

ALESSANDRO PACE

# LE IMMUNITA' PENALI EXTRAFUNZIONALI DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E DEI MEMBRI DEL GOVERNO IN ITALIA\*

*Nuovo testo aggiornato al 31 dicembre 2010*

*La precedente versione di questa relazione è stata pubblicata in Astrid Rassegna, n. 20 del 2010*

**Sommario:** **1.** *Non «antiberlusconismo» ma difesa del principio di eguaglianza.* – I. LE IMMUNITÀ PENALI EXTRAFUNZIONALI DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA. - **2.** *L'immunità del Presidente della Repubblica per i reati extrafunzionali e la relativa improcedibilità processuale nei dibattiti in Assemblea costituente.* - **3.** *Gli argomenti testuali, di fonte legislativa, contrari alla tesi dell'improcedibilità temporanea dell'azione penale per reati extrafunzionali nei confronti del Presidente della Repubblica. La pretesa prassi favorevole all'improcedibilità. Critica.* - **4.** *Il mio dissenso nei confronti della tesi che, «per ragioni di opportunità e di convenienza», l'Assemblea costituente avrebbe omesso di prevedere un organo pariordinato al Presidente della Repubblica competente a giudicarlo per i reati extrafunzionali.* – II. LE IMMUNITÀ PENALI EXTRAFUNZIONALI DEI MEMBRI DEL GOVERNO - **5.** *I quattro provvedimenti di favore per il Presidente del Consiglio ed altre alte cariche. Un primo bilancio.* - **6.** *La legge Vietti sul legittimo impedimento. «Il sereno svolgimento delle funzioni» nelle sentenze nn. 24 del 2004 e 262 del 2009.* - **7.** *«Il sereno svolgimento» può venire in gioco solo in riferimento ad atti e fatti della funzione. La sentenza della Corte Suprema degli S.U. nel caso Clinton vs. Jones e la sentenza della Corte costituzionale n. 225 del 2001.* - **8.** *Intermezzo. Qualche ulteriore cenno sull'ordinamento statunitense e su una condivisibile proposta che ad esso si ispira.* - **9.** *Sull'illegittimità costituzionale della legge n. 51 del 2010 per contrasto con gli artt. 3 e 101 Cost.* - **10.** *Sull'illegittimità costituzionale del d.d.l. cost. n. 2180 AS per contrasto con l' art. 3 Cost., con riferimento al Presidente della Repubblica.* - **11.** *Sull'illegittimità costituzionale del d.d.l. cost. n. 2180 AS per contrasto con gli artt. 1 e 3 Cost., con riferimento al Presidente del Consiglio dei Ministri.*

## **1. Non «antiberlusconismo» ma difesa del principio di eguaglianza.**

E' riduttivo e sbagliato ricondurre ad un preteso "antiberlusconismo" il perdurante dibattito giuridico-istituzionale relativo alle asserite immunità processuali del Presidente del Consiglio. E' riduttivo e sbagliato perché, per

---

\* Relazione al convegno «Le immunità penali della politica» tenuto a Perugia nei giorni 12 e 13 novembre 2010. Il saggio apparirà, con modifiche, negli *Scritti in onore di Franco Modugno*, a cui è affettuosamente dedicato.

quanto importante e duraturo, anche il “capitolo Berlusconi” prima o poi si chiuderà, come si è chiuso, al termine del settennato (pur con qualche strascico)<sup>1</sup>, il “capitolo Cossiga” che tanti problemi pose ai costituzionalisti<sup>2</sup>.

Pertanto, la battaglia culturale e politica in favore dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge - già iniziata, nel nostro ordinamento, ben prima dell'avvento della Repubblica<sup>3</sup> - continuerà con altri nomi e con altri protagonisti. Infatti se nel passato anche recente l'art. 3 Cost. è stato invocato da politici, politologi e giuristi contro gli abusi dell'insindacabilità parlamentare, contro la pretesa di estendere la copertura dell'irresponsabilità funzionale del Presidente della Repubblica alle dichiarazioni diffamatorie extrafunzionali e contro le svariate leggi *ad personam* che contraddistinguono le vicende berlusconiane, quanto al futuro, le tuttora frequenti delibere d'insindacabilità approvate in violazione dell'art. 68 comma 1 Cost. e i generosi dinieghi di autorizzazione a procedere per reati ministeriali e gli altrettanti dinieghi di autorizzazione agli arresti di parlamentari fanno purtroppo ritenere che ci saranno sempre dei politici che, per quanto elevata sia la carica rivestita, ritengono che le loro prerogative siano privilegi.

