

QUESITI

VITO PLANTAMURA

**Mera libertà di parola o autorizzazione
a procedere?
Le immunità dei politici e l'equilibrio tra i poteri
dello Stato.**

Lo studio si domanda se sia sufficiente garantire ai politici la libertà di parola, oppure sia necessario fare ritorno ad un sistema in cui sono previste anche forme di autorizzazione a procedere, per meglio garantire l'equilibrio tra i poteri dello Stato.

Only freedom of speech or authorization to proceed? The immunities of politicians and the balance between the powers of the State.

The study wonders whether it is enough to guarantee politicians freedom of speech, or whether it is necessary to return to a system in which forms of authorization to proceed are also envisaged, to better guarantee the balance between the powers of the State.

SOMMARIO: 1. Cenni storici - 2. L'immunità parlamentare nella previsione originaria della Costituzione italiana e nella c.d. prima Repubblica- 3. L'immunità del Presidente della Repubblica: nella prospettiva di un Presidente *super partes*, la trattazione espressa non risulta necessaria - 4. L'immunità e il potere esecutivo, prima e dopo della riforma del 1989 - 5. Uno sguardo comparatistico: Francia, Spagna, e Germania. 6. Rilievi conclusivi e prospettive di riforma, nell'ottica di un riequilibrio dei poteri dello Stato italiano.

1. *Cenni storici.* Com'è noto, la prima affermazione documentata di una forma di immunità parlamentare deve farsi risalire all'art. 9 del *Bill of rights* del 1689 -conseguente alla c.d. grande rivoluzione inglese e, quindi, alla nascita in occidente della monarchia costituzionale-, in virtù del quale la libertà di parola e di dibattiti o procedura in Parlamento non potevano essere poste sotto accusa o contestati in qualsiasi corte o in qualsiasi sede fuori dal Parlamento stesso. A questo prima *freedom of speech*, tuttavia, presto si affiancò la *freedom from arrest*, ma connessa esclusivamente alle cause civili, e quindi all'arresto per debiti: istituto che, per altro, divenne desueto già nei primi anni dell'ottocento, e che, comunque, venne definitivamente meno con l'approvazione del *Debtors Act* del 1869¹.

Nella Costituzione francese del 1791, invece -anch'essa espressiva di una monarchia costituzionale che, com'è noto, avrebbe avuto brevissima vita-, agli artt.

¹ Anche per una ricostruzione storica dell'argomento, si veda ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, Torino, 1979. Con riferimento al Regno Unito, si rinvia a May, *Treatise on the Law Privileges Proceedings and Usage of Parliament*, Londra, 1844 (volume giunto, nel 2019, alla sua venticinquesima edizione). Per la Francia, invece, si veda SOULIER, *L'inviolabilité parlementaire en droit français*, Parigi, 1966.

7 e 8, della sezione V, del primo capitolo, del titolo terzo, si prevedeva, non solo che i rappresentanti della nazione erano inviolabili e che non potevano essere mai ricercati, accusati o giudicati, per quello che avevano detto, scritto o fatto nell'esercizio delle loro funzioni di rappresentanti, ma anche che tali membri dell'Assemblea nazionale legislativa potevano sì, per fatti criminali, essere arrestati in caso di flagranza, o in forza di un mandato di cattura, ma di ciò doveva essere dato immediato avviso al Corpo Legislativo, e l'azione giudiziale poteva continuare solo dopo che il Corpo Legislativo avesse concesso l'autorizzazione a procedere.

Nasceva così, nell'occidente moderno, l'istituto che rappresenta la "croce e delizia" delle immunità parlamentari, e dei politici in genere, perché in ogni tempo e in ogni luogo sospeso tra la tutela dell'indipendenza dell'Organo cui si riferisce e il privilegio personale odioso, contro il quale si sono scagliati i giustizialisti di ogni tempo: non è un caso, del resto, che l'istituto in questione venne eliminato durante il Terrore, e poi ripristinato solo a seguito della reazione "moderata" termidoriana, e quindi della Costituzione del 1795, che infatti dedica alle garanzie dei membri del corpo legislativo un'intera sezione².

Venendo all'Italia, bisogna riferire che, sin dal 1848, lo Statuto Albertino - successivamente esteso, nel 1861, al neonato Regno d'Italia- prevedeva delle garanzie, delle immunità, non solo per il Re, la cui persona, *ex art. 4*, era considerata sacra e inviolabile -come venne ritenuta, poi, quella del Pontefice, in

² Art. 110 - I cittadini che sono o sono stati membri del Corpo legislativo non possono essere ricercati, accusati, né giudicati, in nessun tempo, per quanto essi hanno detto o scritto nell'esercizio delle loro funzioni.

Art. 111 - I membri del Corpo legislativo, dal momento della loro nomina fino al trentesimo giorno dopo lo spirare delle loro funzioni, non possono esser messi sotto giudizio se non nelle forme prescritte dagli articoli seguenti.

Art. 112 - Essi possono, per fatti criminali, essere arrestati in flagrante delitto; ma ne è dato avviso, senza indugio, al Corpo legislativo e il procedimento potrà essere continuato solo dopo che il Consiglio dei Cinquecento avrà proposto la messa in giudizio e il Consiglio degli Anziani l'avrà decretata.

Art. 113 - Salvo il caso di flagrante delitto, i membri del Corpo legislativo non possono esser condotti davanti agli ufficiali di polizia, né posti in stato di arresto, prima che il Consiglio dei Cinquecento abbia proposto la messa in giudizio ed il Consiglio degli Anziani l'abbia decretata.

Art. 114 - Nei casi dei due articoli precedenti, un membro del Corpo legislativo non può esser tradotto davanti a nessun altro tribunale che non sia l'Alta corte di giustizia.

Art. 115 - Essi sono tradotti davanti alla stessa Corte per i reati di tradimento, di dilapidazione, di manovre per rovesciare la Costituzione, e di attentato contro la sicurezza interna della Repubblica.

Art. 116 - Nessuna denuncia contro un membro del Consiglio legislativo può dar luogo a procedimento, se non è redatta per iscritto, firmata ed indirizzata al Consiglio dei Cinquecento.

base all'art. 8 del Trattato del Laterano, nell'ambito di una più ampia equiparazione tra il Re ed il Pontefice³, ma anche per i membri della Camera dei Deputati, per i Senatori e per i Ministri.

L'art. 67 disponeva, laconicamente, che i ministri erano responsabili: intendendo evidentemente, per mutuare un'espressione di cui all'attuale art. 95, co. 3 Cost, responsabili degli atti dei loro dicasteri. Evidentemente, però, si trattava di una responsabilità che, anche quando riguardava fatti potenzialmente costitutivi di reato, era squisitamente politica. Solo la Camera dei Deputati, infatti - *ex art. 47-*, aveva il diritto di accusare i Ministri (del Re), e di tradurli dinanzi all'Alta Corte di Giustizia. Tale Corte, tuttavia, altro non era che il Senato, il quale, *ex art. 33*, con decreto del Re, si costituiva appunto in Alta Corte di Giustizia, per giudicare dei crimini di alto tradimento e di attentato alla sicurezza dello Stato, nonché per giudicare, come visto, i Ministri accusati dalla Camera dei Deputati.

Venendo alle immunità dei parlamentari, innanzitutto si consideri che il Senato non era formato su base elettiva, ma era composto da soggetti nominati senatori a vita dal Re, tra persone aventi particolari caratteristiche: vescovi e arcivescovi dello Stato, deputati dopo tre legislature, ambasciatori, Ministri di Stato, consiglieri di Stato, *etc.* I principi della famiglia reale, invece, facevano parte di diritto del Senato.

Insomma, si trattava di una sorta di "Camera dei Lord", ma (tranne che per i membri della famiglia reale) senza l'ereditarietà della carica, che invece ha caratterizzato tale istituzione fino a tempi recentissimi. A tutti i Senatori si applicava l'art. 37, per cui, fuori dai casi di arresto in flagranza, non potevano essere arrestati se non in forza di un ordine del Senato, che era il solo organo competente per giudicare i reati imputati ai suoi membri.

Ai fini del presente studio, tuttavia, risultano più interessanti le immunità dei deputati, che infatti sono i soggetti più immediatamente comparabili con gli attuali parlamentari e, in genere, esponenti della classe politica, perché, es-

³ Secondo l'art. 8 dei Patti Lateranensi, infatti: L'Italia, considerando sacra ed inviolabile la persona del Sommo Pontefice, dichiara punibili l'attentato contro di Essa e la provocazione a commetterlo con le stesse pene stabilite per l'attentato e la provocazione a commetterlo contro la persona del Re.

Le offese e le ingiurie pubbliche commesse nel territorio italiano contro la persona del Sommo Pontefice con discorsi, con fatti e con scritti sono punite come le offese e le ingiurie alla persona del Re.

sendo eletti (e non nominati), basavano la loro legittimità sul principio di rappresentanza, che per altro è quello che pare aver influenzato in modo più significativo il concreto sviluppo delle immunità costituzionali⁴.

In particolare, in base al combinato disposto degli artt. 45, 46 e 47, nessun Deputato -durante la sessione: specificazione che perse successivamente importanza, quando l'attività parlamentare divenne continua, e non più "per sessioni" che si aprivano e si chiudevano- poteva essere arrestato, fuori del caso di flagrante delitto, né tradotto in giudizio in materia criminale, senza il previo consenso della Camera.

Inoltre, esistendo ancora la possibilità dell'arresto per debiti -eliminata nel 1877-, non si poteva eseguire alcun mandato di cattura per debiti contro un Deputato, durante la sessione della Camera, come neppure nelle tre settimane precedenti e susseguenti alla medesima; infine, sia ai Senatori che ai Deputati, si applicava l'art. 51, per cui gli stessi erano "insindacabili" per ragione delle opinioni da loro espresse e dei voti dati nelle Camere.

Bisogna segnalare, però, che parte della dottrina, già alla fine dell'ottocento, era fortemente contraria alle immunità parlamentari, che venivano viste come un "rudere storico", "un'eccezione odiosa al diritto comune", da riformare o, preferibilmente, da sopprimere del tutto. Anche in quel periodo, cioè, come poi ciclicamente avverrà in seguito, la questione delle immunità parlamentari divenne un *topos* della polemica giornalistica antiparlamentare, paradossalmente cavalcata anche da parlamentari, che -vista la crescente insofferenza dell'opinione pubblica nei confronti di tale istituto- invocavano l'abolizione dell'art. 45, che sarebbe stato alla base della pessima reputazione dei parlamentari stessi⁵. *Nihil novi sub sole*.

Non mancarono, tuttavia, sia negli ultimi anni dell'ottocento che durante i primi del novecento, anche voci che si espressero nel senso della fondamentale importanza delle immunità parlamentari. Al proposito, risulta affatto interessante notare che in pieno regime fascista, l'insigne giurista (e politico) Vittorio

⁴ Così GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005, 99.

⁵ Anche per una ricostruzione del dibattito storico, sul supposto privilegio rappresentato dalle immunità parlamentari, si veda VENTURINI, *Cronache di un conflitto tra Parlamento e magistratura nell'Italia liberale: l'interpretazione dell'art. 54 dello statuto sull'immunità dei deputati*, in *Federalismi*, 2014, n. 13.

Emanuele Orlando scrisse un lavoro sulle immunità parlamentare⁶, interrogandosi sulla natura delle stesse e, in particolare, chiedendosi se si trattasse, o meno, di norme eccezionali, che allora -ex art. 4 delle c.d. preleggi del codice civile del 1865-, come oggi -ex art. 14 delle c.d. preleggi dell'attuale codice civile-, non erano estensibili analogicamente (l'ipotesi, del tutto di scuola, era quella dell'eventuale estensibilità delle immunità ad un giudizio d'interdizione). Le conclusioni giuridiche (e politiche) dell'Orlando furono addirittura nel senso di dover estendere le prerogative del Re, a partire dalla sua inviolabilità, al Parlamento -e, quindi, ai parlamentari-, perché riteneva che un organo non potesse essere veramente sovrano se non fosse stato, allo stesso tempo, davvero inviolabile, nei confronti di ogni giurisdizione: le immunità dei parlamentari, quindi, dovevano ritenersi di diritto comune, perché espressive di un principio generale, e non come norme eccezionali.

Risulta evidente che nell'intenzioni dell'Orlando (che si era dimesso da parlamentare nel 1925, a seguito della formale instaurazione della dittatura, e che nel suo scritto chiarisce che la questione da lui dibattuta andava posta in relazione ai diversi momenti storici: insomma, di certo non valeva nell'allora contingenza storica dittatoriale con "deputati designati") c'era anche la volontà di opporsi allo svilimento delle prerogative parlamentari, per altro manifestato dal regime fascista sin da subito, ovvero sia pure da prima della formale instaurazione della dittatura, e, in particolare, dal c.d. discorso del bivacco del 1922, cioè dal primo discorso tenuto alla Camera dei Deputati da Benito Mussolini, nella sua qualità di Presidente del Consiglio dei Ministri. In tale discorso, infatti, Mussolini, nel chiedere la fiducia per il suo Governo, disse minacciosamente che "*Potevo fare di questa Aula sorda e grigia un bivacco di manipoli: potevo sprangare il Parlamento e costituire un Governo esclusivamente di fascisti. Potevo: ma non ho, almeno in questo primo tempo, voluto.*"

In ogni caso, quest'idea che sovranità e immunità costituiscono un binomio indivisibile, e che non si possa avere la prima senza la seconda (e viceversa?), è un'idea potente che, in una Repubblica come la nostra, in cui la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione

⁶ Cfr. ORLANDO, *Immunità parlamentari ed organi sovrani : a proposito del caso di un giudizio d'interdizione contro un membro del Parlamento*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, vol. 2, 201ss. Tale lavoro è stato oggetto di studio da parte di VENTURINI, *L'art. 45 dello Statuto albertino nella letteratura giuridica: appunti su di uno scritto di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Le Carte e la Storia*, 2014, 92ss.

-forme e limiti chiaramente espressivi di una democrazia parlamentare- non può non far riflettere il giurista sulla misura minima, residuale, alla quale, invece -dopo la modifica dell'art.68 Cost. conseguente alle vicende di "tangentopoli"⁷ (l. n. 3/1993)-, con il venir meno dell'autorizzazione a procedere, si è ridotta l'immunità parlamentare nel nostro Paese, nonostante che all'insindacabilità *ex art. 68, co. 1 Cost.*, si aggiungano pure alcuni profili di inviolabilità -cioè di autorizzazione per specifici provvedimenti- di cui ai commi successivi⁸. Non si può omettere di riferire, per altro, che perfino in riferimento alla mera libertà di parola, si è assistito -a partire dalla sentenza n. 1150/88 della Corte costituzionale⁹, e quindi prima della riforma- ad un lento ma costante processo di limitazione dell'autonomia parlamentare, visto che è stata riconosciuta, alla magistratura, la possibilità di sollevare conflitto di attribuzione dinanzi alla Consulta, che ben può -ad es., se non ritiene sussistente un nesso tra l'attività istituzionale del parlamentare e le sue dichiarazioni rese "*extra moenia*"- annullare le delibere di insindacabilità parlamentare¹⁰.

⁷ "La revisione costituzionale dell'art. 68 si colloca all'interno di un arco temporale, l'XI legislatura, tra il 1992 e il 1994, nel quale si realizza, per ragioni interne ed internazionali, un mutamento del regime politico così profondo da far parlare di Seconda Repubblica. Non si tratta di una mera coincidenza cronologica sia perché a spingere alla revisione dell'art.68 furono le stesse cause di malessere dell'opinione pubblica che contribuirono al più generale rivolgimento del sistema politico, sia perché di tale mutamento di regime il nuovo art. 68 ha costituito un tassello importante, avendo modificato nel profondo il rapporto tra il parlamento (e la classe politica), da un lato, e la magistratura, dall'altro, alterando, quindi, il complessivo bilanciamento tra poteri delineato dai costituenti", così LIPPOLIS, *Le immunità dei parlamentari in Italia*, in *Rassegna parlamentare*, 2010, 833ss.

