, cit., 7.

⁶⁸ Sentenza della Corte d'Appello di Milano del 17 giugno 2011.

⁶⁹ Nota del 28 settembre 2012.

⁷⁰ Comunicato del 21 dicembre 2012.

⁷¹ *Ibidem*.

nel 2003. In questo caso, anzi, la natura politica – e non umanitaria – dell’atto non solo non è negata o semplicemente occultata, ma viene apertamente rivendicata dal Presidente della Repubblica come strumento di politica estera, da collocare nella cornice dell’alleanza strategico-militare con gli Stati Uniti d’America⁷². Un atto, per di più, che essendo stato adottato con il consenso del Ministro di Giustizia di un Governo dimissionario, non è più sottoponibile alla sanzione politica consistente nella sfiducia⁷³.

Dopo gli attentati terroristici dell’11 settembre 2001 il Governo degli Stati Uniti ha autorizzato operazioni di *extraordinary renditions* allo scopo di catturare e detenere presunti terroristi al di fuori delle garanzie legali del giusto processo, per lo più per trasportarli in luoghi nei quali potessero essere sottoposti a trattamenti carcerari – compresa la tortura – vietati sul territorio statunitense. Nell’ambito di queste operazioni si colloca il sequestro di Abu Omar, cui il colonnello Romano, secondo la Cassazione, aveva preso parte assicurando copertura, nella base militare di Aviano, al commando che aveva eseguito il rapimento e favorendone il successivo trasferimento in Egitto. Nel processo, la difesa di Romano aveva in prima battuta cercato di affermare la giurisdizione esclusiva degli Stati Uniti in base al Trattato NATO, sulla premessa che il colonnello avesse commesso il reato nell’esercizio delle sue funzioni. Il Ministero della Giustizia italiano aveva però contestato questa posizione, negando che il rapimento potesse rientrare fra i doveri istituzionali di un militare. Anche la Corte di Cassazione, nel riconoscere la fondatezza degli addebiti mossi al militare americano, aveva escluso che egli potesse beneficiare della “causa di giustificazione” del reato consistente nell’aver obbedito a un ordine delle autorità statunitensi cui non poteva sottrarsi. La Suprema Corte aveva, in altri termini, negato la sussistenza nella specie di un’immunità funzionale e condannato il militare a 7 anni di reclusione, con sentenza divenuta irrevocabile il 19 settembre 2012.

Il 5 aprile 2013 Napolitano ha annunciato di avergli concesso la grazia – nonostante le osservazioni contrarie del Procuratore generale di Milano – per «dare soluzione a una vicenda considerata dagli Stati Uniti senza precedenti per l’aspetto della condanna di un militare statunitense della NATO per fatti commessi sul territorio italiano, ritenuti legittimi in base ai provvedimenti adottati dopo gli attentati alle Torri Gemelle di New York dall’allora Presidente e dal Congresso americani»⁷⁴.

A fondamento del provvedimento, il capo dello Stato ha posto due distinti motivi: il «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» (le *extraordinary renditions*)⁷⁵; e la sopravvenuta entrata in vigore del d.P.R. 11 marzo 2013, n. 27, il quale, nel sostituire l’articolo 1 del regolamento relativo all’applicazione dell’articolo VII della Convenzione fra i paesi aderenti al Trattato del Nord Atlantico sullo *status* delle loro Forze armate (il d.P.R. n. 1666 del 1956), prevede che nelle ipotesi di giurisdizione concorrente con altro Stato, il Ministro della Giustizia possa rinunciare al diritto di priorità della giurisdizione italiana sui reati commessi da militari NATO «in ogni stato e grado del giudizio, fino al passaggio in giudicato della sentenza».

La prima motivazione è dichiaratamente politica. La giustificazione della grazia si ricava, infatti, dal mutamento della politica antiterrorismo degli Stati Uniti, che sarebbe ora più rispettosa degli standard di protezione giuridica propri di uno Stato di diritto. La nota sembra alludere al fatto che le *extraordinary renditions*, già previste nello *Omnibus counterterrorism Act* del 1995 e poi rifluite nel *Comprehensive terrorism Prevention act* del 24 settembre 2001, sono ora state bandite nell’ordinamento statunitense.

Messa da parte la fondatezza di questa conclusione – che peraltro la stampa apertamente contesta⁷⁶ – è certo che, così motivando, si assume implicitamente che il reato commesso dal colonnello Romano fosse esecutivo di direttive e ordini governativi pienamente legittimi, e che, costituendo solo un ingranaggio di una ben oliata e non contestabile catena di comando, potesse essere ricondotto a un’ipotesi di immunità funzionale. Questa premessa ignora tuttavia – come è stato osservato⁷⁷ – che in base all’art. 7 dello Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale, la «sparizione forzata di persone» (a cui è riconducibile

⁷² Così anche A. PUGIOTTO, *e dalla regolarità: la grazia del Quirinale al colonnello USA*, in www.rivistaaic.it, 3 maggio 2013, 4 e D. GALLO, *Salvare il soldato Romano*, in *Questione giustizia*, consultabile su: <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/gg/articolo.php?id=90>.

⁷³ Insiste efficacemente sul punto A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola*, cit., 9.

⁷⁴ Comunicato del 5 aprile 2013.

⁷⁵ Un’esplicita condanna della pratica delle *renditions* per la loro contrarietà ai principi dello Stato di diritto si trova nelle sentenze della Corte EDU 23 settembre 2010, *Iskandanov c. Russia* e 13 dicembre 2012, *El Masri c. Macedonia*.

⁷⁶ I. COBAIN - J. BALL, *New light shed on US government’s extraordinary rendition programme*, in *The Guardian*, 22 maggio 2013.

⁷⁷ D. GALLO, *Una grazia contro lo Stato di diritto*, in *Il manifesto*, 10 aprile 2013.

la *rendition*), rientra fra i crimini contro l'umanità, in relazione ai quali non può essere invocata forma alcuna di immunità, e inoltre contrasta frontalmente con la ricordata pronuncia della Corte di cassazione che ha espressamente negato a Romano la possibilità di invocare quale scriminante l'esistenza di un'immunità funzionale. Per questa parte, dunque, la grazia di Napolitano "cassa" la Cassazione e contraddice lo stesso precedente avviso del Ministero della Giustizia, come si è detto con l'assenso di un Governo (e di un nuovo Ministro Guardasigilli) già dimissionari e quindi politicamente irresponsabili.

Anche la seconda motivazione del provvedimento di clemenza non si basa su presunte o reali esigenze umanitarie, ma su una modifica legislativa che ha definito una cornice normativa più favorevole all'imputato, prevedendo – come si è notato – la possibilità di rinuncia al diritto di priorità della giurisdizione italiana da parte del Ministro della Giustizia rispetto alla concorrente giurisdizione straniera per il medesimo fatto.

Mentre in passato la richiesta di rinunciare alla giurisdizione non poteva essere presentata dopo la notifica all'imputato del decreto di citazione per il dibattimento di primo grado, l'art. 1 del citato d.P.R. n. 27 del 2013 prevede ora che sia possibile esperirla «in ogni stato e grado di giudizio, fino al passaggio in giudicato della sentenza» e anche d'iniziativa del Ministro. In questi termini, non di una rinuncia alla giurisdizione si tratta, quanto piuttosto di una rinuncia all'esecuzione della sentenza. La disposizione richiamata, infatti, autorizza il Ministro non già a declinare la giurisdizione nazionale prima che essa sia stata esercitata, ma piuttosto a contestare l'esercizio che di essa è stato fatto fino al consolidarsi del giudicato. Permette, in breve, a una decisione politica di annullare l'effetto di sentenze di primo e di secondo grado e suscita, perciò, per questo profilo seri dubbi di legittimità costituzionale. Ammesso e non concesso che la norma di cui si discorre sia immune da censure di costituzionalità, è però decisiva la circostanza che nella vicenda del colonnello Romano non ricorrevano le condizioni che essa richiede per la formulazione della richiesta di rinuncia: la concorrenza fra giurisdizioni nazionali e l'insussistenza di un giudicato.