Si tratta quindi di una battaglia non contro questo o quello, ma in favore dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, quella che la larghissima maggioranza dei costituzionalisti italiani, tra cui i più autorevoli, porta avanti da tempo in nome di un semplicissimo principio, e cioè che il titolare di una carica istituzionale, quale che essa sia, è soggetto alla legge comune, sia civile

---

<sup>1</sup> Quale il ricorso per conflitti di attribuzione tra poteri contro due sentenze della Corte di cassazione che avevano accolto i ricorsi dei sen. Sergio Flamigni e Pierluigi Onorato. L'ord. di ammissibilità n. 455 del 2002 è riportata in *Giur. cost.*, 2002, 3745 ss.; il ricorso fu accolto solo in parte dalla Corte costituzionale. con la sent. n. 154 del 2004.

<sup>2</sup> Si pensi, tra l'altro, al messaggio del Presidente Cossiga del 16 giugno 1991 «sulle riforme istituzionali e sulle procedure idonee a realizzarle» (in *Giur. cost.*, 1991, 3343 ss.) che dette vita a polemiche fortissime, essendosi ritenuto che l'allora Capo dello Stato avesse travalicato dalle sue attribuzioni costituzionali (in proposito v., ad es., il *Dibattito* tra numerosi costituzionalisti pubblicato in *Giur. cost.*, 1991, 3209 ss.), alle numerose e perentorie esternazioni tra le quali talune così debordanti che ne determinarono nel 1991 un tentativo di messa in stato di accusa. Le denunce furono però archiviate dalla apposita Commissione parlamentare con una delibera da molti criticata. V. *Atti Sen.*, XI leg., 155° res., 11 maggio 1993.

<sup>3</sup> Si vedano le prese di posizione in favore di un'interpretazione restrittiva delle immunità parlamentari di **L. Casanova**, *Del diritto costituzionale*, vol. II, Lavagnino, Genova, 1859, 288 e di **L. Palma**, *Corso di diritto costituzionale*, vol. II, Pellas, Firenze, 1884, 507, fortemente contrastate da **V.E. Orlando**, *Immunità parlamentare ed organi sovrani* (1933), ora in **Id.**, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, 476 ss..

che penale, per tutti gli atti e i comportamenti posti in essere fuori dell'esercizio delle sue funzioni.

Un principio che, costituendo svolgimento della sopra ricordata proclamazione costituzionale, può bensì essere derogato con riferimento a prerogative purché fondate su specifiche previsioni costituzionali quali gli artt. 68, 90, 96 e 122 comma 4 Cost. Come sottolineato dalla Corte costituzionale, esse hanno infatti «la duplice caratteristica di essere dirette a garantire l'esercizio della funzione di organi costituzionali e di derogare al regime giurisdizionale comune» e costituiscono «uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né *in peius* né *in melius*»<sup>4</sup>.

E' bensì vero - e i sostenitori delle leggi Schifani e Alfano lo hanno ripetutamente sottolineato, anche di recente <sup>5</sup> - che tale tesi è all'apparenza contraddetta dalla sent. n. 148 del 1983, che ritenne non illegittimo l'art. 5 della legge (ordinaria) n. 1 del 1981 introduttivo dell'immunità dei componenti del CSM limitatamente alle «opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, e concernenti l'oggetto della discussione». Deve però tenersi presente che, sotto il profilo della disparità di trattamento, anch'esso preso in considerazione dalla sent. n. 262 del 2009, la decisione del 1983 non solleva perplessità, in quanto l'art. 5 cit. introduceva una prerogativa che la Corte sottolineò esplicitamente essere connessa all'esercizio di «funzioni costituzionalmente garantite», quindi situazioni soggettive ontologicamente diverse da quelle di un comune cittadino.