⁸ Cfr.: ROSSI, CASAMASSIMA, *Immunità parlamentari*, in *Diz.dir.pubbl.*, Milano, 2006, 2918ss.;

⁹ "Qualora il giudice di una causa civile di risarcimento dei danni, promossa da una persona lesa da dichiarazioni diffamatorie fatte da un deputato o senatore in sede extraparlamentare, reputi che la delibera della camera di appartenenza, affermando l'irresponsabilità del proprio membro convenuto in giudizio, sia il risultato di un esercizio illegittimo (o, come altri si esprime, di «cattivo uso») del potere di valutazione, può provocare il controllo della Corte costituzionale sollevando davanti a questa conflitto di attribuzione. Il conflitto non si configura nei termini di una vindictio potestatis (il potere di valutazione del parlamento non è in astratto contestabile), bensì come contestazione dell'altrui potere in concreto, per vizi del procedimento oppure per omessa o erronea valutazione dei presupposti di volta in volta richiesti per il valido esercizio di esso. In questi termini deve essere letto il dispositivo dell'ordinanza della corte d'appello, cioè come istanza alla Corte costituzionale affinché dica se «nel caso concreto» il potere di valutazione del senato, ai sensi dell'art. 68, 1° comma, Cost. e all'effetto indicato nel secondo capo della deliberazione 5 marzo 1986, sia stato legittimamente esercitato. E in questi termini sussiste un attuale interesse al ricorso, onde deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità avanzata dalla difesa del resistente.", così Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1150, in *Dir.inf.*, 1989, 431, con nota di D'Andrea.

¹⁰ *Ex multis*, Corte cost., 26 giugno 2018, n. 133, in *Giur.cost.*, 2018, 1402, con nota di D'ALESSANDRO, per cui "Non spettava al senato della repubblica deliberare che le dichiarazioni rese alla stampa locale dal senatore Antonio Gentile sul conto del dottor Franco Petramala, per le quali pende procedimento civile

2. *L'immunità parlamentare nella previsione originaria della Costituzione repubblicana italiana e nella c.d. prima Repubblica.* L'art. 68 Cost., invece -almeno nella sua originaria formulazione del '48¹¹-, non prevedeva solo che i membri del Parlamento non potevano essere perseguiti (oggi, "*chiamati a rispondere*": espressione che, per altro, caratterizzava anche la formulazione di cui all'art. 65 del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione, ma che poi venne meno in sede di testo coordinato¹²) per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni, ma anche che, senza autorizzazione della Camera alla quale apparteneva, nessun parlamentare poteva essere sottoposto a procedimento penale, né -ma, lo si ribadisce, il profilo dell'inviolabilità è presente anche nell'attuale formulazione- poteva essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, salvo che fosse stato colto nell'atto di commettere un delitto per il quale era obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura; l'autorizzazione a procedere, inoltre, era richiesta anche per trarre in arresto o mantenere in detenzione un parlamentare in esecuzione di una sentenza, pure se irrevocabile. L'autorizzazione a procedere, evidentemente, era connessa allo *status* di parlamentare, per cui non risultava più necessaria -in quanto veniva meno la ragione di poterla negare, ovvero sia il *fumus persecutionis*- quando il soggetto perdeva tale

davanti al tribunale ordinario di Cosenza, costituiscono opinioni espresse da un membro del parlamento nell'esercizio delle sue funzioni, ai sensi dell'art. 68, 1° comma, cost., e deve pertanto essere annullata la deliberazione di insindacabilità adottata dal senato della repubblica nella seduta del 16 settembre 2015.

¹¹ Per un'analisi del quale si rinvia a TRAVERSA, *Immunità parlamentare*, in *Enc.dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 178 ss.; LONG, *Art. 68*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, *Le camere*, tomo II, Bologna-Roma, 1986, 185 ss

¹² "*La riforma del 1993 ha apportato una modifica solo formale al primo comma dell'art. 68 stabilendo che i membri del parlamento non possono essere "chiamati a rispondere delle" (invece che "perseguiti per le") opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. Si è detto che con ciò si volle consolidare il principio del carattere assoluto, sotto il profilo penale, civile, amministrativo, disciplinare, dell'irresponsabilità. Che le espressioni abbiano la stessa portata normativa è tuttavia dimostrato da una curiosa circostanza. L'Assemblea costituente nella seduta del 10 ottobre 1947 fu chiamata ad esprimersi su un testo che conteneva l'espressione "non possono essere chiamati a rispondere", ma essa fu cambiata con "non possono essere perseguiti" su proposta di Mortati. La proposta era stata avanzata perché Mortati era preoccupato da un lato che l'espressione "chiamati a rispondere" potesse far pensare ad una irresponsabilità anche politica, dall'altro che risultasse chiara la sottrazione dei parlamentari ad ogni forma di responsabilità giuridica. Si è tornati dunque al testo originario, ma non vi sono dubbi (e, per la verità, non vi erano prima), né in dottrina, né nella pratica che l'irresponsabilità si estenda a tutti gli ambiti che sono stati indicati.*", così LIPPOLIS, *op.loc.cit.*

status per scadenza del mandato (e mancata ricandidatura o, comunque, rielezione).

Ma come si era arrivati a tale formulazione? Il 3 settembre 1946, la seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione¹³ iniziava la discussione generale sull'organizzazione costituzionale dello Stato partendo dalla relazione di Costantino Mortati, secondo il quale bisognava affrontare, tra le altre, le questioni della retribuzione o meno delle prestazioni dei Deputati, delle loro immunità e delle guarentigie, con particolare riguardo alla insindacabilità delle opinioni, alla libertà dall'arresto, e alla sottrazione al giudizio dei tribunali ordinari¹⁴.

L'illustre giurista, tuttavia, riteneva che non fosse il caso di attribuire alla Camera funzioni in materia di giudizio di responsabilità dei propri membri, perché sarebbe stata una funzione che non avrebbe trovato ragione di essere in una Costituzione moderna. Per quanto riguarda, poi, gli elementi di accusa per la responsabilità dei Ministri, il Mortati riteneva, già in quella prima sede, che avrebbero potuto essere portati o ad una delle Camere o, ancora meglio, ad un Tribunale speciale, che sarebbe potuto essere costituito da una sezione del Tribunale costituzionale.

La prima formulazione del (futuro) art. 68 Cost. proposta dal Mortati –così come emerse nella seduta del 19 settembre della medesima Sottocommissione di cui trattasi– prevedeva che “*I deputati non possono essere sottoposti a procedimento penale, né essere privati della loro libertà personale, neanche in esecuzione di sentenza penale, senza l'autorizzazione della Camera. L'autorità, che abbia proceduto all'arresto di un deputato in caso di flagrante reato, deve*

¹³ Com'è noto, l'Assemblea Costituente nominò al suo interno una Commissione per la Costituzione, composta da 75 membri e presieduta da Meuccio Ruini, che si organizzò in tre Sottocommissioni: la prima, sui diritti e doveri dei cittadini, presieduta da Umberto Tupini; la seconda, sull'organizzazione costituzionale dello Stato, presieduta da Umberto Terracini, poi divisa in due Sezioni (una sul potere esecutivo, l'altra sul giudiziario); e la terza, sui rapporti economici e sociali, presieduta da Gustavo Ghidini. Notevole peso, però, lo ebbe un più ristretto Comitato di redazione, anche detto Comitato dei diciotto –formato dall'ufficio di Presidenza della Commissione dei 75 con l'aggiunta di ulteriori membri, in modo da rappresentare tutti i gruppi politici e riprodurre a grandi linee la proporzionalità delle forze– che coordinò i lavori delle tre Sottocommissioni e fu l'autore del testo coordinato che poi venne votato in Assemblea. Cfr. GIOVANNELLI, *Assemblea Costituente*, in *Encicl. giur.*, vol. III, Roma, 1988; ONIDA, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana. Testi e documenti con due saggi introduttivi sul periodo costituente e sulla Costituzione*, Torino, 1991.

¹⁴ I “resoconti sommarî” delle sedute delle Sottocommissioni sono reperibili sul sito ufficiale *legislature.camera.it*.

darne senza alcun indugio comunicazione alla Presidenza della Camera che promuove l'immediata deliberazione dell'Assemblea".

Rispetto a questa formula, sollevava obiezioni un altro insigne giurista, ovvero sia Giovanni Leone, che trovava eccessiva l'estensione dell'immunità anche nel caso di esecuzione di sentenza penale. Secondo Leone, infatti, nell'ipotesi di arresto per esecuzione di un giudicato penale, non avrebbero dovuto essere posti limiti al diritto dello Stato di immediata esecuzione del giudicato stesso. E questo anche perché ci si sarebbe potuti trovare di fronte al caso limite di un Deputato che fosse confermato per una serie di legislature, nei cui confronti, quindi, non si sarebbe mai potuto eseguire, senza l'autorizzazione della Camera, l'ordine di arresto, pur in esecuzione di una condanna.

Leone, cioè, si rendeva conto che la formulazione proposta dal Mortati mirava naturalmente ad impedire che un atto dell'autorità giudiziaria o, peggio, di polizia, potesse essere ispirato da una valutazione o da un orientamento politico, e quindi avere lo scopo di rendere impossibile ad un Deputato la libera esplicazione del suo mandato parlamentare. Lo stesso Leone, tuttavia, riteneva che tale criterio non potesse essere valido nei confronti dell'esecuzione di un giudicato, perché esso, per definizione, presuppone l'esistenza di un processo e l'emanazione di una sentenza, appunto, passata in giudicato: tutti atti che debbono essere accompagnati da quel senso di indipendenza che è una delle caratteristiche peculiari della magistratura.

Sempre il Leone, però, osservava, riferendosi alla proposta del Bulloni (altro membro della stessa Sottocommissione), che piuttosto poteva essere utile porre un limite alla possibilità di arresto del Deputato in flagranza di reato, così dimostrando maggiore fiducia nella magistratura che non nella polizia, e suggeriva di stabilire che il Deputato non potesse essere arrestato in flagranza, se non per un reato per il quale fosse obbligatorio il mandato di cattura.

In definitiva, se pur con qualche difformità di vedute su questioni relativamente di dettaglio, il clima, in Sottocommissione, era ampiamente favorevole all'istituto dell'autorizzazione a procedere, e si può segnalare, in senso parzialmente contrario, solo l'intervento di Umberto Nobile -un'indipendente eletto nelle liste del PCI: che per altro, com'è noto, non era un giurista, ma un ingegnere e avventuroso esploratore ed aviatore¹⁵-, che genericamente sottolineava la sua contrarietà a un troppo largo ampliamento dell'immunità parlamentari, in

¹⁵ Cfr. NOBILI, *L'«Italia» al Polo Nord*, Milano, 1930.

quanto ogni deputato avrebbe dovuto essere d'esempio agli altri cittadini, non solo con la sua condotta politica, ma anche negli atti della sua vita privata.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, inevitabilmente si sono posti dei problemi applicativi riguardanti l'art. 68 Cost. Allora, però –visto che l'obiettivo espresso del presente studio è quello di valutare se sarebbe opportuno, o meno, un nuovo ampliamento delle immunità dei politici italiani, nella prospettiva di un riequilibrio dei poteri dello Stato-, in questa sede non si ritiene necessario soffermarsi sul dibattito dottrinario e giurisprudenziale relativo all'applicazione del primo comma dell'art. 68 Cost., e quindi ai limiti della libertà di parola, ma si considera più utile analizzare l'evoluzione giurisprudenziale relativa al controverso istituto dell'autorizzazione a procedere.

Sinteticamente, quindi, ci si può limitare a riferire che il dibattito sul primo comma dell'art. 68 Cost. (beninteso: dibattito in parte ancora in corso, e che, per altro, si è complicato con l'intervento della Corte EDU, che si riserva di verificare, caso per caso, se le immunità e, in particolare, l'insindacabilità, nella loro applicazione concreta, siano compatibili con i principi del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione¹⁶):

da un lato, riguardò principalmente l'estensione della non perseguibilità, tanto ad affermazioni espresse al di fuori delle Camere, ma comunque riconducibili all'attività politico-istituzionale del parlamentare, quanto ad atti, quali l'interpellanza e l'interrogazione, che, pur non concretandosi a stretto rigore in «voti» o «opinioni» espresse, costituiscono atti tipici del singolo parlamentare, riconosciuti nel diritto costituzionale ed espressamente previsti nei regolamenti delle camere¹⁷;

dall'altro, trovò una sua composizione, sulla scia di quanto già ritenuto dalla giurisprudenza maggioritaria, nella l. n. 240/2003, recante appunto disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 Cost.¹⁸ (nonché in materia di processi penali nei

¹⁶ Sull'insindacabilità ex art. 68, co. 1, Cost., anche con riferimento all'entrata in gioco di un nuovo attore, ovvero la Corte EDU, si rinvia a GULLO, *Le immunità come limite alla tutela penale? Una riflessione sull'insindacabilità nel quadro della sistematica del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 178ss., e, spec., 190ss. Più specificamente sull'aspetto sovranazionale, si rinvia a BONFIGLIOLI, *Le immunità tra convenzione europea e diritto interno*, in *Ind.pen.*, 2010, 699ss.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., 4 febbraio 1987, in *Cass. pen.*, 1988, 1011.

¹⁸ Cfr. FROSINI, MARZADURI, BUSIA, AMATO, *Commento alla l. 20 giugno 2003 n. 140, disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 cost. nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello stato*, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 26, 14. Parte della dottrina, però, vedeva nella legge in commento un'occasione mancata, perché *“I molteplici interessi costituzionali che risultano coinvolti nell'applicazione delle prerogative di cui all'art.68, primo comma, Cost. (l'autonomia e l'indipendenza delle Camere*

confronti delle alte cariche dello Stato: il primo di provvedimenti tutti poi ritenuti incostituzionali, per ragioni di metodo e di merito¹⁹), tra cui anche la norma – di cui all’art. 6- relativa alla controversa estensione della garanzia prevista dal terzo comma dell’art. 68 Cost. ai tabulati telefonici, ritenuta legittima dalla Consulta, nonostante l’oggettiva mancanza di un espresso riferimento, nel dettato costituzionale, ai c.d. dati esterni alle conversazioni²⁰.

Per quanto qui più direttamente interessa, invece, bisogna riferire che la giurisprudenza – prima della modifica del ’93- aveva chiarito diversi aspetti applicativi relativi al funzionamento dell’autorizzazione a procedere. Innanzitutto, infatti, la giurisprudenza riteneva che il regime di immunità parlamentare previsto dalla Costituzione dovesse intendersi quale causa personale di esenzione. Da ciò ne derivava che l’immunità non escludeva l’antigiuridicità del fatto, per cui non si estendeva ai compartecipi non parlamentari ed ai responsabili civili²¹.

*elettive da ogni altro potere dello Stato; l’esercizio da parte della Magistratura della funzione giurisdizionale; il “diritto” di ogni singolo eletto di poter svolgere liberamente il mandato ricevuto dagli elettori; il diritto all’onore e alla reputazione di ogni singolo individuo; il principio costituzionale di uguaglianza, inteso nella sua accezione formale di uguale sottoposizione di tutti gli individui alla legge del Parlamento) potrebbero, in altri termini, come è stato anche di recente (nuovamente) suggerito, essere più ragionevolmente composti se si riconoscesse ai giudici ordinari il potere di interpretare (e applicare) direttamente il primo comma dell’art.68 Cost., e dunque di procedere con i giudizi nei confronti dei parlamentari, qualora ritenessero che le manifestazioni del pensiero denunciate non rientrino tra quelle coperte dalla prerogativa dell’insindacabilità e, nel contempo, si riconoscesse alle Camere il potere di sollevare, innanzi alla Corte, conflitto di attribuzioni per reagire a un eventuale esercizio della giurisdizione che appaia loro come lesivo della propria autonomia e indipendenza; consentendo eventualmente anche ai singoli soggetti coinvolti nel giudizio di merito, il parlamentare e colui che si ritiene leso nei suoi diritti dalle affermazioni di quest’ultimo, di intervenire in tale conflitto”, così GIORGIS, *La legge di attuazione dell’art.68 Cost.: un’occasione perduta dal Parlamento per iniziare ad arginare un uso distorto delle prerogative dei propri membri?*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2003, 7s.*

¹⁹ Cfr.: DALIA, *L’illegittimità del «lodo Schifani» tra perplessità e contraddizioni*, in *Dir.pen.proc.*, 2004, 960ss. ; GREVI, *Sulla inidoneità della legge ordinaria a disciplinare regimi processuali differenziati per la tutela delle funzioni di organi costituzionali (a proposito dell’incostituzionalità del c.d. «lodo Alfano»)*, in *Cass.pen.*, 2009, 4535ss.; PACE, *La svolta della corte costituzionale in tema di legittimo impedimento e l’ambiguo richiamo all’art. 138 cost.*, in *Giur.cost.*, 2011, 221ss.