La rinuncia al diritto di priorità della giurisdizione nazionale è possibile solo in caso di giurisdizione concorrente, quando, cioè, il reato per il quale si procede in Italia sia previsto anche dall'ordinamento cui appartiene il militare che lo ha commesso. Nel caso del sequestro di Abu Omar ci si trovava, invece, dinanzi a una condotta – le *extraordinary renditions* – punita solo in Italia e non anche negli Stati Uniti nel momento di commissione del delitto. Con conseguente esclusione di ogni concorrenza fra giurisdizione italiana e statunitense (come ha riconosciuto la Corte di Cassazione, sent. n. 2099 del 19 settembre 2012). L'innovazione legislativa che il Quirinale indica tra le ragioni giustificative del provvedimento di clemenza, dunque, non poteva produrre alcun effetto favorevole all'imputato Romano e non è in grado pertanto di fornire una "copertura" tecnico-giuridica ad una decisione interamente politica.

La natura politico-discrezionale del "perdono legale" concesso da Napolitano, già evidente dalle due motivazioni sopra sommariamente ripercorse, si rivela del resto senza possibilità di dubbio nella parte conclusiva del comunicato che ne annuncia la concessione. In esso si afferma che l'esercizio del potere di grazia ha «ovviato a una situazione di evidente delicatezza sotto il profilo delle relazioni bilaterali con un Paese amico, con il quale intercorrono rapporti di alleanza e dunque di stretta cooperazione in funzione dei comuni obiettivi di promozione della democrazia e di tutela della sicurezza».

L'atto di clemenza, che secondo la giurisprudenza costituzionale deve essere completamente alieno da valutazioni di ordine politico e proprio per questo è affidato alla finale responsabilità di un organo estraneo al circuito dei soggetti governanti, viene ricondotto all'esigenza di non turbare le relazioni bilaterali con gli Stati Uniti. Trova giustificazione, dunque, nella ragion di Stato, rispetto alla quale la vicenda personale ed umana del colonnello Romano resta completamente sullo sfondo. O meglio diventa un elemento di scambio politico per la soluzione della spinosa controversia internazionale con l'India seguita alla condanna di due militari della Marina, accusati di aver ucciso cittadini indiani durante un tentativo di abbordaggio pirata a una petroliera. Questo sembra essere, in effetti, il significato della frase sibillina che conclude il comunicato quirinalizio relativo alla grazia a Joseph Romano: «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». Pare qui volersi auspicare che gli Stati Uniti, beneficiari dell'atto di grazia, possano poi ricambiare il favore attraverso l'esercizio della loro influente pressione sull'India affinché il medesimo principio (della rinuncia all'esecuzione della pena) sia affermato anche nei confronti dei marò italiani.

Accentua ulteriormente la caratura politica del provvedimento di clemenza la circostanza che la decisione di grazia uno dei responsabili del sequestro di Abu Omar cade nei giorni in cui, da un lato, sono stati condannati gli agenti dei servizi segreti italiani che hanno concorso a tale sequestro; dall'altro, per la medesima vicenda, pende dinanzi alla Corte costituzionale un conflitto di attribuzione fra potere giudiziario e

Governo nel quale si contesta alla magistratura di avere illegittimamente indagato e giudicato su fatti coperti da segreto di Stato.

Va, infine, considerato che il provvedimento di clemenza relativo a Joseph Romano è stato adottato solo qualche mese dopo il deposito della decisione di condanna e ciò contraddice la regola – ricavabile nella sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2006 ed enunciata dallo stesso Napolitano nella sopra evocata nota informativa del 12 gennaio 2008 – secondo cui la grazia non può essere applicata a breve distanza dalla sentenza di condanna perché finirebbe per assumere «il significato di una valutazione di merito opposta a quella del magistrato, configurando un ulteriore grado di giudizio e (...) determinando un evidente pericolo di conflitto di fatto tra poteri»⁷⁸.

In conclusione, la grazia a Joseph Romano, per la sua spiccata valenza politica e la totale assenza in essa di ogni finalità rieducativa, non costituisce un'espressione legittima del potere di cui all'art. 87, undicesimo comma, Cost., che secondo la Corte costituzionale deve «attuare i valori costituzionali, consacrati nel terzo comma dell'art. 27 Cost., garantendo soprattutto il "senso di umanità", cui devono ispirarsi tutte le pene (...) non senza trascurare il profilo di "rieducazione" proprio della pena».

Proprio questa vicenda, nella quale lo statuto costituzionale del potere di clemenza – quale definito dalla giurisprudenza della Consulta – appare così clamorosamente violato, dovrebbe riproporre, più in generale, la questione se per evitare usi impropri del perdono legale sia davvero necessario attribuire il relativo potere decisionale al capo dello Stato, che potrebbe farne un uso marcatamente politico senza incontrare altro limite che quello, estremo, del conflitto di attribuzione contro il Ministro di Giustizia che rifiuti la controfirma; o se non basti a tal fine la regola tradizionale⁷⁹ che richiede la codeterminazione paritaria dell'atto da parte di Governo e Presidente e quindi assegna, in sostanza, a ciascuno un potere di veto⁸⁰.

Entrambe le soluzioni, invero, non escludono il rischio di abusi nell'esercizio del potere di concessione della grazia. La tesi dell'atto duumvirale, però, offre quanto meno la possibilità di far valere la responsabilità politica del Governo dinanzi alle Camere, mentre questa possibilità è preclusa nei confronti del capo dello Stato che adotti il decreto concessorio nonostante il motivato dissenso espresso dal Ministro guardasigilli (e sia pure, come precisa la sentenza n. 200 del 2006, «esternando nell'atto le ragioni per le quali ritiene di dovere concedere ugualmente la grazia»).

Anche in questa evenienza – e concedendo che la legittimazione processuale del Governo possa fondarsi sul mero interesse alla legalità costituzionale dell'atto controfirmato o che Parlamento e Governo possano far valere la violazione della loro competenza esclusiva ad adottare atti di clemenza di natura politica⁸¹ – residuerebbe la possibilità di proporre un conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte costituzionale.

Una sentenza sfavorevole al Presidente, tuttavia, potrebbe dare innesco a una crisi politica che – diversamente da quella fra Governo e Camere – non avrebbe strumenti formalizzati per essere risolta, sempre che non si ritenga a tal fine di impiegare l'istituto della messa in stato d'accusa da parte del Parlamento in seduta comune⁸². Un rimedio inadeguato, nella sua radicalità, e comunque destabilizzante, che rafforza le perplessità manifestate da vasta dottrina sulla correttezza delle conclusioni cui è giunta la Corte costituzionale in ordine alla titolarità del potere di grazia nella sentenza n. 200 del 2006.

Una pronuncia che aveva l'obiettivo di spolitizzare gli atti di clemenza attribuendoli alla solitaria scelta del Presidente della Repubblica e che invece, paradossalmente, finisce in concreto per precludere ogni forma di controllo, parlamentare o giurisdizionale, anche su ipotesi massimamente politiche di concessione del perdono presidenziale. Come si è sperimentato, appunto, nel caso Romano: una grazia *contra Constitutionem* che non è politicamente imputabile al Presidente della Repubblica (in forza dell'art. 90 Cost.), né al Governo (dimissionario) e non è contestabile in sede di conflitto di attribuzione, per carenza di interesse dei soggetti processualmente legittimati. Chissà che non si debba raccogliere, in definitiva, l'invito provocatoriamente rivolto da Massimo Luciani a considerare l'antistorica lettura del potere di grazia accreditata dalla sent. n. 200 del 2006 come un incidente di percorso e a procedere in futuro *etsi sententia non dare-*

⁷⁸ La citazione è tratta dalla nota informativa richiamata nel testo.

⁷⁹ Assurta al rango di consuetudine costituzionale secondo T. E. FROSINI, *Il potere di grazia e la consuetudine costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 20 gennaio 2004.

⁸⁰ Questa la conclusione cui giungeva, sostanzialmente, G. ZAGREBELSKY, *Grazia (Dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, XIX, 1970, 757.

⁸¹ Secondo la prospettazione di C. SALAZAR, *Considerazioni in margine alla sentenza n. 200 del 2006 sul conflitto tra il Presidente della Repubblica e il Ministro della Giustizia intorno al potere di grazia (ovvero su come il Ministro "rampante" divenne "dimezzato")*, in A. PISANESCHI – L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla costituzione. Scritti per G. Grottanelli de' Santi*, Giuffrè, Milano, 2007, 551.