Per contro, ciò che ha suscitato e suscita perplessità circa l'immunità temporanea processuale prevista dalle leggi Schifani e Alfano e dal d.d.l. cost. n. 2180 AS (XVI leg.), è che essa, riguardando illeciti extrafunzionali, disciplina situazioni analoghe a quelle in cui si potrebbe trovare chiunque<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Corte cost., sent. n. 262 del 2009, *cons in dir.*, n. 7.3.1. Ne segue che il fondamento costituzionale della deroga costituisce una conseguenza della previsione costituzionale del principio d'eguaglianza. Non è quindi ammissibile sostenere che, fatta eccezione per le immunità espressamente previste in Costituzione, ci si muoverebbe all'interno di un ambito costituzionalmente «inqualificato», come invece sostiene **G.M. Salerno**, *La sospensione dei processi penali relativi alle alte cariche dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in **R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto e P. Veronesi** (cur.), *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, Giappichelli, Torino, 2009, 27 s. Per giuste critiche alla tesi di Salerno v. **A. Pugiotto**, *La seconda volta*, in *Cass. pen.*, 2010, 57 s.

<sup>5</sup> Così, tra gli altri, **C. Chiola**, *Lamentatio sulla pietra tombale del lodo Alfano*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (16 novembre 2009).

<sup>6</sup> Questo aspetto non è tenuto presente da **P. Gualtieri**, *Un criticabile revirement della Corte costituzionale e l'esigenza di ristabilire una efficace tutela delle più alte funzioni pubbliche*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) (4 maggio 2010).

## **I. Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica**

*2. L'immunità del Presidente della Repubblica per i reati extrafunzionali e la relativa improcedibilità processuale nei dibattiti in Assemblea costituente.*

Detto questo, mi sembra opportuno iniziare la puntuale disamina delle immunità penali extrafunzionali trattando del Presidente della Repubblica e lo faccio in conseguenza di un semplice rilievo. Se, come ritengo da tempo<sup>7</sup>, il nostro Capo dello Stato, per consapevoli scelte costituzionali e legislative, non gode dell'immunità penale per i reati extrafunzionali e dell'improcedibilità temporanea processuale per tali reati, ad eguale conclusione si dovrà *a fortiori* pervenire per il Presidente del Consiglio e quindi per i Ministri.

Proprio per questo e per quanto possa sembrar stantio, ritengo ancora una volta di dover ripartire dai lavori dell'Assemblea costituente, per ricordare alcune importanti prese di posizione e per contestualizzare talune affermazioni che per essere esattamente valutate necessitano di essere riportate al momento in cui furono espresse.

Inizio dalla riunione della Seconda Sottocommissione del 4 gennaio 1947. Poiché l'art. 17 del Progetto alludeva ai soli reati funzionali, l'on. Tosato, in apertura, spiegò immediatamente «che non si è inclusa nell'articolo alcuna disposizione riguardante la responsabilità penale per i reati comuni del Presidente della Repubblica, per ragioni di opportunità e di convenienza»<sup>8</sup> e l'on. Mortati aggiunse «che il Comitato ha omesso intenzionalmente ogni regolamentazione della responsabilità ordinaria del Presidente. Si tratta quindi di una lacuna volontaria della Carta costituzionale»<sup>9</sup>.

Nella successiva discussione si scontrarono varie impostazioni che furono riassunte, ma con scarsa precisione, dal Presidente Terracini, il quale ne ricordò quattro: 1) previsione della sola responsabilità penale funzionale del Presidente della Repubblica (tesi della Commissione); 2) responsabilità penale comune del Presidente della Repubblica ma previa autorizzazione dell'Assemblea nazionale (tesi dell'on. Nobile); 3) responsabilità penale comune del Presidente della Repubblica ma improcedibilità fino alla scadenza

---

<sup>7</sup> A. Pace, *Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello Stato*, in M. Luciani e M. Volpi (cur.), *Il Presidente della Repubblica*, Il mulino, Bologna, 1997, 371 ss. ora in A. Pace, *I limiti del potere*, Jovene, Napoli, 2008, 23 ss.

<sup>8</sup> On. Tosato, in *Atti Ass. cost., II sottocomm., Prima sezione*, cit., 1769.

<sup>9</sup> On. Mortati, in *Atti Ass. cost., II sottocomm., Prima sezione*, sed. pom. 4 gennaio 1947, vol. VIII, Roma, Segr. Camera dei deputati, 1970, 1770.

della carica (tesi dell'on. Fabbri); 4) irresponsabilità penale del Presidente della Repubblica tranne che per violazione della Costituzione (tesi dell'on. Mortati).