²⁰ “Il duplice riferimento, nell’art. 68, terzo comma, Cost., a «conversazioni o comunicazioni», induce a ritenere che al contenuto di una conversazione o di una comunicazione, siano accostabili, e risultino perciò protetti dalla garanzia costituzionale, anche i dati puramente storici ed esteriori, in quanto essi stessi “fatti comunicativi”. Del resto, il termine «comunicazioni» ha, tra i suoi comuni significati, quello di «contatto», «rapporto», «collegamento», evocando proprio i dati e le notizie che un tabulato telefonico è in grado di rilevare e rivelare”, così Corte cost., 23 gennaio 2019, in *federalismi.it*.

²¹ Cfr. App. Roma, 16 gennaio 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 942.

Coerentemente, la Cassazione aveva spiegato che, al contrario di quanto avveniva per l'immunità di cui al primo comma dell'art. 68 Cost.²², l'autorizzazione a procedere non precludeva l'esperimento di qualsiasi azione, sia civile -come, ad es., quella per il risarcimento del danno da fatto illecito- che amministrativa o disciplinare, ma che, allo stesso tempo, questa mancata preclusione non faceva venire meno l'applicazione della garanzia prevista dalla seconda parte del secondo comma dell'art. 68 Cost., in relazione all'esecuzione di eventuali provvedimenti limitativi della libertà personale del parlamentare che, dall'esperimento delle summenzionate azioni non penali, fosse derivato²³.

Sempre secondo la Cassazione, tuttavia, siccome il limite contenuto nell'art. 68, co. 2, Cost. aveva una funzione di garanzia nei confronti del parlamentare, e non rappresentava un privilegio, tale limite si riferiva esclusivamente a quelle attività o iniziative che potevano incidere sul libero esercizio del mandato parlamentare, per cui, pure in assenza di autorizzazione a procedere, doveva considerarsi legittimo, ad es., il sequestro disposto dalla autorità giudiziaria di un manufatto abusivamente costruito da un parlamentare, nel caso in cui il sequestro fosse finalizzato alla mera acquisizione di elementi probatori pertinenti al reato²⁴.

La sentenza istruttoria di non doversi procedere, per altro -pronunziata nei confronti di un membro del parlamento, a seguito di diniego dell'autorizzazione a procedere-, non impediva il successivo esercizio dell'azione penale, qualora l'autorizzazione fosse divenuta non più necessaria per la sopravvenuta cessazione della qualità di parlamentare²⁵.

Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi di concessione di autorizzazione all'arresto da parte della Camera, e di conseguente ricorso per Cassazione avverso il relativo mandato di cattura, la Cassazione chiariva che il suo vaglio, nonostante l'autorizzazione si ponesse come condizione di legittimità del mandato di cattura stesso, doveva limitarsi ad un controllo estrinseco, nel senso della conformità, o meno, della deliberazione parlamentare alle norme che fissano i requisiti necessari per la sua esistenza; mentre l'esame non poteva estendersi alla

²² “È proponibile l'azione di risarcimento del danno derivante da dichiarazioni diffamatorie rese da membro del parlamento a commento di una propria interrogazione, anche se la camera ha negato l'autorizzazione a procedere penalmente per lo stesso fatto ai sensi dell'art. 68, 2° comma, Cost.”, così Trib Roma, in *Giur. costit.*, 1987, II, 1, 13, con nota di ZANON.

²³ Cfr. Trib. Milano, 21 luglio 1983, in *Foro pad.*, 1985, I, 265.

²⁴ Cfr. Cass. pen., 24 aprile 1989, in *Cass. pen.*, 1990, I, 908, con nota di RIVELLO.

²⁵ Cfr. App. Napoli, 23 dicembre 1980, in *Foro it.*, 1981, II, 384.

regolarità del procedimento formativo della delibera e, *a fortiori*, con un'indebita ingerenza, alle valutazioni, squisitamente politiche, che avevano ispirato la delibera parlamentare⁹⁶.

Sempre la Cassazione, poi, aveva chiarito anche aspetti applicativi, relativamente di dettaglio, come, ad es., quello per cui la sospensione del corso della prescrizione del reato avveniva automaticamente, all'atto della proclamazione del parlamentare, e cessava nel giorno in cui l'autorizzazione a procedere veniva concessa dalla Camera di appartenenza. A tal proposito, risultavano irrilevanti: l'avvenuta, o meno, sospensione del procedimento; la data in cui era stata richiesta l'autorizzazione stessa; nonché il momento in cui la richiesta era pervenuta al Parlamento. Questo perché era proprio durante il periodo di sospensione della prescrizione, che l'autorità giudiziaria era tenuta a compiere gli atti necessari ad ottenere l'autorizzazione⁹⁷.

In tema di autorizzazione a procedere, tuttavia, la sentenza più significativa si è avuta, paradossalmente, quando tale istituto era stato (appena) abolito. La vicenda alla base è il diniego dell'autorizzazione a procedere nei confronti dell'on. Citaristi. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano, infatti, aveva sollevato conflitto di attribuzione nei confronti del Senato della Repubblica, chiedendo alla Corte costituzionale di dichiarare che non spettava al Senato, allorché deliberava sull'autorizzazione a procedere, di modificare, anche mediante apposizione di termini o di condizioni, la ricostruzione del fatto penalmente rilevante e la qualificazione giuridica dello stesso fatto, come determinate dal pubblico ministero nella richiesta di autorizzazione per lo svolgimento delle indagini finalizzate all'esercizio dell'azione penale, ai sensi dell'art. 112 Cost.

In pratica, il conflitto sarebbe derivato dal fatto che il Senato, nella specie, nel deliberare il diniego dell'autorizzazione a procedere richiesta dalla Procura della Repubblica, aveva indebitamente interferito nei confronti del potere del pubblico ministero concernente la definizione e la qualificazione del fatto-reato, ai fini dell'orientamento delle indagini ulteriori e dell'esercizio dell'azione penale.

Il ricorrente, quindi, chiedeva che fossero annullati, per illegittimità derivante dalla violazione dei predetti parametri costituzionali (fondamentalmente, lo si ribadisce, per violazione dell'art. 112 Cost.: per cui, com'è noto, il p.m. ha

⁹⁶ Cfr. Cass., 12 marzo 1984, in *Cass. pen.*, 1985, 1160.

⁹⁷ Cfr. Cass., 3 dicembre 1980, in *Giust. pen.*, 1981, III, 194.

l'obbligo di esercitare l'azione penale²⁸), i dinieghi di autorizzazione a procedere deliberati dal Senato, e che le relative richieste di autorizzazione fossero rinviate al medesimo Senato, per una nuova deliberazione sulle stesse. Ebbene, anche se nelle more del giudizio dinanzi alla Corte era intervenuta la citata l. n. 3/1993, la stessa Corte ha ritenuto comunque di voler verificare l'ammissibilità del sollevato conflitto di attribuzione.

Al proposito, la Corte ha sostenuto che, sotto il profilo oggettivo, ricorrevano indubbiamente i requisiti previsti dall'art. 37 l. 11 marzo 1953 n. 87 (norme sulla costituzione e sul finanziamento della Corte), in base al quale sono risolti dalla stessa Corte costituzionale i conflitti tra i poteri dello Stato insorti "*per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali*"²⁹.

Sempre secondo la Corte, per altro, contro tale conclusione non valevano le argomentazioni addotte dalla difesa del Senato della Repubblica, volte a sostenere l'inammissibilità del sollevato conflitto. Non poteva essere condivisa, infatti, l'opinione secondo la quale l'esercizio obbligatorio dell'azione penale non sarebbe potuto in alcun modo essere leso dallo svolgimento di un potere, come quello relativo all'autorizzazione a procedere, che, essendo configurato come condizione di procedibilità, avrebbe concorso esso stesso a definire il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Neppure poteva essere accolta l'obiezione –secondo chi scrive, affatto più conferente– per cui il potere di autorizzazione a procedere, previsto dal testo originario del secondo comma dell'art. 68 Cost., non essendo sottoposto ad alcun parametro di validità o ad alcun limite costituzionale, sarebbe stato assolutamente insindacabile dalla Corte e, comunque, sarebbe stato di per sé inidoneo a produrre lesioni di altrui attribuzioni.

Secondo la Corte, infatti –che in questo accoglieva in pieno gli argomenti del ricorrente–, i poteri dello Stato sarebbero stati organizzati secondo un modello di pluralismo istituzionale, nel quale il principio della reciproca separazione dei poteri stessi sarebbe stato corretto con quello del reciproco «controllo e

²⁸ Cfr.: CERESA, GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2011, 1415ss.; ZAGREBELSKY V., *L'obbligatorietà dell'azione penale - Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale*, in *Cass.pen.*, 1992, 3183.

²⁹ Cfr.: GAETA, SPANGHER, *Conflitti di attribuzione tra poteri dello stato*, in *Libro dell'anno del diritto - Encicl. giur.*, Roma, 2013; CERRI, *Conflitti di attribuzione (conflitti di attribuzione tra poteri dello stato)*, in *Encicl. giur.*, Roma, 2005, vol. VIII.

bilanciamento». Conseguentemente, anche nelle ipotesi in cui, come nella specie, le norme costituzionali non fissavano esplicitamente vincoli o limiti particolari, l'esercizio di un potere basato sulla Costituzione doveva comunque avvenire in conformità con la *ratio* inerente al relativo istituto ed entro i limiti derivanti dalla convivenza con gli altri poteri dello Stato.

La Corte, in definitiva, estendeva anche all'istituto dell'autorizzazione a procedere quanto la stessa aveva affermato a proposito dell'immunità di cui al primo comma dell'art. 68 Cost., e cioè che “*il potere valutativo delle camere non è arbitrario o soggetto soltanto a una regola interna di self-restraint (sent. n. 1150 del 1988, id., 1989, I, 326, nonché sent. n. 443 del 1993, id., 1994, I, 985). E questo è sufficiente per escludere l'inammissibilità del presente conflitto sotto il profilo considerato, poiché il principio ricordato, riferito all'autorizzazione a procedere, porta necessariamente ad escludere che quest'ultimo potere possa essere considerato come assolutamente insindacabile o di per sé inidoneo a produrre interferenze lesive nei confronti di altri poteri dello Stato.*”³⁰.

Bisogna considerare, del resto, che negli ultimi anni prima della citata riforma costituzionale, non solo la classe politica in generale, ma anche l'istituto dell'autorizzazione a procedere in particolare -per l'uso quantomeno disinvolto che ne era stato fatto-, erano stati oggetto di un forte discredito. Non a caso, pure a livello dottrinale, in quello che è forse l'ultimo scritto in argomento prima della riforma di cui trattasi, al proposito si sosteneva che fosse difficile razionalizzare l'esistenza dell'istituto in questione, perché, se era vero che lo stesso poteva essere giustificata dall'esigenza di garantire l'autonomia parlamentare, la mancanza di indicazioni normative precise al riguardo portava ad un uso distorto dell'istituto³¹.

Ad es., siccome nell'art. 68, co. 2, non era previsto alcun termine per deliberare, il Parlamento poteva semplicemente limitarsi a procrastinare, con evidente effetto ostruzionistico, la propria deliberazione. Proprio per questo, in un interessante progetto di legge costituzionale del 1986³², al proposito si introduceva un meccanismo di silenzio-assenso, per cui, in difetto di una deliberazione da parte del Parlamento nei termini prescritti -che generalmente erano

³⁰ Così. Corte cost., n. 462 del 1993, in *Giur. costit.*, 1993, 3749, n. PISANESCHI.

³¹ Cfr. RICCIO, *Immunità*, in *Dig.disc.pen.*, 1992, 172ss., e, spec., 180.

³² Il riferimento è al disegno di legge costituzionale del Senato della Repubblica n. 507, del 6 ottobre 1987, d'iniziativa dei Senatori Mancino, Pecchioli, Gualtieri e Malagodi.

di centoventi giorni, ma che opportunamente scendevano a quindici giorni, in caso di sentenza passata in giudicato- l'autorizzazione si riteneva concessa³³.

Purtroppo, però, questo primo tentativo del Parlamento di limitare in modo ragionevole le proprie prerogative –che, beninteso, anche se avesse avuto successo, forse non sarebbe stato sufficiente- non andò in porto, e alla riforma si giunse solo quando gli animi erano troppo esarcebati dagli scandali e, soprattutto, dalle severe politiche di austerità che, anche col pretesto degli scandali (secondo la falsa equazione, che negli anni seguenti diverrà un *leitmotiv*, per cui la corruzione causa l'eccesso di debito pubblico rispetto al PIL, che a sua volta necessità di politiche di austerità per tornare sotto controllo), furono poste in essere.

3. *L'immunità del Presidente della Repubblica: nella prospettiva di un Presidente super partes, la trattazione espressa non risulta necessaria.* In questo studio sulle immunità dei politici e l'equilibrio tra i poteri dello Stato, non si reputa indispensabile trattare *fonditus* dell'art. 90 Cost., e, in genere, delle “prerogative penalistiche” del nostro Presidente della Repubblica³⁴: sarebbe stato necessario farlo, infatti, se l'Italia fosse stata una Repubblica presidenziale (o, almeno, semi-presidenziale), ma in una democrazia parlamentare come la nostra non è necessario. E questo di certo non perché il Presidente della Repubblica,

³³ Art. 68 - I membri del Parlamento non possono essere perseguiti per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a procedimento penale. L'autorizzazione va richiesta prima della contestazione del reato ed in ogni caso non oltre il trentesimo giorno dal primo atto di indagine. L'autorizzazione si intende concessa quando manchi la deliberazione della Camera nel centoventesimo giorno successivo alla ricezione della domanda di autorizzazione. Nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a misure restrittive della libertà personale, nonché ad ispezioni o perquisizioni personali o domiciliari o ad altri atti di ispezione, senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, salvo che sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura. L'autorizzazione si intende concessa quando manchi la deliberazione della Camera nel centoventesimo giorno successivo alla ricezione della domanda di autorizzazione. Le misure di restrizione della libertà personale dell'eletto, disposte prima dell'elezione, perdono efficacia, salvo quando sia intervenuta sentenza di condanna, nel qual caso la Camera di appartenenza delibera entro quindici giorni dalla sua prima riunione. Qualora la Camera non si esprima nel termine indicato, le misure restrittive perdono efficacia. Le misure restrittive della libertà personale nei confronti di un membro del Parlamento, condannato con sentenza passata in giudicato, non possono essere eseguite senza autorizzazione. L'autorizzazione si intende concessa quando manchi la deliberazione della Camera nel quindicesimo giorno successivo alla ricezione della domanda di autorizzazione.

³⁴ Cfr. DE SIERVO, *La responsabilità penale del Capo dello Stato*, in *Ind.pen.*, 1996, 629ss.

in Italia, sia un mero “taglia nastri”; ch  infatti il nostro Presidente possiede invece numerosi, penetranti e ben noti poteri³⁵.

Il punto, tuttavia,   che il Presidente della Repubblica italiana, a stretto rigore, non   un politico. Questa affermazione, per , necessita di una spiegazione.   vero, cio , che il Presidente della Repubblica   normalmente (ma, per altro, non necessariamente) scelto tra gli esponenti della classe politica, e tuttavia, nel momento stesso in cui il soggetto in questione viene eletto Presidente, smette di essere un politico -e quindi, per definizione, di appartenere ad una parte-, e diventa *super partes*.

Pu  destare dei seri dubbi, ovviamente, che -per usare una metafora calcistica- un soggetto che ha sempre giocato in una squadra riesca, poi, ad essere un arbitro davvero imparziale, specie quando si tratter  di arbitrare una partita tra la sua (*ex*) squadra e quella (*ex*) avversaria. Anche a prescindere dal nostro impianto costituzionale, per  -che un ruolo appunto di arbitro, di custode delle regole, attribuisce al Presidente della Repubblica-, si pu  riflettere su alcune circostanze che confermano la fuoriuscita dall’agone politico di chi venga eletto Presidente: una su tutte   quella che nessun Presidente della Repubblica italiana, terminato il suo mandato, si sia nuovamente dato alla politica attiva.