⁸² Così A. Pugiotto, *La concessione della grazia*, cit., 21, peraltro dubitativamente.

tur⁸³. La prassi politica, del resto, sembra già decisamente orientata in questa direzione, come è risultato evidente in occasione della campagna politico-giornalistica per la grazia a Silvio Berlusconi.

3.2. La condanna di Berlusconi e la richiesta di agibilità politica per il leader del centro destra. L'ambigua risposta di Napolitano.

Il 1° agosto 2013 la Corte di Cassazione ha confermato in via definitiva la condanna di Berlusconi alla pena detentiva di quattro anni per frode fiscale, rinviando alla Corte d'appello di Milano per la rideterminazione della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici. Militanti e parlamentari del PDL hanno immediatamente dato voce all'esigenza di assicurare al capo del loro partito la piena «agibilità politica», a garanzia del regolare svolgimento della competizione democratica. Di queste istanze, rappresentate in modo plateale in una manifestazione svoltasi dinanzi al domicilio del leader condannato, si sono fatti formalmente interpreti i due capigruppo del PDL Schifani e Brunetta, ricevuti da Napolitano il 5 agosto. Vista la difficile praticabilità di una legge di amnistia, che va approvata a maggioranza dei due terzi, e l'assai probabile incostituzionalità di una legge di sanatoria *ad personam*, che si risolverebbe in un'irragionevole deroga al principio di eguaglianza, i sostenitori di Berlusconi hanno fatto pressione sul capo dello Stato chiedendogli senza perifrasi un "salvacondotto", cioè un provvedimento di clemenza per il loro capo-partito. A queste richieste Napolitano ha replicato il 13 agosto 2013 con una nota ufficiale, nella quale ha osservato che «di qualsiasi sentenza definitiva, e del conseguente obbligo di applicarla, non può che prendersi atto»; e rivolgendosi all'ala più oltranzista del PDL, ha chiarito che «nell'esercizio della libertà di opinione e del diritto di critica, non deve mai violarsi il limite del riconoscimento del principio della divisione dei poteri e della funzione essenziale di controllo della legalità che spetta alla magistratura nella sua indipendenza», giudicando inaccettabile la minaccia di attuare «forme di ritorsione ai danni del funzionamento delle istituzioni democratiche». Se si fosse fermata qui, la nota del Quirinale sarebbe stata interamente da sottoscrivere, perché ribadisce principi basilari di ogni sistema liberaldemocratico. Nel prosieguo, però, essa presenta alcune sgrammaticature dal punto di vista costituzionale.

Anzitutto Napolitano si avventura in valutazioni che spettano al giudice dell'esecuzione. Afferma, infatti, che Berlusconi non espierà in carcere la pena detentiva irrogatagli, mentre quest'eventualità non è del tutto da escludere in punto di diritto⁸⁴, e assicura che le forme di espiazione alternative al carcere saranno modulate tenendo conto del peculiare ruolo politico del condannato. Inoltre egli apre uno spiraglio a un provvedimento di clemenza individuale che, per i suoi presupposti sostanziali, sarebbe certamente incostituzionale. Al riguardo, Napolitano ricorda che la Corte costituzionale ha riconosciuto al capo dello Stato «l'esclusiva titolarità» del potere di grazia, ma non accenna alle rigorose condizioni che la Corte ha posto all'esercizio di quel potere e che difettano in modo lampante nel caso Berlusconi. In particolare, omette di riferire che la misura di clemenza – per essere conforme a Costituzione – deve rispondere a finalità umanitarie, equitative e non essere motivata da ragioni squisitamente politiche; che può essere disposta solo quando la condotta carceraria o il pieno ravvedimento del condannato rendano inutile un'ulteriore inflizione della pena; che non può giungere a breve distanza temporale rispetto alla sentenza definitiva, perché non deve tradursi in un'impropria forma di rimedio giurisdizionale, un inammissibile quarto grado di giudizio. Senza considerare che è inopportuno anche solo accennare a ipotesi di clemenza in pendenza dei termini per l'istanza di revisione del processo o per un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo (poi effettivamente presentato).

Questi palesi impedimenti giuridici avrebbero dovuto indurre Napolitano a non far cenno a un atto di clemenza per Berlusconi se non per escluderne la praticabilità costituzionale. Il Presidente della Repubblica, invece, si fa scudo di un modesto problema burocratico. In particolare, premesso di aver sempre ritenuto essenziale ai fini della concessione della grazia la presentazione di una domanda⁸⁵, si limita ad osservare di non averla ancora formalmente ricevuta. Con ciò, tra l'altro, sollecitandola – in modo del tutto improprio – a Berlusconi e ai suoi legali. La presa di beneficio successiva è poi surreale. Nota il Quirinale: «per verificare se emergano valutazioni e sussistano condizioni che senza toccare la sostanza e la legittimità della senten-

⁸³ M. LUCIANI, [Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica](#), in *Corriere giuridico*, n. 2/2007, 198.

⁸⁴ Berlusconi, infatti, pur avendo superato il limite massimo di età per essere detenuto in carcere (70 anni), è garantito dall'ipotesi di un arresto cautelare solo finché conserva la carica di parlamentare e gode perciò della garanzia dagli arresti di cui all'art. 68 Cost.

⁸⁵ Nelle forme dell'art. 681 cod. proc. pen.

za passata in giudicato, possono motivare un eventuale atto di clemenza individuale che incida sull'esecuzione della pena principale» occorrerà svolgere un esame «obbiettivo e rigoroso sulla base dell'istruttoria condotta dal Ministro della Giustizia». Ma non può sfuggire al Presidente che l'atto di clemenza per Berlusconi non richiede alcuna motivata istruttoria del Ministro Guardasigilli, alcuna relazione del magistrato di sorveglianza sulla condotta (carceraria) del condannato o sul percorso di risocializzazione da lui intrapreso, alcuna relazione medica sul suo stato di salute, alcun apprezzamento di inesistenti ragioni umanitarie. Perché in realtà a Napolitano è stata prospettata in termini brutalmente chiari la richiesta di sottrarre un leader politico alle regole dello Stato di diritto, e specificamente al controllo di legalità, in forza della sua legittimazione democratico-carismatica. Di trasformare, dunque, il potere di grazia presidenziale in uno strumento diretto a garantire ex post l'immunità penale della politica. Una sorta di surrogato dell'autorizzazione a procedere, abrogata con troppa fretta nel 1993.

È questa la sostanza costituzionale della clemenza per Berlusconi: un'alternativa drammatica fra legalità e legittimazione politica. La rinnovazione dell'evangelico *crucifige*, in cui si chiede al capo dello Stato – novello Pilato – di appellarsi al popolo per garantire l'impunità a Berlusconi e mettere a morte, con la sentenza che lo ha condannato, l'indipendenza della magistratura dal potere politico, il principio di eguaglianza, la legalità costituzionale. Dinanzi a una tale irricevibile proposta, Napolitano avrebbe dovuto astenersi dal replicare, o comunque intervenire solo per ribadire la cogenza dei richiamati principi costituzionali, ai quali ha giurato fedeltà. Egli ha invece ambiguamente chiamato in causa il popolo (o, più prosaicamente, il “popolo delle libertà” e gli altri due partiti che sostengono il governo Letta), antepoendo così l'esigenza della stabilità politica alla custodia dei valori fondanti della Costituzione. Ha affermato, infatti, che «mentre toccherà a Silvio Berlusconi e al suo partito decidere circa l'ulteriore svolgimento – nei modi che risulteranno legittimamente possibili – della funzione di guida finora a lui attribuita, preminente per tutti dovrà essere la considerazione della prospettiva di cui l'Italia ha bisogno. Una prospettiva di serenità e di coesione, per poter affrontare problemi di fondo dello Stato e della società, compresi quelli di riforma della giustizia da tempo all'ordine del giorno».