La sintesi non fu precisa perché, così come riportata nel resoconto sommario, la tesi dell'on. Mortati non si distingueva da quella della Commissione e perché Terracini aveva passato sotto silenzio proprio la tesi (radicale) che lui stesso aveva sostenuta. Intervenendo subito dopo l'on. Mortati, che aveva parlato di «lacuna volontaria», egli vi si era infatti fortemente opposto con queste parole: il Presidente «si rende conto delle ragioni che possono aver consigliato a seguire questo criterio, ma personalmente è contrario a lasciare questa lacuna nella Costituzione, in quanto ritiene che il Presidente della Repubblica, come ogni altro cittadino, debba essere sottoposto, sebbene con certe cautele, alla legge. Né crede che il fatto che venga evitato il procedimento giudiziario possa essere sufficiente a salvaguardare il prestigio della carica, quando sulla persona del Presidente grava un'accusa o un sospetto di colpevolezza»<sup>10</sup>. Ma non basta.

Terracini ribadì ancora due volte la sua avversione per l'irresponsabilità extrafunzionale del Presidente della Repubblica, entrambe le volte per contrastare la proposta Fabbri intesa a prevedere l'improcedibilità delle azioni penali per reati comuni per tutta la durata della carica. Durante la discussione Terracini dichiarò «di preferire una lacuna ad una disposizione che conferisca un privilegio troppo grande al Presidente della Repubblica, il quale è sempre un cittadino fra i cittadini anche se ricopre un ufficio politico. Non ammetterebbe, infatti, che per sette anni il Presidente della Repubblica non rispondesse alla giustizia del suo paese». Quando poi la proposta fu messa ai voti, il Presidente Terracini «personalmente dichiara che voterà contro, perché ritiene che il Presidente della Repubblica in un regime democratico vada considerato come cittadino fra i cittadini, e come ogni altro debba osservare le leggi e rispondere alla giustizia del proprio Paese»<sup>11</sup>.

Il testo dell'art. 85 approvato in Commissione e sottoposto all'Assemblea costituente è praticamente identico, nei commi 2 e 3, all'attuale art. 90<sup>12</sup>. Il 10 marzo 1947, in sede di discussione generale sul Progetto di Costituzione, intervenne su tale articolo l'on. Vittorio Emanuele Orlando, il quale non ne poteva ovviamente condividere né la lettera né tanto meno lo

<sup>10</sup> On. **Terracini**, in *Atti Ass. cost., II sottocomm., Prima sezione*, vol. VIII, cit., 1770.

<sup>11</sup> On. **Terracini**, in *Atti Ass. cost., II sottocomm., Prima sezione*, vol. VIII, cit., 1772.

<sup>12</sup> Art. 85 del Progetto: «Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dal Primo Ministro e dai Ministri competenti che ne assumono la responsabilità. // Il Presidente della Repubblica non è responsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per violazione della Costituzione. // In tali casi può essere messo in istato di accusa dall'Assemblea Nazionale a maggioranza assoluta dei suoi membri».

spirito, sol che si ricordi la sua vecchia tesi degli organi sovrani che non sarebbero più tali se un magistrato li potesse giudicare (perché in tal caso il magistrato sarebbe il sovrano!)<sup>13</sup>. L'autorevolissimo studioso e illustre uomo politico ironizzò al riguardo e si chiese quale mai sarebbe stata la regola applicabile al Presidente della Repubblica se, alla guida di un'automobile, avesse investito qualcuno; e prefigurò con orrore sia l'emissione di un mandato di cattura nei confronti del Capo dello Stato, sia la citazione in una causa civile, sia il deferimento di un interrogatorio o la sottoposizione a giuramento...<sup>14</sup>.

Andando alla sostanza e per dirla in due parole, Orlando lamentava che non fosse stata prevista la totale inviolabilità del Capo dello Stato. Con il che egli non si rendeva conto dell'avvenuto cambiamento della forma di Stato e che il Capo dello Stato non era più un Re ma il Presidente di una Repubblica democratica<sup>15</sup>.