Al proposito, si deve innanzitutto rilevare che la possibilit  che un *ex* Presidente della Repubblica si candidi nuovamente alle elezioni politiche   in parte scongiurata dall’art. 59 Cost., per cui, com’  noto,   Senatore di diritto e a vita, salvo rinuncia, chi   stato Presidente della Repubblica. E tuttavia, almeno teoricamente, nulla impedirebbe ad un *ex* Presidente della Repubblica di rinunciare al suo *status* di senatore a vita, e presentarsi alle elezioni politiche. Oppure, ancora meglio, di non presentarsi alle elezioni, ma di svolgere politica attiva come *leader* di un partito e, magari, qualora il suo partito uscisse vincitore dalle urne, di farsi indicare quale Presidente del Consiglio.

Fortunatamente, per , nulla di questo   mai accaduto, e, allo stato, appare inverosimile che possa accadere in futuro, non fosse altro per ragioni di opportunit  e mancanza di convenienza, per lo stesso *ex* Presidente della Repubblica. Anche se   necessario ricordare che un primo, pericoloso strappo in tal senso -nella direzione, cio , di una prosecuzione dell’attivit  del Presidente dopo lo scadere del suo mandato-   avvenuto con la presidenza, se non doppia -il che,

³⁵ Cfr. PALADIN,, *Presidente della Repubblica*, in *Enc.dir.*, Milano, 1985, XXX, 165ss.

probabilmente, non sarebbe stato accettato-, comunque “allungata”, di Giorgio Napolitano³⁶.

Si tratta, del resto, di una presidenza –almeno secondo chi scrive- nel suo complesso affatto controversa³⁷, sia da un punto di vista politico, specie con riferimento al ruolo avuto nella nascita del Governo “tecnico” Monti (che lo stesso Napolitano aveva previamente nominato Senatore a vita³⁸), che istituzionale (i due profili, del resto, si sovrappongono), con riguardo a due altre, ben note questioni, su cui l’opinione pubblica e gli studiosi si sono, a suo tempo, divisi, ovvero sia:

la nomina della c.d. commissione dei dieci saggi³⁹ (cinque dei quali, giova sottolinearlo, divennero rispettivamente ministro della Difesa, ministro per le Riforme Costituzionali, ministro per gli Affari Europei, ministro del Lavoro e delle Politiche sociali e vice-ministro dell’Interno, del successivo governo); e il conflitto sollevato⁴⁰ dal Presidente –cosa mai avvenuta prima da parte di un

³⁶ Cfr. LIPPOLIS, SALERNO, *La presidenza più lunga. I poteri del capo dello Stato e la Costituzione*, Bologna, 2016.

³⁷ Cfr.: SCACCIA, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015, e, con riferimento, al primo settennato GALLIANI, *Problematiche costituzionali del primo settennato Napolitano*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 6/2013.

³⁸ Cfr. FRIEDMAN, *Anmazziamo il gattopardo*, Milano, 2014.

³⁹ Cfr. RUGGERI, *La singolare trovata del presidente Napolitano per uscire dalla crisi di governo (a proposito della istituzione di due gruppi di esperti col compito di formulare «proposte programmatiche»)*, in www.giuricost.it, 2013.

⁴⁰ Col suo inconfondibile stile, si esprime causticamente avverso il ricorso CORDERO, *Quando la logica non si falsifica*, in repubblica.it, 12 febbraio 2012: “*Il Presidente parrebbe non ascoltabile dai profani fuori del circuito pubblico, a meno che vi consenta: in pratica stabilisce lui, post eventum, se fosse fas o nefas udire; ad esempio, non gli dispiacevano i nastri contenenti dialoghi virtuosi sui terremotati con Guido Bertolaso, captato a proposito d' appalti. Stavolta, come allora, nessuno lo spiava: cade nella rete rispondendo a N. M. che invoca soccorso contro dei pubblici ministeri; i quali, ignari, non violavano alcun obbligo. Ma stando al ricorso, lo scenario muta dall'istante in cui riconoscono la Voce. (...) Stando al ricorso, vale l'art. 90 Cost. Vediamolo: il Presidente non risponde degli atti compiuti quando esercita le funzioni, esclusi due casi; tutto lì ossia nemmeno una sillaba utile all'assunto monarchico. Dove sta scritto che, fuori del circuito pubblico, sia ascoltabile solo se lo reputa conveniente? La lingua italiana non tollera simili letture. Inteso così, l'art. 90 legittima ogni fantasia, anche che l'Unto sia infallibile, come Sua Santità, o guarisca le scrofole toccando i pazienti (l'ultimo re di Francia prestatosi al rito terapeutico è Carlo X appena incoronato, a Reims, Ospizio San Marcolfo, 31 maggio 1825). Siamo nell' assurdo linguistico. Altrettanto fuori luogo il riferimento all'art. 7 l. 5 giugno 1989 n. 219, cc. 2 e 3: "i provvedimenti che dispongono intercettazioni" possono "essere adottati" nei suoi confronti solo dopo che la Corte costituzionale l'abbia sospeso dalla carica; versiamo nel caso del Presidente messo in stato d' accusa (alto tradimento o attentato alla Costituzione). Qui nessuno aveva disposto l'ascolto nei suoi confronti: l'intercettato non era lui ma l'interlocutore; né pendevano accuse. L'art. 7 segnalerebbe una norma occulta applicabile anche fuori dei casi ivi previsti? Discorsi simili corrono nel settimo capitolo delle avventure*

Presidente in carica⁴¹- nei confronti della Procura di Palermo, che lo aveva indirettamente intercettato (conflitto poi risolto, per altro, a favore del medesimo Napolitano, con sentenza della Consulta n. 1/2013⁴²).

Soprattutto, però, Giorgio Napolitano è stato il primo Presidente in carica –e, si spera, l'ultimo: ma il grave precedente creato necessita, ormai, di un apposito intervento legislativo per essere cancellato- ad accettare, se pur dietro notevoli insistenze, e “controvoglia”⁴³, un secondo mandato, poi interrotto ben prima della sua scadenza naturale, per dimissioni dovute principalmente a ragioni di età troppo avanzata, e, comunque, a seguito della ormai superata fase di crisi politica, che aveva comportato la sua rielezione nell'aprile 2013. Al proposito, tuttavia, non si deve omettere di ricordare che la crisi in questione, per quanto trasversale, era stata una crisi principalmente della sua parte politica, visto che la mancata elezione dei due candidati precedentemente proposti, proprio dal partito politico di provenienza di Napolitano, aveva comportato le dimissioni consecutive del presidente e del segretario politico di tale partito.

d'Alice (un tè matto): l'ermeneutica ha delle regole; chi le viola cade nel vaniloquio; e i vaniloqui restano tali chiunque li formuli, in qualsivoglia messinscena. Il bello della logica sta nel non essere falsificabile. Qualcuno ragionava così: sta bene, la Procura palermitana risulta in regola ma, rilevando una lacuna nella tutela degli arcana imperii, la Corte può rimediarti. Nossignori. L'alto consesso non forgia Grundnormen: applica le esistenti rimuovendo leggi incompatibili. L'immaginario canone è invisibile nel testo, unico luogo da cui possiamo cavarlo. L'alchimista metteva oro nel vaso fingendo poi d'averlo trovato. Questo ricorso afferma l'inviolabilità della "sacra persona" con un lungo salto indietro al 4 marzo 1848'.

⁴¹ Il conflitto di attribuzioni, in precedenza, era stato sollevato solo dall'ormai ex Presidente Cossiga, nei confronti della Corte di Cassazione -che aveva annullato con rinvio due sentenze relative al risarcimento dei danni causati da alcune sue affermazioni offensive, c.d. esternazioni, rese mentre era Presidente-, ed era stato risolto in senso sfavorevole al ricorrente, perché: “*Nemmeno può condividersi, sul piano sostanziale, la tesi secondo cui anche gli atti extrafunzionali, o almeno tutte le dichiarazioni non afferenti esclusivamente alla sfera privata, del Presidente della Repubblica dovrebbero ritenersi coperti da irresponsabilità, a garanzia della completa indipendenza dell'alto ufficio da interferenze di altri poteri, o in forza della impossibilità di distinguere, in relazione alle esternazioni, il munus dalla persona fisica*”, così Corte cost., 26 maggio 2004, n. 154, in *Foro it.*, 2004, I, 1971.

⁴² “*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, operate nell'ambito del procedimento penale n. 11609/08 (avente ad oggetto la c.d. «trattativa» tra stato e mafia negli anni a cavallo tra il 1992 ed il 1994) e di omettere di chiedere al giudice l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni indicate, ai sensi dell'art. 271, 3° comma, c.p.p., senza sottoposizione della stessa al contraddittorio tra le parti e con modalità idonee ad assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate*”, così Corte Cost., 15 gennaio 2013, n. 1, in *Dir.pen.proc.*, 2013, 663, con nota di BACCARI, PAIOLA.

⁴³ Il riferimento è a quanto affermato dallo stesso Napolitano nella video-intervista rilasciata a Scalfari, reperibile su video.repubblica.it.

E' noto invece che, quando all'allora Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi fu richiesto da più parti di dichiararsi disponibile a una rielezione, con nota ufficiale del Quirinale del 3 maggio 2006, lo stesso Ciampi rispose ringraziando, ma declinando l'invito, per ragioni sia personali, legate all'età avanzata, che, principalmente, oggettive:

“nessuno dei precedenti nove Presidenti della Repubblica è stato rieletto.

Ritengo che questa sia divenuta una consuetudine significativa.

E' bene non infrangerla.

A mio avviso, il rinnovo di un mandato lungo, quale è quello settennale, mal si confà alle caratteristiche proprie della forma repubblicana del nostro Stato.”⁴⁴.

L'art. 85, co.1, Cost, prevede infatti che *“il presidente della Repubblica è eletto per sette anni”*, non escludendo né includendo espressamente una sua rielezione. I lavori dell'Assemblea costituente non forniscono indicazioni conclusive al riguardo, in quanto il punto della rielezione fu sì oggetto di discussione, e anche, in un primo momento, di un apposito emendamento aggiuntivo approvato il 19 dicembre 1946 -nell'ambito dei lavori della prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione-, in virtù del quale erano aggiunte le parole *“e non è rieleggibile”*, ma di tale aggiunta non si trova più traccia nei testi successivamente approvati.

Forse la vera ragione -che, per altro, emerge espressamente dal dibattito del tempo- del venir meno di tale (approvato) emendamento è quella che non si voleva precludere la possibilità di un “piano B”, di cui poi non vi fu bisogno. In quel frangente di grande instabilità politica, cioè, e perfino di possibili nostalgie monarchiche, nel caso in cui fosse mancata la convergenza, quale futuro Presidente della Repubblica, su di un nome nuovo, bisognava lasciare aperta la possibilità di una rielezione di Enrico De Nicola. Né, al proposito, giova ribattere che De Nicola era stato eletto Capo provvisorio dello Stato, e non Presidente della Repubblica, perché risulta evidente che, in un eventuale momento di crisi, la doppia interpretazione del previsto divieto di rielezione -come applicabile, o meno, anche al Capo provvisorio dello Stato- avrebbe rappresentato solo un elemento ulteriore di divisione e lacerazione.

⁴⁴ Il testo completo della citata nota ufficiale del Quirinale è reperibile sul sito *associazione deicostituzionalisti.it*.

In ogni caso, prima della vicenda di Napolitano, la dottrina sul punto del secondo mandato presidenziale era divisa⁴⁵, se pur in maggioranza favorevole alla possibilità di una rielezione⁴⁶. Chi scrive, invece, è d'accordo con quella parte della dottrina che ha acutamente segnalato come le regole procedurali dell'investitura presidenziale siano accuratamente rivolte ad evitare l'instaurazione di un rapporto politico di parte fra Presidente e Parlamento, mentre questa aspettativa di neutralità potrebbe essere pregiudicata dalla possibilità -e quindi legittima ambizione per il Presidente in carica, specie se non disincentivato da un'età eccessivamente avanzata: ma, al proposito, si consideri che, ex art. 84 Cost., può essere eletto Presidente anche un cinquantenne- di essere nuovamente eletto.

In quest'ipotesi, infatti, il Presidente potrebbe finire per essere <<*più sensibile a condizionamenti e pressioni politiche partigiane e meno intransigente nel difendere la Costituzione anche contro il Governo e le forze politiche. Queste condivisibili esigenze di equilibrio nei rapporti fra poteri hanno concorso a far consolidare, nella prassi repubblicana, una norma consuetudinaria secondo cui la rinnovazione del mandato, seppure non vietata, doveva ritenersi comunque inopportuna*>>⁴⁷.

In definitiva, quindi, ai fini del presente studio si ritiene non necessario trattare delle immunità del Presidente della Repubblica, nella misura e per la ragione per cui si crede che, un volta eletto, quest'ultimo, in virtù dei penetranti poteri concessigli e della lunghezza del suo mandato, non debba e non possa aspirare a ricoprire successivamente ulteriori incarichi pubblici, né nel senso di ruoli diversi (il che potrebbe difficilmente avvenire, specie se con riferimento a incarichi nazionali, visto che, quali che essi possano essere, comporterebbero una "retrocessione di carriera"), né, soprattutto, come secondo mandato presidenziale.

La possibilità di un secondo mandato, infatti, pare incompatibile con il ruolo *super partes* affidato dalla Costituzione al Presidente della Repubblica: Presidente che infatti, potendo legittimamente ambire ad una sua rielezione, non uscirebbe mai davvero dall'agone politico. Siccome, però, qui si ritiene che

⁴⁵ Cfr. VOLPI, *Considerazioni sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, in *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, a cura di SILVESTRI, Milano, 1985, 502 ss.

⁴⁶ Cfr. RESCIGNO, *Art. 85*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., Bologna-Roma, 1979, 63s.

⁴⁷ Così SCACCIA, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri della forma di governo*, in *Rivista AIC*, 2/2013

l'equilibrio tra i poteri dello Stato sia meglio garantito da un Presidente della Repubblica che, pure qualora -com'è fisiologico- sia appartenuto alla classe politica, cessi di farne parte una volta eletto, coerentemente non si tratterà dell'art. 90 Cost.

In prospettiva di riforma, infatti, si preferisce piuttosto suggerire il recupero del citato emendamento -inizialmente approvato, e, poi, venuto meno nel lungo e complesso iter di approvazione della Costituzione-, per cui *il presidente della Repubblica è eletto per sette anni...e non è rieleggibile*. Questa aggiunta, per altro, si rende ora davvero necessaria, anche perché, una volta rotto, con Napolitano, il tabù della seconda elezione -questo pure grazie al fatto che, per l'età estremamente avanzata del Presidente, era scontato che non si sarebbe trattato di un nuovo settennato-, nulla potrebbe ormai impedire che analoga questione si ponga nei confronti di un nuovo, ma meno anziano, Presidente in carica, che ben potrebbe voler svolgere il suo secondo mandato per intero: il che, però, come già sottolineato perfino da un *ex* banchiere centrale come Ciampi, porrebbe una questione di (in)compatibilità con la stessa forma repubblicana.

4. L'immunità e il potere esecutivo, prima e dopo della riforma del 1989. Nel valutare le garanzie previste per il potere esecutivo, non si deve sottovalutare la circostanza che comunque si tratta di previsioni inserite nel più ampio contesto di una democrazia parlamentare, con possibilità conseguente di essere contemporaneamente Ministro e parlamentare. Tale circostanza, del resto, rappresenta una possibilità niente affatto scontata, se si ha riguardo tanto alla prospettiva comparatistica, quanto al ribaltamento di prospettiva che è avvenuto, nel nostro stesso Paese, almeno a livello di enti locali, col d.lgs. n. 267/2000.

Con l'attuale impostazione, infatti, da un lato, il Sindaco e il Presidente della giunta regionale sono eletti direttamente -e quindi proprio non possono più candidarsi, contemporaneamente, quali consiglieri comunali/regionali- e, soprattutto, dall'altro, non è più possibile essere allo stesso tempo assessore e consigliere, comunale o regionale, per cui il consigliere che viene nominato assessore, se vuole accettare di comporre la giunta, e quindi l'organo esecutivo dell'ente locale, deve prima dimettersi da quello assembleare (né, in caso di successiva revoca della delega assessorile, l'*ex* assessore "ritorna" consigliere).