In cauda venenum, verrebbe da dire. Napolitano, infatti, lascia intendere che valuterà la possibilità di concedere la clemenza (limitatamente all'esecuzione della pena principale, peraltro, e quindi senza toccare la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici), solo dopo un atto di pubblica contrizione di Berlusconi. Per meglio dire, dopo che questi avrà formulato la richiesta di grazia, con ciò riconoscendo la legittimità della pronuncia di condanna e la sua condizione di condannato, e avrà iniziato a scontare la pena. Inoltre, se il leader «incontrastato» del centro-destra farà un passo indietro senza provocare una crisi di governo che sarebbe «fatale» e che comunque – avverte il capo dello Stato – non condurrebbe automaticamente a elezioni anticipate, si apriranno condizioni più favorevoli per modificare la Costituzione e riformare la giustizia.

L'editto di ferragosto di Napolitano è stato da taluni celebrato come un capolavoro di realismo di scuola togliattiana⁸⁶. A noi pare, però, che esso sia costituzionalmente inopportuno perché fa oggetto di negoziazione politica con un condannato – sia pure eccellente – un potere presidenziale vincolato a specifici, indisponibili presupposti (nella specie, come si è detto, insussistenti). Inoltre la prospettazione, da parte della suprema magistratura della Repubblica, di un atto di clemenza o di altra soluzione politica diretta a rimuovere gli effetti di una sentenza definitiva appena pronunciata si risolve in una delegittimante critica politica alla decisione, e più in generale alla magistratura. E fa il paio con la censura mossa per implicito da Napolitano alla sentenza della Cassazione immediatamente dopo la lettura del dispositivo, allorché aveva chiesto rispetto per la pronuncia, ma annunciato che erano ormai maturi i tempi per una riforma della giustizia⁸⁷. Non si vede, infatti, perché dovrebbe rendere palese l'indifferibilità di una riforma una decisione che ribadisce l'eguaglianza dinanzi alla legge di tutti i cittadini – anche dei più ricchi e potenti – e che pertanto potrebbe essere vista, nella prospettiva opposta, come la più alta riconferma dell'indipendenza dell'ordine giudiziario.

La nota del 13 agosto rischia, perciò, di fornire argomenti a chi va additando i giudici come nemici del Paese e della dialettica democratica per non aver “aggiustato” il processo a Berlusconi, senza chiedersi se la Cassazione non sia colpevole solo di aver smascherato, con il suo verdetto, l'evanescenza tragica di un partito amorfo, incapace di sopravvivere al suo demiurgo, e di un sistema politico modellatosi, per mimesi o contrapposizione, sull'immagine e sulle vicende di una persona, anziché all'esito di un confronto fra culture, idee, visioni della società italiana.

⁸⁶ G. FERRARA su *Il Foglio* del 14 agosto.

⁸⁷ Napolitano auspicava che potessero «aprirsi condizioni più favorevoli per l'esame, in Parlamento, di quei problemi relativi all'amministrazione della giustizia, già efficacemente prospettati nella relazione del gruppo di lavoro da me istituito il 30 marzo»

Sul piano dell'opportunità politica, la dichiarazione presidenziale di ferragosto è stata, oltre tutto, inefficace rispetto allo scopo dichiarato di pacificare i rapporti interpartitici. Berlusconi, infatti, non ha formulato domanda di grazia, vedendovi una – per lui inaccettabile – implicita ammissione di colpevolezza e ha ribadito la ferma richiesta di una “soluzione politica” al suo problema giudiziario, condizionando ad essa il sostegno del PDL al governo Letta e giungendo a minacciare le dimissioni di massa dei parlamentari a lui fedeli. In questa situazione di confusione tragica, la sorte del Governo sembrava ormai legata all'esito della votazione della Giunta delle elezioni del Senato, che il 9 settembre doveva deliberare sulla decadenza di Berlusconi dalla carica di senatore, in applicazione della legge n. 190 del 2012 (cosiddetta legge Severino). La maggioranza della Giunta si era espressa in colloqui con la stampa a favore dell'immediata decadenza, ma proprio nelle ore precedenti l'inizio della seduta decisiva, ambienti del Quirinale facevano trapelare la «sorpresa» e l'irritazione di Napolitano per l'intransigenza del PD e lo stesso Presidente ammoniva, ricevendo una delegazione del comune di Barletta: «Se non teniamo fermi e consolidiamo questi pilastri della convivenza nazionale tutto può essere a rischio». L'indiretto monito presidenziale è stato prontamente accolto dalla Giunta, che ha aggiornato i propri lavori e, al momento in cui scriviamo, non si è ancora pronunciata. È probabile che il capo dello Stato abbia spinto per il rinvio – secondo la stampa anche in un colloquio con i capigruppo del Pd Zanda e Finocchiaro in cui avrebbe minacciato le proprie dimissioni in caso di votazione sfavorevole a Berlusconi – per evitare che il Parlamento si esprima formalmente, mettendo a rischio la tenuta del governo, prima della Corte d'appello di Milano, chiamata nell'udienza del 19 ottobre prossimo a ricalcolare l'interdizione dai pubblici uffici del Cavaliere e quindi, verosimilmente, a decretarne comunque l'estromissione dalla vita politica attiva.

4. Il conflitto con la Procura di Palermo e la sentenza n. 1 del 2013.

Il conflitto di attribuzione con la Procura di Palermo ha segnato il momento di più acuta tensione nei rapporti fra Napolitano e ordine giudiziario e ha fornito una rappresentazione emblematica dei danni che l'assenza di ogni atteggiamento collaborativo nei rapporti fra magistratura e politica è in grado di produrre sul sistema istituzionale. Dalla vicenda, infatti, sono usciti sconfitti tutti i protagonisti: la Procura di Palermo, soccombente nel conflitto dinanzi alla Corte costituzionale ed esposta all'accusa di aver strumentalizzato a fini politici le proprie iniziative penali, specie dopo la candidatura nelle elezioni politiche del 2013 del “suo” sostituto Antonio Ingroia; la Presidenza della Repubblica, colpita da una melmosa campagna stampa di insinuazioni e sospetti dai quali ha ritenuto di potersi difendere solo imputando ai magistrati di Palermo – come vedremo – di non aver elaborato una lettura inedita e creativa del codice di procedura penale (e quindi di essersi attenuti ai limiti imposti dal principio costituzionale di soggezione alla legge); la logica giuridica, cui la Corte costituzionale, schiacciata dal peso politico della decisione, ha fatto fatica a restare fedele.

Il conflitto ha tratto origine dalla notizia che la Procura di Palermo aveva intercettato conversazioni telefoniche fra Napolitano e Nicola Mancino, già Presidente del Senato, Vice-Presidente del CSM e Ministro dell'Interno, nel corso delle indagini sulla cosiddetta trattativa Stato-mafia. In particolare, la Procura di Palermo ipotizzava che le stragi mafiose del 1992-1993 (Capaci, via D'Amelio, via dei Georgofili, via Palestro, solo per citare gli eventi più drammatici) fossero finalizzate ad indurre le massime autorità dello Stato a mitigare il severissimo regime carcerario imposto ai *boss* mafiosi detenuti – in applicazione dell'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario – e assumevano che l'interruzione della “strategia delle bombe” fosse il frutto di una trattativa con la mafia.

In seguito alla conclusione delle indagini, il 13 giugno 2012, il pubblico ministero presso la Procura palermitana aveva esercitato l'azione penale per undici delle dodici persone indagate, in relazione al delitto di cui all'art. 338 del codice penale (attentato a corpo politico, ovvero violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario). Il dodicesimo indagato, Nicola Mancino, Ministro dell'Interno all'epoca dei fatti, era invece accusato del reato di falsa testimonianza. Il 24 luglio 2012 la stampa, nel dare notizia della richiamata richiesta di rinvio a giudizio, riferiva pure che nel corso delle indagini erano state effettuate intercettazioni telefoniche nei confronti di Mancino, nelle quali erano state casualmente captate conversazioni tra lo stesso e Napolitano. La Presidenza della Repubblica, incredibilmente, non era stata informata in via ufficiale della presenza di tali registrazioni, ma aveva appreso la notizia indirettamente, attraverso un'intervista rilasciata dal sostituto Procuratore di Palermo dott. Di Matteo e pubblicata il 22 giugno 2012 dal quotidiano «*la Repubblica*».