Giunti a questo punto mi resta solo di aggiungere, quanto ai lavori preparatori, che nella seduta antimeridiana del 24 ottobre 1947 furono respinti, dopo una lunga discussione, due analoghi emendamenti al testo della Commissione: uno dell'on. Bettiol («Il Presidente della Repubblica, mentre dura in carica, non può essere perseguito per violazioni alla legge penale commesse fuori dell'esercizio delle proprie funzioni») e l'altro dell'on. Monticelli («Il Presidente della Repubblica non può essere sottoposto a

---

<sup>13</sup> Per una disamina di tale tesi si v. il mio *La legge n. 140 del 2003 e i principi costituzionali violati*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2005, 15 ss., ora in **A. Pace**, *I limiti del potere*, cit., 122 ss. Le opere nelle quali il maestro siciliano l'ha enunciata sono, che io sappia, le seguenti: **V.E. Orlando**, *Immunità parlamentare ed organi sovrani*, cit., 476 ss., 484 ss.; **Id.**, *Inviolabilità regia* (1938) e **Id.**, *La responsabilità regia e la deposizione dei re inglesi* (1939), entrambi, anch'esse, in **Id.**, *Diritto pubblico generale*, cit., 459 e 499 ss. Orlando fondava l'immunità sulla posizione «sovrana» degli organi, che sarebbe stata negata dall'affermazione di una qualsivoglia giurisdizione Orlando differenziava però la disciplina dell'immunità degli organi monocratici da quella degli organi collegiali). Per una disamina critica della teoria dell'Orlando, v. anche **M. Dogliani**, *Immunità e prerogative parlamentari*, in *Il Parlamento*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino, 2001, 1023.

<sup>14</sup> On. **Orlando**, in *Atti Ass. cost.*, sed. 10 marzo 1947, vol. I, cit., 296.

<sup>15</sup> Il che accadde anche a **E. Crosa**, *Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 112, che, con riferimento ai reati extrafunzionali, respingeva il «preteso richiamo del principio di eguaglianza, non accoglibile per l'aberrante applicazione a rapporti di natura diseguale e pertanto diversi da quelli dal principio contemplati». Ben diversa era la sensibilità di più giovani studiosi (**A. Amorth**, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Giuffrè, Milano, 125) e dei tre giovanissimi magistrati che dettero vita al primo commento analitico della nostra Costituzione (**C. Giannattasio**, in **G. Baschieri**, **L. Bianchi D'Espinosa**, **C. Giannattasio**, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Nocchioli, Firenze, 1949, 328).

procedimento penale durante l'esercizio delle sue funzioni»). Conseguentemente fu respinto anche l'emendamento dell'on. Corbi aggiuntivo all'emendamento Bettiol, col quale si introduceva la seguente riserva: «...salvo che le Camere riunite non ravvisino un caso di impedimento», con la quale si intendeva conferire alle Camere la possibilità di escludere, dai reati extrafunzionali, almeno quelli più gravi<sup>16</sup>.

Più che gli interventi contrari a questi emendamenti merita, in conclusione, di essere ricordata la precisazione dell'on. Ruini, Presidente della Commissione della Costituzione, a proposito della pretesa lacuna concernente la responsabilità extrafunzionale del Presidente della Repubblica. Rivolgendosi all'on. Monticelli, il Presidente Ruini disse: «Certo è che, dopo aver parlato della irresponsabilità negli atti di ufficio, non si dice nulla di questi fuori ufficio; si deve ritenere per essi la responsabilità; ma la Sottocommissione ha ritenuto che o si tratterà di violazioni lievi, e non si darà corso ai procedimenti; o di violazioni gravi, che rendano impossibile la sua permanenza in ufficio: nei quali casi si avrà una delle figure di impedimento, di cui parla altrove la Costituzione. L'argomento è così delicato che la Commissione ritenne a suo tempo che fosse meglio lasciarne la risoluzione alla prassi».

Dopo l'intervento fortemente contrario dell'on. Calosso, che sottolineò, tra l'altro, come non fosse democratico «togliere alla magistratura una zona del suo ufficio»<sup>17</sup> e quello dell'on. Fabbri che esaltò «la soluzione brillante del silenzio perché in una Costituzione non si possono prevedere tutte le infinite fattispecie»<sup>18</sup>, l'Assemblea costituente respinse il seguente articolo aggiuntivo proposto dall'on. Monticelli: «Il Presidente della Repubblica non può, mentre è in carica, essere sottoposto a procedimento penale per fatti estranei all'esercizio delle sue funzioni»<sup>19</sup>.