Nell'ottica del legislatore costituente, invece, trattavasi di ruoli, e quindi di garanzie, che normalmente sarebbero andate a sommarsi tra loro, visto che appariva fisiologico che i ministri e, *a fortiori*, il Presidente del Consiglio, sarebbero stati quasi sempre anche parlamentari: tanto è vero che si dovette aspettare il 1993, e, soprattutto, la fine della c.d. prima Repubblica, perché l'Italia avesse il suo primo Presidente del Consiglio c.d. tecnico, o comunque non parlamentare, e che comunque non si era mai messo alla prova delle urne, ovvero sia il già citato Ciampi.

In ogni caso, l'art. 96 Cost., nella sua formulazione originaria, prevedeva che *“Il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri sono posti in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni”*. Siccome, poi, ovviamente la norma speciale deroga alla generale, ciò implicava che il Ministro parlamentare avrebbe goduto della protezione dell'art. 68 Cost., in relazione ai reati commessi al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni di Ministro, e di quelle di cui alla norma speciale di cui all'art. 96 Cost., per quelli invece funzionali.

L'*iter* che portò all'approvazione dell'art. 96 Cost. non fu affatto travagliato, e non v'è traccia di un dibattito particolarmente articolato al proposito. L'11 gennaio 1947, la prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione proseguiva la discussione sul potere esecutivo del giorno precedente⁴⁸. In quella sede, era inizialmente proposta la seguente formulazione *“Il giudizio sulla responsabilità penale del Primo Ministro e dei Ministri per gli atti relativi all'esercizio delle loro funzioni, spetta alla Corte costituzionale su accusa di una delle Camere”*.

⁴⁸ Se pure *off topic*, visto il particolare momento storico che il Paese ha vissuto e sta vivendo in connessione all'epidemia di coronavirus, si segnala che nella medesima sede, quello stesso giorno, si è discussa pure la possibilità di introdurre delle apposite regole in Costituzione, per la proclamazione dello stato d'emergenza (testualmente, d'assedio). Il dibattito fu vivace, perché i contrari all'introduzione, in Costituzione, di regole relative alla proclamazione dello stato d'emergenza erano dell'opinione che tale stato non dovesse essere mai possibile in un moderno Stato democratico. C'era chi riteneva, invece, che siccome le situazioni eccezionali possono verificarsi, sarebbe stato meglio prevedere una disciplina costituzionale che consentisse una tale proclamazione solo con la partecipazione del Presidente della Repubblica e del Parlamento. Altri ancora sottolineavano che, se proprio si voleva escludere una tale possibilità, allora sarebbe stato meglio prevedere un divieto, perché il semplice tacere sul punto non avrebbe impedito, in situazioni d'emergenza, prassi di compressione delle libertà costituzionali, che i contrari all'introduzione di una regolamentazione volevano evitare. Cfr. PAYE, *Il Patriot act reauthorization: uno stato di emergenza permanente*, in *Democrazia e diritto*, 2006, fasc. 2, 181ss; MARCHI, *Quando l'emergenza non è più l'eccezione - L'esperienza dello stato di Israele tra terrorismo e tutela dei diritti umani*, in *Ind.pen.*, 2013, 705ss.

Il Relatore Tosato, tuttavia, proponeva che, invece di dire “*per gli atti relativi all’esercizio delle loro funzioni*”, si dicesse “*per gli atti compiuti nell’esercizio delle loro funzioni*”; perché, a suo avviso, ciò sottolineava che, se l’atto era compiuto da altri, non vi era la possibilità di una responsabilità penale. Il presidente Terracini, dunque, poneva ai voti l’articolo così emendato, che veniva approvato. Nel proseguo, vennero apportate alcune altre modifiche, in definitiva non espressive di una diversa valutazione tecnica o politica – nella forma, ad es., si apprezzi che, secondo la terminologia accolta più in generale dall’Assemblea, l’espressione Primo Ministro fu sostituita da quella Presidente del Consiglio dei Ministri-, fino a giungere alla formulazione originaria summenzionata.

Com’è noto, poi, prima della riforma del 1989, secondo l’art. 134 Cost., la Corte costituzionale –in composizione allargata, ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 135 Cost.- giudicava sulle accuse promosse a norma della Costituzione, non solo nei confronti del Presidente della Repubblica, ma anche dei Ministri (per cui il riferimento alla Consulta, venuto meno nell’ambito del progettato art. 96 Cost., era stato recuperato altrove). Ciò, per altro, avvenne com’è noto una sola volta, sul finire degli anni ’70, in connessione allo scandalo *Lockheed*, che comportò anche le dimissioni dell’allora Presidente della Repubblica, già citato Giovanni Leone (poi risultato assolutamente estraneo alla vicenda, e che ottenne pure, con trent’anni di ritardo, una pubblica lettera di scuse –apparsa sul Corriere della Sera del 3 novembre 1998- dai suoi grandi accusatori dell’epoca, i garantisti Pannella e Bonino). In ogni caso, all’epoca vi era una perfetta coincidenza tra la procedura prevista per i reati ministeriali e presidenziali, che anche in sede dottrinale potevano essere trattati unitariamente⁴⁹.

Al proposito, affatto rilevanti risultavano pure le previsioni –anch’esse modificate con la riforma del 1989- di cui alla legge costituzionale n. 1/1953, secondo la quali:

da un lato, *ex art. 12*, la messa in istato di accusa del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri era deliberata dal Parlamento in seduta comune su relazione di una Commissione, costituita di dieci deputati e di dieci senatori, eletti da ciascuna delle due Camere ogni volta che si rinnovava;

⁴⁹ Cfr. DI RAIMO, *Reati ministeriali e presidenziali*, in *Enc.dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 1120ss.

e, dall'altro, ex art. 15, le norme penali relative alla sussistenza del reato, alla punibilità ed alla perseguibilità erano applicabili nei giudizi di accusa nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri, ma la Corte poteva aumentare la pena fino ad un terzo, in caso di circostanze che rivelassero l'eccezionale gravità del reato (tale aggravante è "sopravvissuta" alla riforma, perché è attualmente prevista dall'art. 4 della l. n. 1/1989), oltre ad infliggere le sanzioni costituzionali e amministrative adeguate al fatto.

L'impianto così delineato -che era risultato invisibile all'opinione pubblica, perché espressivo di una giustizia speciale e, quindi, privilegiata: visto che le autorizzazioni erano sistematicamente negate, tranne che nell'unico, già citato, caso *Lockheed* - venne finalmente revocato in dubbio dall'esito del referendum del 1987, che per altro, in materia di giustizia, seguendo la medesima *ratio* di lotta ai privilegi, conteneva pure un quesito relativo alla responsabilità civile dei magistrati: tema allora particolarmente sensibile, anche perché il caso Tortora era ancora "caldo". La summenzionata connessione, però -tra riforma e referendum-, sconta tutti i limiti della natura abrogativa che l'istituto referendario assume nel nostro ordinamento. Nella specie, l'abrogazione riguardava alcuni articoli della l. n. 170/1978, recante norme sui procedimenti d'accusa⁵⁰, ma, dall'esito del referendum, si ritenne di dover prendere spunto, indirizzo politico, per una riforma più ampia, che coinvolgesse lo stesso art. 96 Cost., secondo la chiara volontà espressa dalle urne. E, in effetti, il quesito di cui trattasi fu quello che vide la maggiore percentuale di sì, cioè ben l'85%.

Si arrivò così alla l. n. 1/89⁵¹ che, da un lato (legge di revisione costituzionale), con il suo primo articolo riscrisse integralmente l'art. 96 Cost.⁵² (e, con il secondo, modificò conseguentemente gli artt. 134 e 135 Cost.), e, dall'altro (legge costituzionale), dettò le norme per il procedimento previsto, appunto, dal nuovo art. 96 Cost. Da quest'ultimo punto di vista, tuttavia, risulta evidente che si tratta di una legge "nata vecchia", in quanto -se pure la stessa è entrata in vigore, poi, circa tre mesi dopo il nuovo codice di rito- il suo *iter* era iniziato nei primi mesi del 1988. Il modello processuale di riferimento del legislatore,

⁵⁰ Cfr. ZAGREBELSKI, *Procedimenti d'accusa*, in *Enc.dir.*, vol. XXXV, Milano, 1988, 898ss.

⁵¹ Cfr. DE FALCO, *La nuova disciplina del procedimento per i reati ministeriali*, in *Riv.pen.econ.*, 1995, 441ss.

⁵² Nella sua attuale formulazione, l'art. 96 Cost. prevede che: "Il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale".

quindi, era ancora quello del precedente sistema inquisitorio, tanto che nel c.d. Tribunale dei Ministri (espressione che, per altro, non ricorre mai nella legge in questione), che somma funzioni requirenti e giurisdizionali, non è difficile vedere la riedizione –se pur in forma collegiale, per una maggiore garanzia– dell’allora Giudice istruttore⁵³.

Com’è noto, il Collegio in questione –attivato dalla denuncia trasmessagli dal Procuratore della Repubblica territorialmente competente–, entro novanta giorni, o archivia o trasmette (*rectius*: fa trasmettere dallo stesso Procuratore) gli atti al Presidente della Camera competente per la richiesta di autorizzazione a procedere. La Camera competente è quella di appartenenza del Ministro nei cui confronti si procede, o il Senato, nel caso di Ministro non contemporaneamente parlamentare o di *ex* Ministro: il regime autorizzatorio, infatti, è funzionale, e non connesso allo *status*, per cui permane anche dopo la cessazione dalla carica.

Il Presidente della Camera, a sua volta, trasmette gli atti alla giunta per le autorizzazioni a procedere. La giunta riferisce all’Assemblea con relazione scritta e quest’ultima –ed è qui il punto politico e giuridico più interessante– “*può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l’autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l’inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell’esercizio della funzione di Governo*”.

Prima di esaminare tale punto cruciale, tuttavia, si deve dare brevemente conto dell’interpretazione dottrinale e, soprattutto, giurisprudenziale, circa l’espressione, di cui all’art. 96 Cost., “*reati commessi nell’esercizio delle funzioni*” –ovviamente, di Ministro o Presidente del Consiglio –, che determina l’attivazione delle speciali garanzie di cui trattasi, con l’avvertenza che la tesi della finalità politica dell’autore, secondo la quale sarebbero, appunto, ministeriali, quei reati commessi per una finalità politica, ha perso la sua ragione d’essere

⁵³ “*Lo speciale collegio cui la l. cost. 1/89 ha attribuito il potere di compiere le indagini preliminari in ordine ai c.d. «reati ministeriali», oltre alle funzioni proprie del p.m. nel procedimento ordinario, svolge anche quelle devolute dall’ordinamento processuale vigente al gip; tale sua peculiare competenza, unitamente alla sua composizione, ne fanno un organo specializzato, dotato di specifica competenza funzionale in relazione alla particolare qualificazione giuridica dei reati dei quali deve occuparsi; è, invece, da escludere che il medesimo collegio possa rivestire natura di giudice speciale ovvero di organo della giustizia penale costituzionale e, pertanto, di organo giurisdizionale straordinario*”, così Cass. pen., sez. un., 20 luglio 1994, *Giust. pen.*, 1995, III, 545, n. DELL’ANNO.

con la riforma dell'89, in quanto la finalità politica è attualmente presa in considerazione per negare o concedere l'autorizzazione a procedere rispetto a reati che sono già ritenuti -a prescindere dalla sussistenza, o meno, di tale finalità-ministeriali⁵⁴.

Venuta meno, con la riforma, la tesi politica sulla ministerialità dei reati, non può che essere applicata quella funzionale, che a sua volta, però, può essere intesa sia in senso stretto -come fatto da parte della dottrina⁵⁵, con riferimento anche alla previsione di cui all'art. 61 n. 9 c.p.- che in senso lato. Secondo la Cassazione, in riferimento alla competenza funzionale dell'autore del fatto, il rapporto di strumentale connessione sussisterebbe, appunto in senso lato, tutte le volte in cui l'atto o la condotta siano comunque riferibili alla competenza funzionale del soggetto, senza ridurre l'area dei reati ministeriali ai soli provvedimenti formali assunti dal soggetto qualificato nell'ambito della propria specifica competenza. Conseguentemente, se, da un lato, il nesso di mera occasionalità -o contestualità- con l'esercizio delle funzioni non può essere equiparato ad un rapporto di oggettiva connessione, dall'altro, però, non possono richiedersi ulteriori elementi qualificanti, estranei alla lettera della legge, come l'abuso dei poteri o delle funzioni, o la violazione dei doveri di ufficio⁵⁶ (concezione funzionale in senso stretto).

Ma, preliminarmente, a chi spetta di decidere sulla qualifica di ministeriali (o meno) dei reati? Al proposito, la Consulta -a esito di due ricorsi per conflitto di attribuzione ritenuti ammissibili-, in due sentenze "gemelle" ha spiegato che, in difetto, come nella specie, di esplicite deroghe costituzionali in favore degli altri poteri dello Stato -e, tra questi, della Camera competente ai sensi dell'art. 96 Cost.-, spetta alla magistratura di qualificare un reato ministeriale, con la conseguenza che, in caso contrario, non sorge alcun obbligo di attivazione del Tribunale dei Ministri e, comunque, di comunicazione alla Camera competente *ex art. 96 Cost.*

Alla Camera potenzialmente competente, tuttavia, non può essere sottratta una propria, autonoma valutazione sulla natura ministeriale dei reati oggetto di indagine giudiziaria, strumentale rispetto alla possibilità di sollevare conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte, affinché sia verificato se un erroneo esercizio

⁵⁴ Nello stesso senso, si veda MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali, I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Torino, 2020, 49.

⁵⁵ Cfr. DI RAIMO, *op.loc.cit.*

⁵⁶ Così Cass.pen., Sez.un., 20 luglio 1994, *cit.*

delle proprie attribuzioni da parte del potere giudiziario, l'abbia menomata, impedendole di deliberare sull'autorizzazione a procedere, prevista ogni qual volta il reato sia stato commesso nell'esercizio delle funzioni del Ministro⁵⁷. Sempre la Consulta, poi, nelle medesime sentenze "gemelle", se pur solo a livello di *obiter dictum* -la questione, infatti, non è mai stata espressamente affrontata- apre pure alla possibilità inversa, ovverosia che sia la magistratura a fare ricorso -per conflitto di attribuzioni- avverso il diniego dell'autorizzazione a procedere, se non nel merito, quantomeno -oltre che, chiaramente, per profili procedimentali- nel caso di mancanza o, comunque, incongruità della motivazione.

Chiarito questo -e affrontando solo sinteticamente in nota la pur stimolante, e non priva di conseguenze applicative, questione della natura giuridica della previsione di cui trattasi⁵⁸-, si deve ora tentare di dare un contenuto il più possibile determinato, alla succitata formula di cui al terzo comma dell'art. 9 della l. n. 1/89. Se, cioè - anche perché tale prospettiva venne prese in considerazione, e poi scartata, durante l'*iter* di riforma dell'art. 96 Cost.⁵⁹-, si può pacificamente ritenere che l'autorizzazione a procedere non possa essere negata, secondo la

⁵⁷ Così Corte cost., 12 aprile 2012, n. 88, in *Giur.costit.*, 2012, 1262, con nota di GIUPPONI (nello stesso senso, la sentenza "gemella" n. 87/2012).

⁵⁸ Ad es., per BELLAGAMBA, *Sulla natura giuridica delle immunità*, in *Ind.pen.*, 2001, 1265ss., tutte le immunità funzionali sarebbero cause di esclusione della sanzione penale. La legge (ordinaria) n. 289/89 (recante *Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione*), agli artt. 2 e 4, qualifica l'autorizzazione a procedere quale condizione di procedibilità; ma, a ben vedere, tale qualificazione riguarda, appunto, l'autorizzazione a procedere, che sì, è quasi tautologico, è una condizione di procedibilità, non la natura della disposizione di cui al citato art. 9, co. 3, la cui sussistenza comporta il diniego dell'autorizzazione. Ovviamente, la questione applicativa, non unica, principale che si pone, è quella della punibilità di eventuali concorrenti e, in questo, la l. n. 289/98, sceglie di non scegliere, perché, ex art. 4 co. 2, lascia aperta la doppia possibilità e prevede che *Se il procedimento è relativo ad un reato commesso da più soggetti in concorso tra loro, l'assemblea indica a quale concorrente, anche se non Ministro né parlamentare, non si riferisce il diniego, per l'assenza dei presupposti di cui al comma 3 dell'articolo 9 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1*. Chi scrive, invece, ha già sostenuto in altro lavoro -così come, del resto, la dottrina maggioritaria- che si sia di fronte ad una disposizione *lato sensu* scriminante. In tal senso, si veda PLANTAMURA, *Cassandra Crossing: gestione/diffusione dell'epidemia e stato di necessità governativo*, in AA.VV., *La giustizia ai tempi del coronavirus*, a cura di CATERINI, MULEO, Pisa, 2020, 161ss., e, spec., 169.