Nell'intervista il magistrato, pur affermando che le conversazioni del capo dello Stato non erano state depositate in atti in quanto penalmente irrilevanti, aveva così replicato alla giornalista, che chiedeva se le intercettazioni sarebbero state distrutte: «Noi applicheremo la legge in vigore. Quelle che dovranno essere distrutte con l'instaurazione di un procedimento davanti al gip saranno distrutte, quelle che riguardano altri fatti da sviluppare saranno utilizzate in altri procedimenti». Le affermazioni del dottor Di Matteo lasciavano chiaramente intendere che la Procura aveva a disposizione le intercettazioni; che avrebbe distrutto quelle prive di rilevanza penale nel contraddittorio con le parti indagate e che si sarebbe riservata comunque di utilizzare le conversazioni «in altri procedimenti». Con nota del 27 giugno 2012, l'Avvocato generale dello Stato, su mandato del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, aveva allora inoltrato al Procuratore della Repubblica di Palermo richiesta di conferma dell'esistenza di registrazioni concernenti colloqui del Presidente e dell'intenzione di farne uso processuale, rendendole così pubbliche. Il Procuratore, con nota del 6 luglio, aveva risposto che quell'Ufficio, «avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento» ogni eventuale comunicazione del Presidente Napolitano, non ne prevedeva alcuna utilizzazione investigativa o processuale, «ma esclusivamente la distruzione da effettuare *con l'osservanza delle formalità di legge*»⁸⁸.

Il che, nella prospettiva del Quirinale, non risolveva il problema politico della possibile diffusione di quelle intercettazioni. Alla distruzione delle conversazioni legittimamente intercettate e registrate, infatti, si procede, con l'autorizzazione del Giudice per le indagini preliminari, in un'udienza camerale alla quale partecipano le parti del processo (nella specie, alcuni fra i più potenti capi-mafia). Le intercettazioni sono, pertanto, formalmente depositate e rese disponibili ai difensori delle parti⁸⁹; in breve: sono rese pubbliche ai sensi dell'art. 329 del cod.proc.pen., salvo che ricorrano le ipotesi di divieto di pubblicazione previste nell'art. 114 del medesimo codice. Che questo fosse il senso del richiamo che il Procuratore aveva fatto nella nota del 6 luglio alla «osservanza delle formalità di legge» era fuori discussione. Lo aveva, in effetti, confermato lo stesso Procuratore nel replicare a un editoriale del quotidiano «La Repubblica» pubblicato l'8 luglio a firma di Eugenio Scalfari, nel quale il giornalista accusava la Procura di non aver disposto l'immediata distruzione delle intercettazioni, assumendo che fossero illegittime perché captate nei confronti di soggetto protetto da immunità assoluta.

Acquisita la certezza che la Procura di Palermo avrebbe potuto depositare – e perciò rendere processualmente pubbliche – le intercettazioni che lo avevano coinvolto, nonostante la loro più volte ribadita estraneità al procedimento in corso e la loro irrilevanza penale, Napolitano si trovava in una situazione senza uscita.

In astratto, avrebbe potuto fare ricorso allo strumento che l'ordinamento prevede per garantire la riservatezza di cose, documenti, atti, comunicazioni rilevanti per la sicurezza nazionale: l'apposizione del segreto di Stato. Avrebbe potuto chiedere al Presidente del Consiglio dei Ministri, autorità esclusivamente competente in materia, di opporre il segreto sulle registrazioni disponibili presso la Procura palermitana, così da impedirne ogni eventuale pubblicità. Con questo atto, tuttavia, Napolitano avrebbe alimentato il sospetto e anzi fornito la certezza che le conversazioni con Nicola Mancino avevano contenuti politicamente irriferribili. A nulla sarebbe valso ricordare che la magistratura aveva già ritenuto quelle dichiarazioni del tutto irrilevanti sul piano penale. Dal punto di vista politico, la richiesta di apposizione del segreto di Stato – che la difesa della Procura siciliana ha suggerito al Presidente nel corso dell'udienza di discussione del conflitto dinanzi alla Corte costituzionale⁹⁰ – sarebbe stata molto rischiosa. Di qui la scelta di proporre un conflitto di attribuzione contro la Procura di Palermo, alla quale si imputava in sostanza di non avere richiesto al gip l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni che riguardavano il Presidente e di aver fatto riferimento – nelle dichiarazioni giornalistiche ricordate – a una modalità di distruzione «in contraddittorio con le parti», incapace, in quanto tale, di assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate.

Nel comunicato con il quale ha annunciato di aver proposto ricorso, il capo dello Stato ha chiarito, prendendo a prestito le parole di Luigi Einaudi, che la sua iniziativa giudiziaria rispondeva all'esigenza di evitare «che si ponessero «nel suo silenzio o nella inammissibile sua ignoranza dell'occorso, precedenti, grazie ai quali (accadesse) o (sembrasse) accadere che egli non (avesse trasmesso) al suo successore immuni da qualsiasi incrinatura le facoltà che la Costituzione gli riconosce».

⁸⁸ Enfasi nostra.

⁸⁹ Le modalità di deposito sono previste nell'art. 269 cod. proc. pen.

⁹⁰ E che anche per F. SORRENTINO, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza*, in www.consultaonline.it (11.4.2013), 8 era la soluzione più corretta e meno dirimpente sul piano istituzionale.

L'intento della nota quirinalizia era quello di svelenire il clima, riconducendo il conflitto a una questione di principio, indipendente dalla concreta vicenda palermitana. Un conflitto proposto nell'interesse permanente dell'istituzione e non in quello contingente della persona presidenziale. Eppure Napolitano non aveva sollevato alcun conflitto nell'altra occasione in cui erano state intercettate sue conversazioni telefoniche⁹¹ e ciò dimostrava che il ricorso era motivato dallo specifico contenuto delle intercettazioni palermitane, non da un'astratta esigenza di tutela delle prerogative presidenziali. Con la sua nota di spiegazione, perciò, il Quirinale non aveva affatto stemperato la polemica politica, che giungeva anzi al suo acme quando Loris D'Ambrosio, consigliere giuridico del Presidente della Repubblica che, sempre per la vicenda della "trattativa", era stato oggetto di insinuazioni gravissime, veniva improvvisamente a mancare, suscitando nell'opinione pubblica e nello stesso Napolitano l'indimostrabile ma forte sospetto che le accuse rivoltegli avessero concorso ad accelerare la sua prematura fine⁹².

La scelta della Corte di calendarizzare il conflitto di attribuzione in un termine breve, anziché attendere qualche mese per far cadere la decisione dopo la scadenza del mandato presidenziale – come si fece nel 2006 in occasione della controversia sul potere di grazia – contribuiva ad elevare ulteriormente il tono dello scontro. Una pronuncia contraria al Presidente della Repubblica resa in costanza del mandato avrebbe infatti delegittimato Napolitano, risolvendosi nell'accertamento di un'ipotesi di responsabilità politica che lo avrebbe esposto al rischio di fronteggiare una richiesta di dimissioni⁹³. In questo clima a dir poco incandescente, la Corte costituzionale ha deciso il conflitto con una sentenza – la n. 1 del 2013 – di grande respiro teorico e ricca di spunti preziosi per definire il complessivo ruolo del capo dello Stato nel sistema costituzionale⁹⁴. Quanto allo specifico oggetto della controversia costituzionale, che qui più direttamente interessa, la Corte ha dichiarato «che non spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo di valutare la rilevanza delle intercettazioni di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica» e «che non spettava alla stessa Procura della Repubblica di omettere di chiedere al giudice l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni indicate, ai sensi dell'art. 271, comma 3, del codice di procedura penale, senza sottoposizione della stessa al contraddittorio tra le parti e con modalità idonee ad assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate».

Più precisamente, la Corte ha ritenuto che le intercettazioni delle conversazioni presidenziali, ancorché effettuate in modo fortuito, ricadano nella previsione dell'art. 271, terzo comma, cod.proc.pen., il quale prevede che il giudice disponga la distruzione della documentazione delle intercettazioni di cui è vietata l'utilizzazione (e in particolare di quelle «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge»), salvo che tale documentazione costituisca corpo del reato.