Di fronte ad una decisione così netta il “consapevole” silenzio - per come aveva giustamente pronosticato Ruini nella prima parte del suo intervento - assume tutt'altro significato. Se giustapposto alla proclamata irresponsabilità funzionale significa infatti che, per i comportamenti extrafunzionali, il Presidente della Repubblica è responsabile penalmente come qualsiasi altro cittadino.

Quanto invece alla sanzione dell'impedimento - vagheggiata da Tosato e ripresa dallo stesso Ruini nel brano sopra riportato -, potrebbe ad essa

---

<sup>16</sup> *Atti Ass. cost.*, sed. ant. 24 ottobre 1947, vol IV, cit., 3511 ss.

<sup>17</sup> *Atti Ass. cost.*, sed. ant. 24 ottobre 1947, vol IV, cit., 3513.

<sup>18</sup> *Atti Ass. cost.*, sed. ant. 24 ottobre 1947, vol IV, cit., 3516.

<sup>19</sup> *Atti Ass. cost.*, sed. ant. 24 ottobre 1947, vol IV, cit., 3516.

realisticamente farsi luogo solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna<sup>20</sup>.

3. *Gli argomenti testuali, di fonte legislativa, contrari alla tesi dell'improcedibilità temporanea dell'azione penale per reati extrafunzionali nei confronti del Presidente della Repubblica. La pretesa prassi favorevole all'improcedibilità. Critica.*

Ciò premesso, deve aggiungersi che sono due gli argomenti testuali contrari alla tesi dell'improcedibilità temporanea dell'azione penale nei confronti del Presidente della Repubblica, peraltro tuttora sostenuta da svariati autori<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Così anche **L. Carlassare**, Art. 90, in **Gius. Branca** (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1983, 153.

<sup>21</sup> In senso favorevole alla improcedibilità per i reati extrafunzionali v. **E. Crosa**, *Gli organi costituzionali dello Stato e il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, cit., 917 ss.; **C. Cereti**, *Diritto costituzionale italiano*, VI ed., Utet, Torino, 1963, 280 ss.; **G. Montalbano**, *I reati di competenza della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di Guido Zanolini*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1965, 396; **F. Pergolesi**, *Diritto costituzionale*, XV ed., vol. I, Cedam, Padova, 1972, 429; **C. Mortati**, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., tomo I, Cedam, Padova, 1975, 542; **C. Lavagna**, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Utet, Torino, 1982, 699; **G. Bettiol** e **L. Pettoello Mantovani**, *Diritto penale*, XII ed., Cedam, Padova, 1986, 191; **A. Meloncelli**, *Diritto pubblico*, II ed., Maggioli, Bologna, 1992, 638; **A. Baldassarre**, in **G. Amato** e **A. Barbera** (cur.), *Manuale di diritto pubblico*, V ed., vol. II, Il Mulino, Bologna, 1997, 249; **F. Cuocolo**, *Principi di diritto costituzionale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 1996, 598 ss.; **Id.**, *Lezioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, IV ed., 2006, 330 ss.; **U. De Siervo**, *La responsabilità penale del Capo dello Stato*, in **M. Luciani** e **M. Volpi** (cur.), *Il Presidente della Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 1997, 360 ss.; **T. Martines**, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, XI ed., 2005, 439; **G.U. Rescigno**, *Corso di diritto pubblico*, XIII ed., Zanichelli, Bologna, 2010, 453 s.; **T.F., Giupponi**, *La sentenza sul "lodo Alfano": le possibili prospettive di riforma*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (24 novembre 2009); **M. Mazziotti Di Celso** e **G. M. Salerno**, *Manuale di diritto costituzionale*, V ed., Cedam, Padova, 2010, 401 ss.