⁵⁹ "In tal senso già depone l'*iter* di riforma dell'art. 96, nel corso del quale fu respinta la proposta di introdurre un regime a doppia autorizzazione parlamentare, di cui la prima propedeutica allo svolgimento delle indagini e la cui richiesta avrebbe potuto venir rigettata nei casi di manifesta infondatezza del reato, e, pertanto, riferibile proprio al *fumus persecutionis*", così CIANCIO, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"*, in *Federalismi*, n. 16/19, 6.

ratio dell'originale formulazione dell'art. 68, co. 2, Cost., in base al c.d. *fumus persecutionis* -o, il che poi è lo stesso, in virtù di considerazioni circa l'infondatezza, nel merito, dell'accusa-, quand'è, però, che può ritenersi, al contrario, che un Ministro (o il Presidente del Consiglio) abbia agito “*per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo*”? Al proposito, bisognerebbe innanzitutto chiarire se v'è -e, nel caso, qual è- una differenza tra l'agire per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante e l'agire per il perseguimento di un preminente interesse pubblico. Una risposta soddisfacente a tale quesito è stata offerta da autorevole dottrina, secondo la quale la prima formula si riferirebbe all'azione commessa per una tutela di beni direttamente ed esplicitamente tutelati dalla Costituzione, mentre la seconda allargherebbe anche a beni e interessi solo indirettamente e implicitamente tutelati in tale sede⁶⁰. Non v'è dubbio, però, che il termine “preminente” apre, a livello di *ratio*, alla prospettiva del bilanciamento d'interessi, ovviamente propria delle cause di giustificazione -da cui la preferenza per tale qualificazione già espressa in nota-, che difficilmente può essere negata anche con riferimento alla prima espressione.

In un precedente lavoro, del resto, chi scrive si è interrogato sulla possibilità che il Presidente del Consiglio e i Ministri possano invocare uno speciale stato di necessità governativo, evidentemente più ampio di quello *ex art. 54 c.p.*, nel caso di volontario sacrificio di beni primari, qualora tale sacrificio costituisca, però, il male minore, da un punto di vista quantitativo: nella specie, l'ipotesi di scuola ruotava intorno all'emergenza epidemica; ma si pensi pure alla questione dell'abbattimento di un aereo dirottato dai terroristi, per evitare che lo stesso sia utilizzato come avvenne nei noti attentati americani dell'11 settembre 2001, e al conseguente insegnamento della Corte costituzionale tedesca⁶¹.

⁶⁰ Cfr. ELIA, *Premessa al commento alla l. n. 1/1989*, in *Leg.pen.*, 1989, 469.

⁶¹ “*La logica “alla Cassandra Crossing”, infatti, era alla base della previsione dell’Aviation Security Act tedesco dell’11 gennaio 2005, par. 14, co. 3, che - a seguito degli attentati dell’11 settembre, nonché di un episodio minore, senza vittime, avvenuto nel 2003 in Germania, quando un dirottatore aveva minacciato di schiantarsi sul palazzo della Bce - autorizzava le forze armate, nel rispetto del principio di proporzionalità, a spingersi fino all’abbattimento missilistico degli aerei civili dirottati dai terroristi, per essere utilizzati come armi contro la vita delle persone (...)* Fortunatamente, però, “*c’è un giudice a Berlino*”, e la Corte costituzionale tedesca, con sentenza del 15 febbraio 2006, ha ritenuto incostituzionale la norma in questione perché: «*lo Stato in questi casi tratta le persone come cose, come oggetti delle sue azioni di salvataggio per proteggere altri, tale trattamento ignora le persone colpite come soggetti con dignità e diritti inalienabili*», così PLANTAMURA, *op.loc.cit.*

La conclusione del succitato lavoro era nel senso che, in tali casi, non poteva farsi un raffronto solo quantitativo (tra vite sacrificate e vite salvate), perché entrava in gioco anche il diverso bene della dignità umana, di cui all'art. 2 Cost, per cui non poteva ritenersi integrato né lo stato di necessità governativo, ex art. 54 c.p.⁶² -inteso, evidentemente, in senso scriminante: mentre l'aspetto scusante era per altro verso comunque escluso-, né la previsione di cui all'art. 9, co. 3, l. n. 1/89, perché *“la dolorosa logica del sacrificarne cento per salvarne mille può andare bene per gli ulivi (si pensi, sempre in Puglia, all'epidemia della Xylella), o per le vacche, ma non per gli uomini, proprio perché, agendo in tal senso, si tradisce di aderire ad una concezione, appunto, zoologica dell'essere umano, che tuttavia si pone in contrasto frontale con quella aristotelica, di uomo come animale politico e sociale, che è alla base della nostra civiltà occidentale.”*⁶³.

Secondo chi scrive, quindi, l'art. 2 Cost. e il connesso principio della dignità umana⁶⁴ -anche per un'evidente questione gerarchica, facendo parte di quei principi fondamentali che, secondo l'impostazione qui ritenuta preferibile, non potrebbero neppure essere oggetto di revisione costituzionale- costituisce un limite implicito all'art. 96 Cost. Recente dottrina, per altro -in un interessante e condivisibile volume-, analizza le diverse norme, principalmente internazionali⁶⁵, che, essendo espressive di diritti fondamentali esplicitamente previsti

⁶² Ad analoghe conclusioni, del resto, erano già giunte dottrina e giurisprudenza al tempo del controverso caso del rapimento del comandante Nato Dozier, e delle conseguenti torture inflitte ai brigatisti, che erano nelle mani delle forze dell'ordine, per arrivare alla sua liberazione. Cfr. Trib. Padova, 15 luglio 1983, Amore, in *Foro it.*, 1984, II, 230 ss., con nota di PULITANÒ, *L'inquisizione non soave, fra pretese «necessità» e motivi apprezzabili*.

⁶³ Così PLANTAMURA, *op.loc.cit.*

⁶⁴ Cfr. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo - Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012.

⁶⁵ Nel volume di cui trattasi vi è anche un riferimento alla previsione, che a prima vista potrebbe apparire affatto restrittiva, di cui alla l. n. 142/2007 (pure sui servizi segreti), in base alla quale potrebbe anche sembrare che agli 007 nostrani sarebbe preclusa, in ogni caso, la “licenza di uccidere” -ma anche, a dire il vero, di commettere altri reati molto meno gravi-, perché sarebbero loro concessi spazi di espressa autorizzazione particolarmente angusti. Ovviamente, nell'approfondito volume di cui trattasi, la normativa in questione viene riportata non come avente valore conclusivo, per un'evidente questione di gerarchia delle fonti, ma comunque indicativo. Sinceramente, però, chi scrive ritiene che alla norma in questione -non a caso strutturalmente analoga a quella contenuta nel T.U. sugli stupefacenti- non possa giocare, nella specie, neanche un ruolo indicativo. Si tratta, infatti, di una normativa che riguarda le attività di infiltrazione e, in definitiva, di agente provocatore: insomma, si tratta di autorizzare le attività delittuose commesse dagli agenti segreti in concorso (se pur, evidentemente, con fini eterogenei) con i loro antagonisti (ad es., a seguito di infiltrazione in una cellula terroristica), senza riguardare la questione degli eventuali reati commessi dagli stessi agenti contro i loro antagonisti (ad es., uccisione di spie nemiche operanti

come non violabili, neppure in casi estremi e nonostante possibili immunità interne e/o internazionali, costituirebbero altresì un limite all'irresponsabilità dei Ministri⁶⁶.

Il primo riferimento è allo Statuto di Roma della Corte penale internazionale -la cui competenza, com'è noto, è limitata ai casi più gravi, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale, in riferimento ai crimini di genocidio, contro l'umanità, di guerra e di aggressione-, il cui art. 27, infatti, prevede l'irrelevanza della qualifica ufficiale posseduta dal soggetto a cui deve applicarsi lo Statuto e delle commesse immunità di diritto interno o internazionale (allora, però, forse non desterà troppa meraviglia che Stati come, ad es., Cina, USA, Russia e Israele non abbiano aderito all'accordo, o, comunque, non l'abbiano poi ratificato)⁶⁷.

Il secondo riferimento -si ritiene più rilevante: visto che, sinceramente, appare improbabile che un Ministro italiano si macchi di un crimine tanto grave da essere di competenza della Corte penale internazionale- è alla Convenzione EDU e, in particolare, all'art. 15⁶⁸, secondo il quale, in caso di guerra o, comunque, di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, gli Stati possono derogare agli obblighi previsti dalla Convenzione, ma non al diritto alla vita (art. 2) e ai divieti di tortura (art. 3) e riduzione in schiavitù (art. 4,1), oltre che al principio di legalità (art. 7), che tuttavia in questa sede meno rileva⁶⁹.

sul territorio dello Stato, nel corso di un'azione di controspionaggio, anche al di fuori dei limiti di cui all'art. 52 c.p.) che rimane -com'è, forse, inevitabile- oscura e priva di una disciplina espressa.

⁶⁶ Cfr. MASERA, *op.cit.*, 91ss.

⁶⁷ Cfr. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato nello statuto della corte penale internazionale*, in *Ind.pen.*, 2006, 799ss.

⁶⁸ Deroga in caso di stato d'urgenza - 1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. 3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.

⁶⁹ Cfr. VENDITTI, *Le clausole derogatorie dei diritti umani: l'art. 15 Cedu alla luce dell'invocazione dello stato di emergenza in Francia e in Turchia*, *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2017, 483ss.

Risulta evidente, quindi, che il diniego di un'autorizzazione a procedere per reati ministeriali contro la vita, di riduzione in schiavitù o che, comunque, costituiscono tortura o trattamenti inumani o degradanti, comporterebbe -in ogni caso, visto che la deroga non è possibile neppure nell'ipotesi di un pericolo che minacci la vita stessa della nazione- una responsabilità italiana per violazione della CEDU. Il chiaro Autore ne conclude che, con riferimento alle summenzionate tipologie di reati (o a reati astrattamente esclusi dal novero, ma che, per le loro circostanze specifiche di realizzazione nel caso concreto, abbiano comportato un trattamento inumano o degradante⁷⁰), non possa trovare applicazione la disposizione di cui al citato art. 9, co. 3⁷¹.

La tesi appare pienamente condivisibile e, del resto:

da un lato, l'idea che i diritti fondamentali, specie con riferimento alla CEDU e al ruolo che avrebbe giocato la giurisprudenza della relativa Corte, potessero rappresentare un auspicabile limite alla ragion di Stato (in tema, ad es., di terrorismo o di immigrazione: ma non v'è ragione per non estendere il discorso alle immunità che tale *ratio* hanno alla base), nel senso di renderla appunto più umana e "ragionevole", era già stata autorevolmente sostenuta in dottrina⁷²;

⁷⁰ "Ancora il caso *Diciotti* può essere utile per precisare meglio la tesi qui avanzata. Il reato contestato al ministro era il sequestro di persona, il cui bene giuridico è la libertà personale, oggetto di tutela in sede convenzionale da parte dell'art. 5 CEDU, ma che non rientra tra i diritti rispetto alle cui violazioni la Corte EDU ha affermato un obbligo di tutela penale; tale obbligo, tuttavia, risulta sussistente, qualora la privazione di libertà sia stata eseguita con modalità tali da configurare un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU. Seguendo allora il nostro ragionamento, anche se le condizioni del trattamento (spazi a disposizione dei migranti sulla nave, condizioni igieniche, disponibilità di vitto e situazioni alloggiative adeguate) non erano direttamente rilevanti ai fini della valutazione circa la sussistenza del reato contestato, e non sono state per questa ragione oggetto di particolare approfondimento nella richiesta di autorizzazione, esse risultavano al contrario decisive per valutare il rispetto dello standard convenzionale, e avrebbero dovuto per questo essere oggetto di specifica contestazione nella richiesta di autorizzazione, così da permettere di valutare se l'episodio rimproverato al ministro ricadesse o meno all'interno dell'obbligo positivo di tutela penale stabilito dalla Corte EDU.", così MASERA, *op.cit.*, 176.

⁷¹ La tesi esposta nel volume di Masera risulta invero più articolata, ponendo una distinzione tra la rilevanza più cogente dell'art. 11 Cost., e quella meno dell'art. 117 Cost., e, comunque, tra le diverse conseguenze in caso di negazione dell'autorizzazione a procedere per un reato di competenza della Corte penale internazionale -che procederebbe ugualmente - o per un reato di tortura, riduzione in schiavitù, etc., in violazione della CEDU, che però non potrebbe comportare una "condanna a procedere" -ma solo al risarcimento del danno-, da parte della Corte EDU, nei confronti dell'Italia: tal ultima violazione, però -per ottenere il risultato della procedibilità-, potrebbe essere fatta valere dinanzi alla Corte costituzionale, mediante lo strumento del conflitto di attribuzioni. Cfr. MASERA, *op.cit.*, 188.

⁷² Cfr. DELMAS-MARTY (a cura di), *Raisonnement la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme*, Parigi, 1989.

dall'altro, si tratterebbe di fatti che comunque, ancor prima che con gli accordi internazionali, si porrebbero in contrasto insanabile con l'art. 2 Cost., rientrando tra i principi fondamentali, e, dunque, gerarchicamente superiore al 96 Cost.⁷³

Fatte queste doverose precisazioni, rimane ugualmente difficile riempire di contenuto positivo la formula (lo si ribadisce, *lato sensu* scriminante) di cui trattasi. Ammesso, cioè, che il reato sia ministeriale e non violi l'art. 2 Cost. (e, quindi, pure gli analoghi obblighi internazionali), quand'è che l'interesse pubblico perseguito dal soggetto agente (ché, qualora si tratti di interesse privato, come nelle ipotesi di corruzione *etc.*, per definizione la disposizione non dovrebbe trovare applicazione) deve ritenersi preminente rispetto al bene sacrificato (e tutelato dalla norma incriminatrice violata)?

Una formula tanto semplice quanto efficace –posta da Sabino Cassese sulla stampa nazionale– può essere quella della ragion di Stato (che scrimina) contrapposta alla ragion di Governo (che non scrimina); mentre, per distinguere tra le due, non si vede altro modo che far ricorso ad una discriminazione tra ragioni di parte –di una maggioranza, e quindi, in definitiva, di una parte politica– da un lato, e ragioni di tutti, *super partes*, dall'altro⁷⁴. Ma è chiaro che si tratta di un'indicazione che, per quanto chiara in astratto, non può che essere applicata in concreto a esito di un giudizio politico, in cui la cifra discrezionale rimane notevole.

La realtà, del resto, non consente di farsi soverchie illusioni sull'applicazione pratica dell'istituto in sede assembleare. Come le recenti questioni relative al Ministro Salvini hanno dimostrato, infatti –per altro, questioni affatto interessanti, anche perché senza dubbio trattavasi di reati ministeriali commessi per un interesse pubblico, e non per malaffare–, l'elemento dirimente in sede di votazione assembleare non appare quello della ragion di Stato *vs* ragion di Governo, ma risulta, affatto più prosaicamente, il calcolo politico.

⁷³ Cfr. PALADIN, *I «principi fondamentali» della costituzione repubblicana: una prospettiva storica*, in *Giur.cost.*, 1997, 3029ss.