⁹¹ In quel caso la conversazione di Napolitano erano state captate tramite un'intercettazione telefonica indiretta sull'utenza del capo della Protezione civile Guido Bertolaso ed erano state regolarmente trascritte e depositate secondo le disposizioni di legge. In precedenza, in un caso analogo di intercettazioni occasionali del capo dello Stato disposte dalla Procura della Repubblica di Milano e successivamente pubblicate su un quotidiano, il Presidente della Repubblica Scalfaro non aveva proposto conflitto di attribuzione. La vicenda aveva provocato la formulazione di numerose interpellanze parlamentari al Ministro della Giustizia Giovanni Maria Flick – tra le altre, una presentata dal senatore a vita Francesco Cossiga –, il quale aveva replicato nella seduta del Senato del 7 marzo 1997 ritenendo che «le esigenze delle indagini» cedessero il passo alle prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica, che «richiedono una libertà di determinazione e di comunicazione inconciliabile con qualsiasi forma intrusiva di acquisizione della prova», anche con riguardo alle «intercettazioni indirette», non potendo «essere rimessa al sindacato successivo dell'autorità giudiziaria» la «distinzione tra atti riconducibili all'esercizio delle funzioni e atti estranei a tale esercizio». Altrimenti – secondo Flick – sarebbe affidata alla magistratura «una valutazione (...) sugli atti riferibili al profilo funzionale dell'attività del Capo dello Stato» nonostante il nostro ordinamento ne preveda la «totale irresponsabilità».

⁹² Comunicato del 26 luglio 2012.

⁹³ Così G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio della Costituzione*, ne *la Repubblica*, 17 agosto 2012, 1: «sarebbe un fatto devastante, al limite della crisi costituzionale», che la Corte – al pari del Presidente «custode della Costituzione» – desse torto al capo dello Stato; che «si verificasse una così acuta contraddizione proprio sul terreno dei principi che sia l'uno che l'altra sono chiamati a difendere».

⁹⁴ Ed è per questo stata immediatamente oggetto di numerosi commenti e analisi. Si vedano almeno M.C. GRISOLIA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 5 febbraio 2013; 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 www.forumcostituzionale.it, 22 febbraio 2013; M. TIMIANI, *In margine al conflitto tra Capo dello Stato e Procura di Palermo, ovvero del potere di scioglimento delle Camere*, in www.forumcostituzionale.it, 8 febbraio 2013; A. ANZON DEMMIG, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, in www.rivistaaic.it, 2013, n. 1; M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in www.rivistaaic.it, 10 maggio 2013; A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in www.consultaonline.it (11.4.2013); F. SORRENTINO, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza*, cit.

Per giungere a questa conclusione, in alcun modo ricavabile dall'interpretazione letterale delle norme processuali in tema di intercettazioni, era inevitabile ricercarne le premesse in prescrizioni di rango costituzionale. Nella nostra Costituzione, tuttavia, non c'è un'esplicita disposizione diretta a tutelare la riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, mentre una tutela specifica è prevista per i parlamentari (art. 68 Cost.) e per i membri del Governo (art. 10 della legge cost. 16 gennaio 1989, n. 1). Per questo la Corte, senza disconoscere l'assenza di una esplicita disposizione costituzionale in proposito, ha poggiato la tutela generale delle comunicazioni presidenziali sulla complessiva posizione del capo dello Stato nella forma di governo. In assenza di un'esplicita norma costituzionale sul punto, ha fatto ricorso all'interpretazione sistematica delle variegate attribuzioni presidenziali.

Riprendendo la tradizionale definizione del Presidente della Repubblica come «grande consigliere, magistrato di persuasione e di influenza», la Corte ha affermato che egli deve «indirizzare gli appropriati impulsi ai titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi, ma avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali». Per poter efficacemente svolgere questa funzione di equilibrio costituzionale – che si esplica attraverso atti formalizzati ma soprattutto incontri, colloqui e altre attività informali – il Quirinale deve poter contare, secondo la Corte, sulla discrezione e la riservatezza delle proprie comunicazioni. Le attività in cui prendono forma i poteri di moderazione e intermediazione politica del capo dello Stato, infatti, «sarebbero compromesse dalla indiscriminata e casuale pubblicizzazione dei contenuti dei singoli atti comunicativi». Con la conseguenza che il Presidente della Repubblica, pur restando assoggettato, per i reati comuni, commessi fuori dall'esercizio delle sue funzioni, «alla medesima responsabilità penale che grava su tutti i cittadini», è sottratto a «strumenti invasivi di ricerca della prova quali sono le intercettazioni telefoniche».

Lungi dal costituire un «inammissibile privilegio», tale da incrinare il principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, l'immunità in questione, prosegue la sentenza n. 1 del 2013, sarebbe strumentale all'espletamento degli altissimi compiti che la Costituzione demanda al Presidente della Repubblica e che sono intesi ad assicurare in modo imparziale, unitamente agli altri organi di garanzia, il corretto funzionamento del sistema istituzionale e la tutela degli interessi permanenti della Nazione.

4.1. Limiti e contraddizioni della sentenza n. 1 del 2013 e considerazioni inattuali su una diversa soluzione processuale.

La sentenza – di cui abbiamo rammentato solo i passaggi essenziali – per la parte in cui riconosce una speciale tutela della riservatezza presidenziale contro atti invasivi dell'autorità giudiziaria (che possono colpire il Presidente anche quando non gli venga mosso alcun addebito penale), è sorretta da un iter motivazionale che suscita numerose perplessità e appare talora apertamente contraddittorio.

Può apparire bizzarro e addirittura assurdo che il Presidente della Repubblica – dalla Costituzione definito “capo dello Stato” e “rappresentante dell'unità nazionale” – non sia assistito, in tema di intercettazioni, dalle medesime garanzie di cui godono invece i parlamentari, i membri del Governo e gli stessi giudici costituzionali e che pertanto, sotto il profilo del diritto alla riservatezza, sia trattato alla stregua di un comune cittadino. E la sensazione di disagio aumenta perché non può dirsi con certezza che l'omissione sia davvero casuale.

In effetti in Assemblea Costituente la questione della responsabilità del Presidente della Repubblica per reati extrafunzionali (non commessi, cioè, in occasione di attività attinenti al suo ufficio) fu posta in modo esplicito, ma rapidamente accantonata perché la sola previsione astratta dell'ipotesi che la massima carica repubblicana potesse macchiarsi di un reato comune era ritenuta irraguardosa della sua posizione istituzionale⁹⁵. E se era inimmaginabile, allora, che la più alta autorità dello Stato si macchiasse di un delitto, egualmente inconcepibile doveva a quel tempo essere la sottoposizione di questo ad atti di investigazione penale invasivi della sua riservatezza. Sennonché la presupposizione logica di “inconcepibilità” del reato comune del Presidente, che aveva trattenuto la penna dei Costituenti, non risolveva il problema dell'esistenza di un vuoto normativo in tema di intercettazioni presidenziali, ma, al contrario, confermava la presenza sul punto di una lacuna ordinamentale.

Le possibilità di colmarla non erano, oggettivamente, molte. Non era, in particolare, utilizzabile a tal fine l'art. 7, comma 3, della legge n. 219 del 1989, e cioè la disposizione che, in attuazione dell'art. 90 della

⁹⁵ Cfr. intervento dell'on. Egidio Tosato nella seduta del 4 gennaio 1947.

Costituzione, disciplina lo specifico caso delle intercettazioni disposte in relazione ai reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione. In queste ipotesi gravissime, che seguono alla messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica da parte delle Camere, il citato art. 7 autorizza l'intercettazione di conversazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione nei confronti del Presidente soltanto dopo che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica. Da questa previsione, specificamente dettata per le sole ipotesi di reato presidenziale, non è possibile ricavare, a *contrario*, la conclusione di ordine generale che sussista un divieto assoluto di intercettazione per le ipotesi di reato comune del capo dello Stato⁹⁶. Il richiamato art. 7, infatti, fa certamente riferimento ai soli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni, in quanto attua la norma costituzionale che disciplina i due reati propri del Presidente. Si potrebbe, anzi, rovesciare l'argomentazione e ritenere che il predetto articolo – in assenza di un divieto costituzionale di intercettare il Presidente – abbia voluto disporre una deroga al regime di libera intercettabilità del capo dello Stato, per le sole ipotesi di *impeachment*.