In senso contrario alla improcedibilità, v. **A. Amorth**, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, cit., 125; **C. Giannattasio**, in **G. Baschieri**, **L. Bianchi D'Espinosa**, **C. Giannattasio**, *La Costituzione italiana*, cit., 328; **L. Carlassare**, Art. 90, cit., 151 ss.; **T. Marchi**, *Il Capo dello Stato*, in **P. Calamandrei** e **A. Levi** (cur.), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, vol. II, Barbera, Firenze, 1950, 122; **A. Pagliaro**, voce *Immunità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, 214; **C. Taormina**, *Procedimenti e giudizi di accusa*, Giuffrè, Milano, 1978, 86; **A. Bozzi**, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Giuffrè, Milano, 1981, 184; **V. Crisafulli**, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Cedam, Padova, 1984, 458; **G. Di Raimo**, voce *Reati ministeriali*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 1159; **F. Dimora**, *Alla ricerca della responsabilità del Capo dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1991, 112; **G. Ferrara**, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti Di Celso*, Cedam, Padova, 1995, 592 ss. (anche se con talune perplessità sulle quali specificamente tornerò nel § 4); **A. Pizzorusso**, *Istituzioni di diritto pubblico*, III ed., Jovene, Napoli, 1997, 462 ss.; **A. Pace**, *I limiti del potere*, cit., 24 ss.; **P. Veronesi**,

Il primo argomento è il seguente: gli artt. 8 comma 3, 9 commi 2 e 3, 10 commi 1 e 2 della legge 5 giugno 1989, n. 219 dispongono che quando il Comitato parlamentare per i giudizi di accusa ritiene di non dover procedere perché i fatti commessi non integrano taluno dei reati previsti dall'art. 90 Cost. o il Parlamento in seduta comune dichiara la propria incompetenza, gli atti vengono trasmessi all'autorità giudiziaria perché, evidentemente, essa proceda senza ulteriori intralci <sup>22</sup>.

Il secondo argomento - già da me prospettato anni fa<sup>23</sup> - è il seguente: nessuna norma né in materia penale (art. 159 c.p.), né tanto meno in materia civile (artt. 2941 e 2942 c.c.), identifica nello *status* del Presidente della Repubblica una causa impeditiva o sospensiva del decorso della prescrizione. Ciò costituisce una valida ragione per sostenere che non esiste alcuna improcedibilità per le azioni penali e civili nei confronti del Capo dello Stato per fatti estranei alle sue funzioni, non potendosi contemporaneamente prevedere una causa di sospensione del processo senza nel contempo disporre l'applicabilità alla specie dell'art. 159 c.p.p. <sup>24</sup> (significativi in tal senso sono l'art. 1 della legge n. 140 del 2003 e l'art. unico della legge n. 124 del 2008, di cui tratterò in prosieguo). Altrimenti la previsione dell'improcedibilità temporanea non altro sarebbe che un espediente per introdurre un'immunità mascherata quanto meno per i c.d. reati minori (corruzione, abuso di ufficio, omicidio colposo non aggravato, violenza privata ecc.) <sup>25</sup>. In conclusione, se

---

voce *Responsabilità penale costituzionale del Presidente della Repubblica (giudizio sulla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1997, 278; **L. Paladin**, *Diritto costituzionale*, III ed., Cedam, Padova, 1998, 455; **A. Spadaro**, Art. 90, in **R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti** (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 1755; **V. Onida e M. Pedrazza Gorlero** (cur.), *Compendio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009, 213; **C. Rossano**, *Manuale di diritto pubblico*, III ed., Jovene, Napoli, 2009, 341; **F. Poli**, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, 230

<sup>22</sup> In questo senso v. **G. Ferrara**, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, cit., 594 s. e già prima, con riferimento alla normativa precedente, **L. Carlassare**, Art. 90, cit., 152.

<sup>23</sup> *I limiti del potere*, cit., 26.

<sup>24</sup> Ammette tranquillamente che il decorso della prescrizione, durante il settennato, determina la prescrizione del reato **T. Martines**, *Diritto costituzionale*, cit., 439, senza sottolineare le conseguenze.