⁷⁴ “La contrapposizione fra ragion di stato e ragion di governo suona bene: sembra distinguere fra interesse politico obiettivamente apprezzabile (interesse dello Stato costituzionalmente rilevante, o preminente interesse pubblico), e motivo scelto da una contingente linea politica del Governo. È una distinzione coerente con il senso che dovrebbe avere una valutazione politica tale da paralizzare il corso normale della giustizia penale in relazione a una notizia di reato; possiamo assumerla a chiave di lettura delle diverse valutazioni espresse nei casi in discussione.”, così PULITANO, *La responsabilità penale dei ministri tra giustizia e politica*, in *Dir.pen.proc.*, 729ss.

Si auspica, infatti, che nessuno vorrà essere tanto ingenuo da ritenere e sostenere che i diversi, opposti esiti delle richieste di autorizzazione a procedere relative ai pur analoghi casi Diciotti, da un lato, e Gregoretti e Open Arms⁷⁵, dall'altro, dipendano da differenze in fatto (che pure posso sussistere tra i diversi casi in oggetto: ad es., applicando la tesi di Masera, si potrebbe ipotizzare che per un sequestro di persona in condizioni "normali", sulla più grande e attrezzata nave Diciotti, l'art. 9, co. 3 della l. n. 1/89 sia astrattamente applicabile; mentre, per una privazione della libertà personale in condizioni inumane e degradanti, magari "stile Guantànamo"⁷⁶, o comunque sulla più piccola e inadeguata Gregoretti, no), e non dalla circostanza che la prima autorizzazione è stata negata quando Salvini era ancora Ministro (e, per giunta, *leader* dei uno dei due fondamentali partiti su cui si basava l'allora maggioranza parlamentare, e, in definitiva, l'allora Governo), mentre le altre sono state concesse quando Salvini non era più Ministro, si era formata una nuova maggioranza parlamentare e un nuovo Governo, e il suo partito era passato all'opposizione.

5. *Uno sguardo comparatistico: Francia, Spagna e Germania.* La costituzione francese dedica un apposito titolo, il decimo, alla responsabilità penale dei membri del Governo. In particolare, secondo le previsioni ivi contenute (artt. 68-1, 68-2 e 68-3), i membri in questione sono penalmente responsabili degli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni qualificati come crimini o delitti al momento in cui sono stati commessi. Essi sono giudicati, però, da un giudice speciale, *lato sensu* politico, ovvero sia dalla Corte di giustizia della Repubblica. Tale Corte, infatti, è sì vincolata dalla definizione dei reati nonché dalla determinazione delle sanzioni risultanti dalla legge, ma la sua composizione ne decreta una non indifferente cifra politica, in quanto è formata in netta maggioranza, e cioè per i suoi quattro quinti, da parlamentari, e solo per il rimanente quintoda magistrati.

In particolare, i dodici parlamentari componenti la Corte sono eletti, tra loro e in egual numero, rispettivamente dall'Assemblea nazionale e dal Se-

⁷⁵ È chiaro che per una corretta valutazione del merito dei succitati casi, nel quale non si entra, è necessario anche un approfondimento dello statuto giuridico del migrante, per cui, da ultimo, si veda SPATARO, *Fenomeno migratorio e categorie della statualità, Lo statuto giuridico del migrante*, Torino, 2020.

⁷⁶ Cfr. DE FRANCISCIS, *In margine alle sentenze sul caso dei detenuti di Guantànamo: la ragion di stato e le garanzie processuali negli Stati Uniti d'America*, in *Rass.parl.*, 2005, 427ss.

nato dopo ogni rinnovo generale o parziale di tali assemblee, mentre i tre magistrati sono eletti dalla Corte di Cassazione: a uno dei magistrati è affidata la presidenza della Corte di giustizia della Repubblica. Chiunque denunci di essere stato offeso da un reato o da un delitto commesso da un membro del Governo nell'esercizio delle sue funzioni può proporre reclamo a un'apposita commissione per i reclami che ordina o l'archiviazione del procedimento o la sua trasmissione presso la Corte di Cassazione, ai fini del deferimento alla Corte di Giustizia della Repubblica. Il procuratore generale della Corte di Cassazione può altresì deferire d'ufficio alla Corte di giustizia della Repubblica, previo parere conforme della succitata commissione per le richieste⁷⁷.

Il Presidente della Repubblica (si ricorda che la Francia è una repubblica c.d. semi-presidenziale), invece -artt. 67 e 68-, non è responsabile degli atti compiuti in tale qualità, tranne che per i casi di competenza della Corte penale internazionale e per l'ipotesi di destituzione⁷⁸. Durante il suo mandato, inoltre, non può essere oggetto di qualsivoglia azione civile, penale o amministrativa - quindi pure in relazione ad atti *extra-funzionali*-, e non può neanche essere chiamato a testimoniare. In tale periodo, tuttavia, la prescrizione è sospesa, mentre le azioni nei suoi confronti possono riprendere dopo un mese dalla scadenza del suo mandato.

Per quanto riguarda, poi, l'ipotesi di destituzione, possibile solo nel caso di "*manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat*", è chiamata a decidere l'Alta Corte che, a sua volta (*ex art. 5 della l. 24 novembre 2014, n. 1392*) è composta da ventidue membri nominati, tra loro e in egual numero, dall'Assemblea Nazionale e dal Senato, impegnandosi a riprodurre la configurazione politica di ciascuna assemblea.

Da un punto di vista procedurale, si deve riferire che la proposta di riunione dell'Alta Corte, adottata da una delle due assemblee del Parlamento, viene immediatamente trasmessa all'altra, che decide entro quindici giorni. L'Alta Corte

⁷⁷ Ad esempio, la Corte ha ritenuto che Christine Lagarde, quando era Ministro dell'Economia francese, per grave negligenza ha consentito l'appropriazione da parte di terzi di 45 milioni di euro di denaro pubblico: il che, in Francia, integra il delitto di cui all'art. 432-16 c.p. La stessa Corte, tuttavia, dopo aver dichiarato colpevole l'imputata, ha deciso, per una serie di ragioni -tra cui la reputazione internazionale dell'imputata stessa che, all'epoca, dirigeva il FMI (e ora, com'è noto, presiede la BCE)-, di mandarla esente da pena, ai sensi dell'art. 132-59 c.p., con pure il beneficio della non menzione nel casellario giudiziario. Cfr. *Cour de justice de la République, arrêt du 19 décembre 2016*, in *courdecassation.fr*.

⁷⁸ Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le statut pénal du président de la République: la fonction doit-elle protéger l'homme?*, in *Mouvements*, n. 3 del 2004, 24ss.

è presieduta dal Presidente dell'Assemblea Nazionale e, a sua volta, decide entro un mese, a scrutinio segreto, sulla destituzione: la sua decisione ha effetto immediato. È necessaria la maggioranza qualificata dei due terzi, però, sia per le votazioni inerenti la proposta di riunione dell'Alta Corte che per quelle relative alla destituzione, e, per il raggiungimento di tale *quorum*, vengono conteggiati solo i voti favorevoli alle proposte, rispettivamente, di riunione della Corte o di destituzione.

Per quanto riguarda i parlamentari, infine -*ex art. 26-*, dopo la modifica costituzionale del 4 agosto 1995, abbiamo la presenza di una garanzia non autorizzatoria, ma che comunque si concreta in un potere di interdizione⁷⁹. Innanzitutto, i parlamentari non possono essere perseguiti, indagati, arrestati, detenuti o processati per le opinioni espresse o i voti dati nell'esercizio delle proprie funzioni. Inoltre, nessun membro del Parlamento può essere arrestato o comunque sottoposto a una qualsiasi altra privazione o restrizione della libertà personale, senza l'autorizzazione dell'Ufficio di presidenza dell'Assemblea di cui è membro (questa autorizzazione non è richiesta solo in caso flagranza o condanna definitiva).

Per quanto qui più direttamente interessa, però, bisogna segnalare che, se l'Assemblea alla quale il parlamentare appartiene lo richiede, quest'ultimo non può essere perseguito: non è la magistratura, cioè -così com'era nella precedente versione del succitato art. 26-, che deve richiedere l'autorizzazione a procedere, ma è l'Assemblea parlamentare competente che può riunirsi per interdire l'azione della magistratura, ma solo per la durata della sessione.

Prima della riforma, invece, nel silenzio dell'art. 26, la giurisprudenza aveva ritenuto che il diniego della richiesta autorizzazione a procedere avesse effetto per l'intera durata del mandato: la differenza è notevole visto che, nella più ampia delle ipotesi (con la riforma del 1995, infatti, le precedenti due sessioni sono state sostituite da una sessione unica da nove mesi), una sospensione concessa a ottobre è valida solo fino all'ultimo giorno di giugno, mentre il procedimento penale astrattamente può riprendere il primo di luglio (e poi, si ritiene, nuovamente sospeso, ma a seguito di una nuova deliberazione in tal senso).

Nonostante questa rilevante limitazione, parte della dottrina francese ritiene che, diversamente dall'irresponsabilità per le opinioni espresse e per i voti dati,

⁷⁹ Cfr. FRAISSEIX, *Les parlementaires et la justice: la procédure de suspension de la détention, des mesures privatives ou restrictives de liberté, et de la poursuite*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1999, n. 39, 498ss.

l'inviolabilità non abbia proprio più ragione di esistere, e che quindi dovrebbe essere completamente eliminata, perfino con riferimento ai più delicati aspetti cautelari. L'inviolabilità, infatti, riferendosi ad atti *extra*-funzionali avrebbe una base teorica fragile, e non potrebbe trovare, come invece l'irresponsabilità, il suo fondamento nel principio di separazione dei poteri: sarebbe frutto, in definitiva, di una confusione tra persone e funzione⁸⁰.

Com'è noto, invece, la Spagna è una monarchia costituzionale, in cui il Re – ex art. 56, co. 3, Cost. – è considerato inviolabile e non soggetto a responsabilità. Inoltre, l'art. 71 della Costituzione prevede che pure i Deputati e i Senatori godono dell'irresponsabilità, ma limitatamente ai pareri espressi nell'esercizio delle loro funzioni. Durante il periodo del loro mandato, inoltre, i parlamentari godono dell'immunità e possono essere trattenuti solo in caso di flagrante delitto. Soprattutto, poi, in base a tale immunità, non possono essere incriminati o perseguiti senza la previa autorizzazione della rispettiva Camera e, in caso di concessione dell'autorizzazione, sarà competente la Camera Penale del *Tribunal Supremo* (corrispondente alla Corte di cassazione)⁸¹.

Al proposito, inizialmente si riteneva che, considerando che la Costituzione non indicava nessun limite o requisito, l'adozione di tali decisioni, di diniego dell'autorizzazione a procedere, risultava un puro atto di volontà politica, contenente un giudizio, non sulla colpevolezza, ma sull'opportunità di procedere contro un parlamentare. Conseguentemente, la possibilità di riesaminare le decisioni della Camera da parte della magistratura avrebbe implicato una contraddizione dello stesso istituto costituzionale dell'immunità.

Successivamente, però, il *Tribunal Constitucional* ha affermato che qualsiasi atto del Parlamento avente rilevanza giuridica esterna, cioè che riguardi situazioni che eccedono l'ambito strettamente proprio del funzionamento interno delle Camere, è soggetto, non solo alle regole di procedura che la Costituzione stabilisce, ma anche all'insieme delle norme sostanziali contenute nella stessa Costituzione. Non si può accettare, pertanto, che l'atto parlamentare con cui si nega l'autorizzazione esuli dal quadro di tali norme, poiché questo sarebbe

⁸⁰ Cfr.: GUÉRIN-BARGUES, *Immunités et statut des députés: vers une suppression de l'inviolabilité?*, in *blog.juspoliticum.com*, 22 novembre 2017; nonché ID., *Immunités parlementaires et régime représentatif. L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, Etats-Unis)*, Parigi, 2011.

⁸¹ Cfr. CATALÀ I BAS, *El futuro incierto de las prerrogativas parlamentarias*, Valencia, 2006.

equivalente all'accettazione dell'arbitrio, mentre è necessario che l'atto in questione motivi le ragioni del diniego⁸².

Lo stesso *Tribunal Constitucional*, per altro -con una sentenza particolarmente controversa⁸³, come dimostrato dalla presenza di più d'una *dissenting opinion*-, si è poi attribuito anche il diritto entrare nel merito della motivazione, per cui l'annullamento dell'atto parlamentare di diniego dell'autorizzazione a procedere è possibile, non solo, nel metodo, nel caso di mancanza di motivazione, ma anche, nel merito, in quello di insufficienza della stessa: ovviamente, però, una tale impostazione sembrerebbe indirizzata verso un ridimensionamento delle garanzie parlamentari⁸⁴.

Sempre dinanzi alla Camera Penale del *Tribunal Supremo*, ex art. 102 Cost., sono chiamati a rispondere, nel caso, i membri del Governo. Mentre l'autorizzazione a procedere è necessaria solo se l'accusa riguarda il tradimento o qualsiasi attentato alla sicurezza dello Stato, ovviamente nell'esercizio delle funzioni. In questi casi, l'accusa può essere mossa solo su iniziativa di un quarto dei membri del Congresso, e con l'approvazione della maggioranza assoluta dei membri del Congresso stesso.

In Germania, infine, l'art. 46 della legge fondamentale (*GG*) prevede, al suo primo comma, che i parlamentari non possono essere perseguiti a causa dei voti dati o delle opinioni espresse, ma tale disposizione non si applica agli insulti diffamatori: il che, francamente, la rende quasi inutile. In virtù del secondo comma, un membro del *Bundestag* non può essere ritenuto responsabile o arrestato per un atto minacciato di punizione, a meno che non venga arrestato al momento della commissione dell'atto o durante il giorno successivo. Il terzo comma, poi, stabilisce che l'approvazione del *Bundestag* è richiesta anche per qualsiasi altra limitazione della libertà personale di un membro o per avviare un procedimento contro un membro ai sensi dell'articolo 18 (lotta contro il libero ordine democratico).

Secondo il quarto comma, infine, tutti i procedimenti penali (e tutti i procedimenti ai sensi dell'articolo 18) contro un membro del parlamento, ogni deten-

⁸² Cfr. *Tribunal Constitucional*, 22 luglio 1985, n. 90, in *hjt.tribunalconstitucional.es*.

⁸³ Cfr. *Tribunal Constitucional*, 27 novembre 1992, n. 206, in *hjt.tribunalconstitucional.es*.

⁸⁴ Per un mantenimento delle garanzie parlamentari di cui all'art. 71 Cost., invece -nonostante la riforma italiana del 1993, che pur viene citata in senso contrario-, si è recentemente espresso MURILLO DE LA CUEVA, *Las garantías parlamentarias en la experiencia constitucional española*, in *Revista de las Cortes Generales*, 2020, 131ss.

zione e tutte le altre restrizioni alla sua libertà personale sono sospesi su richiesta del *Bundestag*; anche in questo caso vi è quindi una logica inversa, nel senso che non è la magistratura a dover chiedere l'autorizzazione a procedere, ma è il Parlamento a doversi attivare, se ritiene, per ordinare la sospensione del procedimento penale.

Il Presidente Federale, poi -che è il Capo di Stato tedesco-, ai sensi dell'art. 61 *GG* gode delle prerogative previste per i parlamentari dai commi secondo e quarto del citato art. 46. Il Cancelliere e i Ministri, invece, non hanno nessuna previsione che li riguardi in tema di immunità ma, trattandosi di una repubblica parlamentare, non vi è incompatibilità tra cariche di governo e parlamentari e, di fatto, il più delle volte queste si sommano nei medesimi individui.

In un interessante caso⁸⁵, la Corte costituzionale tedesca è stata adita da un parlamentare che era stato accusato di frode fiscale e lamentava che, in violazione dei commi (o, se si preferisce, paragrafi) 2 e 4 dell'art. 46 *GG*, il *Bundestag*, da un lato, avesse concesso l'autorizzazione per perquisizioni e sequestri nei suoi confronti e, dall'altro, non si fosse attivato -nonostante la sua istanza in tal senso- per evitargli lo stesso procedimento penale.

La Corte, pur non accogliendo nel merito il ricorso, lo ha ritenuto ricevibile, e, soprattutto, ha accettato la prospettiva del ricorrente, per cui l'art. 46 dev'essere letto in combinato disposto con l'art. 18, co. 1, seconda frase *GG* (di cui pure, infatti, il ricorrente lamentava la violazione), in applicazione del quale i membri del *Bundestag* sono rappresentanti di tutto il popolo, non vincolati da ordini e istruzioni e soggetti solo alla loro coscienza. La Corte ha stabilito, quindi, che, in capo al *Bundestag*, resta fermo il diritto e, se del caso, il dovere di chiedere la sospensione del procedimento penale, ai sensi dell'articolo 46, comma 4, *GG*, se, nel corso del procedimento, si accumulano gli indizi di una motivazione politica dell'azione penale.