Eguale impraticabile appariva l'argomentazione poggiante sull'art. 205 del codice di procedura penale. La disposizione, che esclude l'accompagnamento coattivo del Presidente della Repubblica quando questi sia chiamato a rendere testimonianza, sarebbe «l'espressione positiva e visibile di una norma tacita»⁹⁷ che vieterebbe, oltre all'accompagnamento coattivo, anche altre misure limitative della libertà del capo dello Stato quali le perquisizioni, le ispezioni e le stesse intercettazioni. Conclusione azzardata sul piano logico, perché postula che la sottrazione del capo dello Stato a uno specifico atto invasivo nella sua qualità di teste sia da intendere come esplicitazione di un principio non scritto di portata generale applicabile anche al Presidente-indagato e non invece come fattispecie derogatoria del regime comune, non estensibile a ipotesi diverse da quelle tassativamente indicate. Non sorprende perciò che la Corte abbia escluso anche questa via argomentativa.

Messa da parte, dunque, la possibilità di desumere dal quadro legislativo vigente l'esistenza di limiti generali all'azione giudiziaria nei confronti del Presidente della Repubblica, non restava alla Corte che radicare l'immunità presidenziale direttamente nel testo costituzionale, fondandola sull'esigenza di assicurare al capo dello Stato il libero esercizio delle sue elevatissime funzioni.

Come è stato esattamente rilevato in dottrina, quando viene presa in considerazione non la condotta penalmente rilevante del Presidente (interna o esterna all'esercizio delle sue funzioni), ma la sottoposizione dello stesso ad atti processuali limitativi della sua libertà (perquisizioni, ispezioni, sequestri, intercettazioni) l'iniziativa giudiziaria è sempre «potenzialmente idonea a turbare la funzione presidenziale»⁹⁸. Si può convenire, quindi, con la Corte quando assume che le conversazioni del Presidente siano sempre strumentali all'esercizio delle sue funzioni, e che pertanto – a questi limitati fini – il capo dello Stato si debba considerare costantemente «in funzione». Così è, del resto, per le immunità penali previste nell'art. 68 Cost. per i parlamentari. Nessuno dubita, in questo caso, che la Camera di appartenenza debba autorizzare le intercettazioni disposte nei confronti del parlamentare indipendentemente dalla natura funzionale o comune dell'attività da questi svolta nel momento in cui è assoggettato all'azione giudiziaria invasiva, essendo permanente la potenziale incidenza dell'investigazione sul libero esercizio della funzione rappresentativa.

L'esigenza di proteggere le conversazioni del Presidente per la loro immanente potenziale interferenza con le sue funzioni costituzionali può essere, dunque, posta a fondamento di un divieto assoluto di disporre nei confronti del capo dello Stato intercettazioni dirette (consapevolmente rivolte alla sua utenza) e «indirette» (rivolte a utenza di persona che è ragionevole supporre intrattenga rapporti telefonici con il Presidente). Poiché la funzione presidenziale si identifica con l'organo monocratico che la incarna e non può essere tutelata – salvo che la Costituzione lo preveda⁹⁹ – da un soggetto esterno, l'unica forma di garanzia è, in questo caso, un divieto generale di disporre intercettazioni. Questa medesima argomentazione diventa però contraddittoria e incongruente quando la si impieghi – come la Corte ha fatto – per ricavarne un divieto assoluto di valutare, trascrivere, utilizzare processualmente¹⁰⁰ anche intercettazioni «occasional», captate,

⁹⁶ Nel senso che dall'art. 7 non possa ricavarsi un generale divieto di intercettazioni del Presidente per i reati comuni, R. ORLANDI, *Le parole del Presidente (a proposito del conflitto fra Presidenza della Repubblica e procura di Palermo circa il destino di comunicazioni casualmente intercettate)*, in *Amicus curiae* 2012, *Il presidente intercettato*, 5; D. GALLIANI, *Il difficile conflitto: le intercettazioni al pari delle esternazioni?*, in *Amicus curiae* 2012, *Il presidente intercettato*, 9.

⁹⁷ Così R. ORLANDI, *Le parole*, cit., 6.

⁹⁸ R. ORLANDI, *Le parole*, cit., 5.

⁹⁹ Come ad esempio fa l'art. 80 del GG che rimette al *Bundestag* la deliberazione autorizzativa di intercettazioni rivolte all'utenza del Presidente.

¹⁰⁰ Si noti, tra l'altro, che l'utilizzo processuale delle intercettazioni non necessariamente equivale a renderle di dominio pubblico, come giustamente rileva anche R. ORLANDI, *Le parole*, cit., 8.

cioè, in modo casuale, in assenza di ogni prevedibile legame fra le utenze intercettate e quella presidenziale che cade nella “rete” della registrazione.

A quest’ultimo tipo di intercettazioni, infatti, la stessa Corte costituzionale ha considerato non applicabile la garanzia prevista nell’art. 68 della Costituzione¹⁰¹, negando che per esse sia necessaria la previa autorizzazione delle Camere, richiesta invece per le intercettazioni dirette e indirette di parlamentari. Sembra in effetti evidente che, se lo scopo di tale autorizzazione camerale è la protezione della funzione rappresentativa rispetto a possibili atti persecutori della magistratura, l’intento persecutorio va, per definizione, escluso quando l’intercettazione sia occasionale, e quindi inintenzionale¹⁰².

Nell’estendere la tutela presidenziale alle intercettazioni casuali – quelle che venivano in gioco nel conflitto – la Corte ha, quindi, contraddetto i suoi precedenti sul punto e riconosciuto al Presidente della Repubblica una copertura integrale e assoluta rispetto a ogni captazione di conversazioni. Una tutela che, per come è stata configurata, finisce per risultare diseguale, non essendo riconosciuta negli stessi termini ad alcun soggetto dell’ordinamento, neppure a quelli che esercitano funzioni di direzione politica attiva.

Dato che la *ratio* su cui si fonda la pronuncia è l’esigenza di preservare la segretezza delle conversazioni del Presidente perché esse sono parte essenziale di attività informali necessarie all’esercizio delle sue funzioni istituzionali, potrebbe apparire ingiustificato il regime più restrittivo previsto attualmente per il Presidente del Consiglio dei ministri e per gli stessi parlamentari, nei cui confronti sono ammesse – come si è visto – intercettazioni fortuite senza alcun filtro preventivo. 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).

Per ridurre l’estensione di un’immunità che copre il capo dello Stato come un cavaliere catafratto, la Corte ha dovuto riconoscere la possibilità per il giudice delle indagini preliminari di adottare «le iniziative consentite dall’ordinamento» nel caso in cui dal contenuto delle conversazioni emerga il rischio di un pregiudizio per la «tutela della vita e della libertà personale e (la) salvaguardia dell’integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica».

L’espressione «iniziative consentite dall’ordinamento» è volutamente indeterminata, ma pare riferibile alla possibilità per il gip di trasmettere gli atti alla Procura, nel caso in cui l’intercettazione casuale riveli informazioni relative, ad esempio, a un omicidio (tutela della vita) o un sequestro di persona (tutela della libertà personale) o un atto eversivo, un attentato terroristico, un colpo di Stato (integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica). Le conversazioni intercettate, pur restando processualmente “segrete”, saranno utilizzabili come valida *notitia criminis* e potranno, pertanto, dare innesco a un distinto procedimento penale o, in caso di reato presidenziale, all’avvio della procedura di messa in stato di accusa.

Soluzione necessaria, questa, che però insinua nelle apparentemente inespugnabili mura delle comunicazioni presidenziali un insidioso cavallo di Troia.