6. *Rilievi conclusivi e prospettive di riforma, nell'ottica di un riequilibrio dei poteri dello Stato italiano.* Come anticipato, in questa sede non si considera di formulare prospettive di riforma in relazione all'immunità del Presidente della Repubblica italiana, perché il presente studio è dedicato alle immunità della

⁸⁵ Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 17 dicembre 2001, 2 BvE 2/00, in *bundesverfassungsgericht.de*. Per un commento a tale sentenza, nella dottrina tedesca si veda WIEFELSPÜTZ, *Das Immunitätsrecht der Abgeordneten des Bundestages nach dem Pofalla-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2003, n.4, 754ss.

politica, e si ritiene che il nostro Presidente, una volta eletto, debba definitivamente uscire dall'agone politico: in tal senso, piuttosto, appare ormai necessario recuperare la formulazione, che pure a tratti emerse durante i lavori dell'Assemblea costituente, secondo la quale il Presidente della Repubblica è eletto per sette anni... *e non è rieleggibile*.

Per altro, la stessa questione delle immunità della politica –e, quindi, dei rappresentanti dei poteri legislativo ed esecutivo– non può essere risolta avendo riguardo solo alle previsioni relative agli stessi politici, ma deve considerare anche le prerogative della magistratura in quel medesimo ordinamento, perché, quando si tratta di immunità della politica, il punto non è solo, o tanto, quello della separazione dei poteri, ma del loro equilibrio.

Allora, però, partendo dall'impianto originario della nostra Costituzione repubblicana, si deve riferire che, *ex art. 104*, la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere. La magistratura è un ordine, quindi –autonomo e indipendente–, e non un potere: “*il concetto di potere infatti è sinonimo di imperium, ovvero sia che deriva dalla volontà popolare e ciò spiega la ragione per cui in questa prospettiva gli unici legittimati ad esercitare un “potere” sono il Legislativo e l'Esecutivo*”⁸⁶.

Non v'è dubbio, tuttavia, che il terremoto giudiziario, politico e sociale di Tangentopoli ha profondamente inciso sulla percezione della magistratura da parte della popolazione e, soprattutto, sulla stessa auto-percezione dei magistrati. Al proposito, risultano affatto interessanti le dichiarazioni rilasciate, in un libro-intervista, da Luca Palamara che, com'è noto, è stato il più giovane presidente dell'Associazione nazionale magistrati dal 2008 al 2012, ed è stato membro togato del Consiglio superiore della magistratura dal 2014 al 2018; nell'ottobre del 2020, tuttavia, è stato radiato dall'ordine giudiziario, a seguito di un'indagine sul suo ruolo di mediatore all'interno del sistema delle correnti della magistratura.

Secondo Palamara, <<*L'azione eroica e spregiudicata di Di Pietro entusiasma la mia generazione di aspiranti magistrati, ci carica di forti idealità, oltre a cambiare per sempre le gerarchie, il ruolo e l'immagine della magistratura. Siamo animati dal sacro fuoco di affermare che la legge è uguale per tutti, ma allo*

⁸⁶ Così, testualmente, MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 33. Nello stesso senso, LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 880ss.

stesso tempo percepisco che da quel momento in poi i magistrati non saranno più grigi e anonimi burocrati, quanto piuttosto star evocate e invocate dal popolo, famosi come un attore o un calciatore, potenti come e più di un politico. È un treno da non perdere... Infatti quelli della mia generazione ci salgono in corsa, siamo giovani e ambiziosi, ci sentiamo investiti di una missione salvifica. Chi immaginava di fare il giudice si converte alla carriera dell'inquirente, il pm senza macchia che caccia i cattivi, che è ricercato dai giornalisti, che prima o poi finirà sui giornali e in tv»⁸⁷.

Com'è noto, nel corso di tale tempesta giudiziaria, politica e sociale, un Parlamento ormai delegittimato non trovò soluzione migliore che riformare l'art. 68 Cost., eliminando l'istituto dell'autorizzazione a procedere. Al proposito, lo stesso Palamara riferisce di non comprendere come mai il Parlamento -su spinta della sinistra risparmiata dalle inchieste- possa aver approvato tale modifica, che qualifica senza mezzi termini come suicida, così aprendo di fatto allo sconfinamento della magistratura nella politica.

Eppure, <<per denunciare il contrasto di questo genere di misure con il principio di uguaglianza -cui si riportano la maggior parte dei critici- non basta constatare che esse sono destinate a proteggere determinati soggetti da accuse la cui generalità dei cittadini sono invece esposti. Come è noto, infatti, perché si abbia una reale violazione del principio di uguaglianza non è sufficiente la realizzazione di una disparità di trattamento da parte di una disposizione o di un complesso di disposizioni, ma occorre anche dimostrare che tale disparità di trattamento non è giustificata da un'obiettiva differenza di situazioni di fatto»⁸⁸.

Inoltre, non si può dimenticare che in Stati come la Francia, la Spagna e la Germania (scelti non a caso da chi scrive per la comparazione, ma perché, oltre all'Italia, costituiscono i tre maggiori Paesi -proprio a livello quantitativo di popolazione- dell'Unione Europea) l'istituto *lato sensu* dell'autorizzazione a procedere a favore dei parlamentari è ancora presente, e questo nonostante siano tutti Stati in cui -e la circostanza, si badi, non è di poco momento- i rappresentanti della Pubblica Accusa sono in qualche modo dipendenti dalla politica, dal Governo e, in particolare, dal Ministro di Giustizia. Quest'ultima circostanza, beninteso, è vera più per la Germania e la Francia, che non per la Spagna, in cui, però, è comunque previsto che il Procuratore Generale dello Stato sarà

⁸⁷ Così SALLUSTI, PALAMARA, *Il sistema*, Milano, 2021, 33.

⁸⁸ Così PIZZORUSSO, *Dissonanze e incomprensioni tra la concezione penalistica e la concezione costituzionalistica delle immunità parlamentari*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, 566ss, e, spec., 587s

nominato (dal Re) su proposta del Governo (sentito il Consiglio Generale della Magistratura), e ciò assume particolare rilevanza essendo la Procura spagnola costituzionalmente caratterizzata dal principio di dipendenza gerarchica.

È mai possibile, invece, che proprio in uno Stato come l'Italia, in cui una dipendenza dei magistrati della Pubblica Accusa dal Ministro di Giustizia (fortunatamente) non esiste, né vige il principio gerarchico, non debba essere previsto, come doveroso contrappeso, l'istituto di cui trattasi a favore dei parlamentari? Questa mancanza non rappresenta una fonte di squilibrio, tra politica e magistratura, tanto evidente che, più che domandarsi se sia necessario reintrodurre l'istituto in questione, è forse più opportuno chiedersi solo in che forma reintrodurlo⁸⁹?

Allora, però, una possibile modalità di reintrodurre il contrappeso qui ritenuto necessario, cercando di limitare il rischio che, come senza dubbio è avvenuto in passato, lo stesso si tramuti in uno schermo fisso, e perciò odioso, a vantaggio della classe politica, proviene proprio dalla comparazione, ed è costituito dal ribaltamento della prospettiva: caratteristico, per altro, solo dei sistemi tedesco e francese, in cui la dipendenza della Pubblica Accusa dall'esecutivo è più significativa, mentre in quello spagnolo -in cui, come riferito, tale rapporto risulta affatto più sfumato- l'autorizzazione rimane previa.

Si potrebbe nuovamente modificare l'art. 68 Cost., cioè, non prevedendo più l'obbligo della magistratura -così come da formulazione originaria dell'articolo in questione- di richiedere l'autorizzazione alla Camera di appartenenza per procedere contro un parlamentare, ma la possibilità per tale Camera, su sollecitazione del diretto interessato, di deliberare la sospensione del procedimento/processo penale fino al termine della legislatura: ovviamente, con sospensione contestuale della prescrizione, e con possibilità di deliberare una seconda, ultima sospensione, in caso di rielezione.

⁸⁹ “A prescindere dall'opinione che si può avere sull'opportunità dell'abolizione dell'autorizzazione a procedere nel 1993, non ritengo infatti che di questa problematica ci si possa oggi sbarazzare sostenendo che nello stato costituzionale contemporaneo la magistratura è un potere indipendente e che le immunità parlamentari nacquero proprio per la mancanza di separatezza dei giudici dal potere esecutivo (opinione in passato espressa da insigni giuristi come Kelsen e Mortati, sia pure motivata dall'abuso dell'immunità ad opera dei parlamenti). Non si può infatti confondere l'indipendenza organica, riconosciuta nella nostra costituzione (art. 104 “La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere”; art. 101 “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”) con l'imparzialità soggettiva nell'esercizio della funzione. L'indipendenza non esclude in assoluto un esercizio del potere orientato da motivazioni politiche o da intenti persecutori. E i tempi di reazione ad eventuali deviazioni interne all'ordine giudiziario possono non collimare con quelli della politica.”, così LIPPOLIS, *op.cit.*, 3.

Questa inversione di prospettiva, infatti:

da un lato, consentirebbe lo svolgimento delle indagini e, nel caso in cui non siano necessari precedenti avvisi (e, soprattutto, non avvengano le esecrabili fughe di notizie, con tanto di pubblicazione di intercettazioni sui giornali⁹⁰), perfino le conclusioni delle stesse (il soggetto indagato, infatti, ben potrebbe venire a conoscenza di esserlo solo in sede di avviso *ex art. 415bis c.p.p.*), senza che il potere di interdizione parlamentare abbia avuto modo di essere esercitato; e, soprattutto, dall'altro, trasmetterebbe immediatamente il senso che tale possibilità di interdizione e sospensione del procedimento/processo dovrebbe rappresentare l'eccezione -da riservare ai casi di *fumus persecutionis* o, comunque, di utilizzo politico della contestazione penale-, e non la regola.

Per quanto riguarda, invece, le immunità dell'esecutivo, bisognerebbe rivedere il ruolo del c.d. Tribunale dei Ministri, perché si tratta, in definitiva, di un Giudice Istruttore collegiale, e sarebbe quindi più sensato ripensare l'apposita procedura avendo riguardo all'attuale codice di procedura penale, e non al precedente. Ma il punto principale è un altro. Come la citata vicenda Salvini ha dimostrato, infatti, l'applicazione concreta della circostanza *lato sensu* esimente di cui all'art. 9, co. 3, l. n. 1/89 è molto legata al calcolo politico contingente, e questo vale evidentemente anche per ogni altra immunità su cui decida il Parlamento, e, in particolare, varrebbe pure in caso della qui auspicata nuova riforma dell'art. 68 Cost.

Ciò può condurre a due ipotesi controverse diametralmente opposte, overosia quella di favore per il politico, componente o anche *leader* di maggioranza, in cui la magistratura si senta menomata nelle sue prerogative per via del "peso politico" del soggetto interessato, e quella di sfavore per il politico, principalmente di minoranza, in cui quest'ultimo ritenga di non essere stato difeso dal Parlamento, magari proprio perché particolarmente scomodo oppositore.

Per la prima ipotesi, la soluzione già esiste. Nel caso di provvedimenti favorevoli ai politici in violazione dei principi costituzionali fondamentali (si pensi, ad es., a un reato commesso da un Ministro per ragioni di Stato, ma in spregio alla dignità dell'uomo), carenti di motivazione o, perfino, caratterizzati da motivazioni manifestamente illogiche o contraddittorie, vi è il rimedio del conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte costituzionale. E per il caso opposto?

⁹⁰ Cfr. FAVINO, *Pubblicazione di intercettazioni giudiziarie e violazione della dignità delle persone*, in *Arch.nov.proc.pen.*, 2011, 129ss.

Si è illustrato come in Francia i membri del Governo rispondano davanti a un'apposita Corte di giustizia della Repubblica, in netta prevalenza composta da parlamentari, e in Spagna rispondano direttamente dinanzi al *Tribunal Supremo*. Del resto, anche nella previsione originaria della Costituzione italiana i membri del Governo rispondevano dinanzi alla Corte costituzionale. Non si ritiene che alcuna di queste soluzioni, però -creare una Corte *ad hoc* di composizione prevalentemente parlamentare o utilizzare la Corte costituzionale o quella di Cassazione- potrebbe in alcun modo soddisfare le esigenze del politico che, a torto -ma, eventualmente, pure a ragione- si senta perseguitato dalla magistratura e/o invisato alla momentanea maggioranza parlamentare.

Il politico, in questi casi, chiama come proprio difensore il popolo, "gli italiani", che pretende sempre essere dalla sua parte. Allora, però, un punto di equilibrio tra politica e magistratura nella seconda ipotesi considerata -in cui, per altro, diversamente che nella prima, è già astrattamente preclusa la diversa strada del conflitto di attribuzioni- potrebbe essere quella di dare al politico "perseguitato" esattamente quello che vuole, cioè un giudizio *lato sensu* popolare, semplicemente prevedendo che, in deroga alle normali regole sulla competenza per materia, per i processi frutto di concessione di autorizzazione *ex art. 96 Cost.* o di mancata richiesta di sospensione ai sensi del qui immaginato, riformato *art. 68 Cost.*, la competenza sia sempre e comunque della Corte d'Assise, che risulta composta, com'è noto, per tre quarti da giudici popolari⁹¹.

Ovviamente, l'altra spinosa e, soprattutto, direttamente connessa questione, nell'ottica della ricerca di un equilibrio tra i poteri dello Stato -che tuttavia meriterebbe una trattazione autonoma, e non può essere affrontata compiutamente in questa sede- è quella, in qualche modo opposta a quella fin qui approfondita, dell'invasione di campo della politica nella magistratura: appunto com'è emerso nel c.d. scandalo Palamara, che sarebbe risibile voler circoscrivere a tale magistrato.

Forse, cioè, l'idea originaria della nostra Costituzione, di un Consiglio superiore della magistratura in cui siedono pure soggetti scelti, votati dalla politica andrebbe rivista alla radice, perché non pare aver dato buoni frutti.

Anzi, si vuole ricordare che, di recente, è stato proprio il metodo dell'elezione in sé, per comporre il Consiglio in oggetto, ad essere stato revocato dubbio in

⁹¹ Cf. SPANGHER, <<Processo mediatici>> e giudici popolari nei giudizi delle corti d'assise, in *Corte d'Assise*, 2011, 117ss.

una lettera⁹² scritta da sessantasette magistrati -e indirizzata al Presidente della Repubblica, come garante della Costituzione ma anche nella sua più specifica qualità di Presidente del Consiglio stesso-, in cui si chiede che, per eliminare il carierismo e la concentrazione del potere in mano a pochi, i componenti di cui trattasi siano scelti mediante sorteggio e gli incarichi direttivi e semi-direttivi della magistratura siano assegnati a rotazione.

Insomma, duemila e quattrocento anni dopo siamo ancora ad Atene, e al conflitto tra democrazia (sorteggio/rotazione) e oligarchia (votazione):

“Il sistema combinato rotazione-sorteggio impediva il controllo continuativo da parte di uno o più individui delle singole magistrature e quindi una pianificazione programmata di occupazione integrale di posti di potere: la rotazione consentiva un alto coinvolgimento di cittadini, mentre il sorteggio garantiva la rotazione, rendendola ininterrotta. (...) Ed è altrettanto significativo che un’oligarca intelligente, come lo Pseudo-Senofonte, nella sua Costituzione di Atene (I, 3), rilevasse che il popolo ateniese per conservare la democrazia concedeva a tutti di parlare nell’assemblea e di far parte del Consiglio, mentre avrebbe dovuto essere consentito solo ai più intelligenti ed assennati, e che per coerenza anche gli strateghi e gli ipparchi avrebbero dovuto essere sorteggiati e non eletti, ma il popolo ateniese era ben consapevole che in queste cariche anche i ricchi dovevano avere un ruolo”⁹³.

⁹² Il testo quasi integrale della lettera in questione è reperibile su *ilrifomista.it*

⁹³ Così CAMBIANO, *Piccola archeologia del sorteggio*, in *Teoria politica*, 2020, 103ss., e, spec., 108s.