L’enumerazione dei beni a tutela dei quali il giudice è autorizzato a disporre l’utilizzabilità processuale delle “parole del Presidente” non può essere, infatti, tassativa, giacché sarebbe irragionevole negare protezione ad altri valori costituzionali qualificati come fondamentali o “supremi” dalla stessa Corte costituzionale. Se è inconcepibile che il manto dell’immunità assoluta possa coprire una strage o la progettazione di un golpe, è parimenti inaccettabile che le intercettazioni presidenziali occasionali debbano essere distrutte dal giudice senza contraddittorio quando da esse emergano, ad esempio, elementi a discarico di un imputato o addirittura le prove dell’innocenza di questo. Al pari dei beni ai quali fa riferimento la Corte (vita, libertà personale, integrità delle istituzioni repubblicane) anche la difesa giurisdizionale è un diritto inviolabile che può essere ragionevolmente temperato con altri diritti, posizioni soggettive, interessi di analogo rango giuridico, ma non integralmente sacrificato sull’altare delle pur elevatissime funzioni presidenziali. La formula alla quale la Corte si affida per definire la misura del bilanciamento fra l’esigenza di protezione della funzione presidenziale e la necessità di tutelare beni costituzionali primari si rivela, insomma, indeterminata nei suoi presupposti e imprecisata nei suoi effetti processuali (le «iniziative consentite dall’ordinamento»), tanto da porre in questione la sopravvivenza in concreto dell’immunità ritagliata in astratto sulla figura presidenziale. L’eccezione al regime di generale tutela delle conversazioni del Presidente rischia, infatti, di convertirsi in regola, vanificando la garanzia che la Corte ha inteso apprestare al capo dello Stato.

¹⁰¹ Nell’ordinanza n. 390 del 2007 e nelle sentenze n. 213 e 214 del 2010.

¹⁰² Si chiede A. PACE, *Intercettazioni*, cit.: «Come può essere possibile che il caso fortuito possa determinare la menomazione delle attribuzioni costituzionali del Presidente della Repubblica o di un qualsiasi altro potere dello Stato?».

Eppure una soluzione capace di porre in ordine tutte le tessere del mosaico era, a nostro avviso, praticabile, sia pure a prezzo di un differimento della decisione di merito sul conflitto che avrebbe prolungato la sovraesposizione politica della Corte ed esacerbato lo scontro fra le parti in causa. La Corte avrebbe potuto sospendere il giudizio per conflitto per autoinvestirsi della questione di legittimità costituzionale degli artt. 268 e 271 del codice di procedura penale¹⁰³ – norme rilevanti ai fini della risoluzione del conflitto in quanto è di esse che il Presidente lamenta un'applicazione invasiva delle proprie attribuzioni da parte della Procura resistente – nella parte in cui ammettono modalità di acquisizione e distruzione delle intercettazioni inidonee a preservare la segretezza delle conversazioni presidenziali.

La questione sarebbe stata decisa, con una sentenza additiva di principio dichiarativa dell'illegittimità delle norme censurate nella parte in cui non assicurano adeguata tutela alla riservatezza delle comunicazioni del Presidente. La pronuncia, com'è proprio delle additive di principio, da un lato avrebbe dato modo al legislatore di disciplinare la materia in modo organico, bilanciando la tutela presidenziale con la protezione di altri beni costituzionali di eguale pregio, ad esempio prevedendo forme controllate di utilizzabilità processuale a tutela del diritto di difesa e di ulteriori diritti inviolabili; dall'altro e al contempo, attraverso la declaratoria di incostituzionalità, avrebbe precluso alla Procura di Palermo di rendere processualmente pubblico il contenuto delle intercettazioni presidenziali già captate, facendo venire meno ogni possibile futura lesione delle attribuzioni presidenziali. Riassunto il giudizio per conflitto, la Corte avrebbe potuto dichiarare cessata la materia del contendere, riconoscendo che, sulla base della normativa vigente al momento di proposizione del ricorso, la Procura palermitana aveva legittimamente captato conversazioni del capo dello Stato, ma che – a seguito dell'intervento additivo sugli artt. 268 e 271 cod.proc.pen. – quelle intercettazioni erano divenute illegittime, eseguite *contra legem* e pertanto non ulteriormente utilizzabili, se non nei termini e nei modi che il legislatore avrebbe eventualmente definito¹⁰⁴.

Sia pure tramite qualche acrobazia processuale – difficile, ma non impossibile, da far comprendere anche all'opinione pubblica e alla stampa – si sarebbe così colmato un vuoto ordinamentale certamente esistente e meritevole di essere ripianato senza introdurre – come la Corte ha fatto con la sentenza n. 1 del 2013 – una soluzione sproporzionata, di complessa applicazione e potenzialmente contraddittoria rispetto allo stesso fine dichiarato di protezione delle prerogative presidenziali. Una soluzione che finisce, oltre tutto, per esprimere una pedagogia negativa, accreditando l'idea che il capo dello Stato sia il grande «tutore occulto della Costituzione»¹⁰⁵, che per esercitare il suo altissimo magistero sembra non poter fare a meno di calpestare i principi di trasparenza e di pubblicità del potere che stanno a fondamento dei sistemi politici democratici.

Va considerato, infine, che la Procura di Palermo, nel conflitto che l'ha vista soccombere, è stata di fatto rimproverata di aver esorbitato dall'ambito delle proprie attribuzioni perché non ha piegato le norme codicistiche a una lettura che non si colloca nell'ambito, pur largamente inteso, dell'interpretazione conforme, ma sconfinava nella diretta elaborazione di principi costituzionali inespressi¹⁰⁶. Non ha, per meglio dire, ricostruito la complessiva posizione del Presidente della Repubblica quale risulta dai poteri formali e dalle attività informali che egli svolge nel sistema di governo per ricavarne un limite implicito ai propri poteri investigativi (e segnatamente un obbligo di distruzione delle intercettazioni pur se senza contraddittorio), ma si è attestata sulla rigida e stretta osservanza della legge processuale nel suo significato comunemente accettato.

È vero, dunque, che per un giudice come la Corte costituzionale quello strettamente letterale è metodo ermeneutico primitivo «sempre» (così la sent. n. 1 del 2013); ma è da chiedersi se anche per i giudici

¹⁰³ Proposta sostanzialmente analoga è stata avanzata da M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, cit., 1 ss., secondo il quale la Corte avrebbe potuto autorimettere la questione di legittimità costituzionale degli artt. 268, 269, 270 e 271 cod. proc. pen. (ed eventualmente dello stesso 270-bis del medesimo codice), «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».

¹⁰⁴ La soluzione che si prospetta nel testo consente di superare l'obiezione di A. Pace, *Intercettazioni telefoniche*, cit., secondo il quale, nel caso di intervento additivo della Corte sull'art. 271 c.p.p., questo «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». Imputare retroattivamente alla Procura di aver violato prerogative costituzionali «sopravvenute» – di questo pare dolersi Pace – è in effetti incompatibile con i caratteri del giudizio su conflitto, che è giudizio sulle competenze, nel quale *tempus regit actum*. Nella nostra proposta non si smentisce questo assunto, perché la manipolazione operata dalla Corte sul c.p.p. non incide sulla dichiarazione di spettanza, e quindi sul merito, ma sui presupposti processuali di procedibilità del conflitto, che devono essere valutati alla luce della normativa vigente al momento della decisione; ed è ovvio che a questi fini, è del tutto irrilevante se la fonte della sopravvenienza normativa sia una legge o una sentenza costituzionale.

¹⁰⁵ M. OLIVETTI, *Quella sentenza fa storia*, cit., 2.

¹⁰⁶ Una soluzione costituzionalmente orientata era stata prospettata in dottrina da C. PANNACCIULLI, *La riservatezza*, cit. 12.

comuni applicare la legge vigente nel significato corrispondente all'unanime opinione dottrina¹⁰⁷ e alla consolidata giurisprudenza di legittimità¹⁰⁸ sia davvero segno di primitivismo giuridico o non costituisca invece la più salda garanzia della loro assoluta indipendenza da ogni altro potere.

¹⁰⁷ Fra i molti, v. almeno A. GAITO, *Codice di procedura penale commentato*, Utet, Torino, 2012, 618; L. FILIPPI, *Art. 271*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Commentario al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007, 1998 ss., F. CORDERO, *Se la procedura resta una cosa seria*, in *Repubblica*, 25 luglio 2012.

¹⁰⁸ Cass. pen., sez. VI, 26 aprile 2007, n. 33810; Id., 2 aprile 2009, n. 14461.