<sup>25</sup> Rispettivamente artt. 319, 323, 589, 610 c.p. L'elenco dei reati c.d. minori che andrebbero prescritti qualora si accedesse alla tesi dell'improcedibilità è impressionante. Ai reati indicati nel testo vanno aggiunti, senza alcuna pretesa di completezza e senza discettare se il titolare di un'alta carica dello Stato possa macchiarsi di un siffatto illecito, i seguenti: partecipazione ad associazione sovversiva (art. 270 comma 2 c.p.), malversazione a danno dello Stato (art. 316bis c.p.), violenza (art. 336 c.p.) e resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.), calunnia (art. 368 c.p.), falsa testimonianza (art. 372 c.p.), favoreggiamento (art. 378 c.p.), partecipazione ad associazione per delinquere (art. 416

non è prevista la sospensione non sussiste improcedibilità; e se non c'è improcedibilità il magistrato ha il dovere di procedere.

Né questa conclusione è smentita da una contraria prassi che, per quanto detto, sarebbe comunque illegittima se non addirittura illecita.

Non c'è una prassi contraria in materia civile perché, com'è noto, nei processi civili per risarcimento danni da diffamazione promossi dagli on. Onorato e Flamigni contro il Presidente Cossiga, mentre la Corte costituzionale ha affermato che spetta al giudice comune «di decidere circa l'applicabilità in concreto, in rapporto alle circostanze del fatto, della clausola eccezionale di esclusione della responsabilità»<sup>26</sup>, la magistratura ordinaria ha statuito la piena responsabilità del convenuto per le esternazioni extrafunzionali<sup>27</sup>. Deve anzi essere aggiunto che nel giudizio di merito l'azione civile non fu sospesa nel breve periodo intercorso tra la notifica dell'atto di citazione (6 marzo 1992) e la scadenza del settennato (24 giugno dello stesso anno): argomento, questo, che la Corte costituzionale, nella sent. n. 154 del 2004, ritenne comunque irrilevante ai fini del decidere<sup>28</sup>.

Nemmeno esiste una prassi contraria in materia penale. Quanti invocano in favore dell'improcedibilità il "precedente" del procedimento penale a carico, tra gli altri, del Presidente Scalfaro<sup>29</sup> (poi archiviato nel 2001 per infondatezza) evidentemente non considerano che il reato allora contestato era un reato funzionale, asseritamente commesso dall'on. Scalfaro quando egli era ancora Ministro dell'Interno<sup>30</sup>. Non v'era quindi ragione

---

comma 2 c.p.), falso in atto pubblico (art. 476 c.p.), falso ideologico (art. 479 c.p.), frode in commercio (art. 515 c.p.), incesto (art. 564 c.p.), maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), atti persecutori (*stalking*) (art. 612 *bis* c.p.), violazione di domicilio (art. 614 c.p.), accesso abusivo a sistema informatico (art. 615 *ter* c.p.), intercettazioni illegali (art. 617 c.p.), furto in appartamento (art. 624 *bis* c.p.), truffa anche aggravata (art. 640 c.p.) e frode informatica (art. 640 *ter* c.p.).

E' bene ricordare che nella II Sottocommissione, prima sezione, l'on. Fabbri (in *Atti Ass. cost.*, sed. pom. 4 gennaio 1947, vol VIII, cit., 1770) ebbe a distinguere, sotto il profilo delle conseguenze dell'improcedibilità (di cui allora si discuteva), i reati meno gravi da quelli gravi, osservando che, in questo secondo caso, il decorso della prescrizione non era tale ... da determinare l'estinzione del reato.

<sup>26</sup> Corte cost., sent. n. 154 del 2004, *considerato in diritto*, n. 5.

<sup>27</sup> V. Trib. Roma, 22 giugno 1993; Cass., sez. III civ., 27 giugno 2000, n. 8734; App. Roma, sez. II civ. 23 settembre 2004, n. 4024; Cass., sez. III civ., 23 febbraio 2010, n. 4325.

<sup>28</sup> Corte cost., sent. n. 154 del 2004, *considerato in diritto*, n. 6.

<sup>29</sup> Così ad es. **T.F. Giupponi**, *La sentenza sul "lodo Alfano": le possibili prospettive di riforma*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (24 novembre 2009).

<sup>30</sup> L'equivoco nasce dall'arbitraria omissione del nome dell'allora Presidente Scalfaro nel fascicolo, comprendente le generalità di due altri ex Ministri, inviato al Tribunale dei

alcuna perché il Tribunale dei ministri dovesse fermarsi, trattandosi di un reato ministeriale (art. 96 Cost.), il quale non può implicare, data la sua indubbia gravità (sotto il profilo istituzionale), sospensioni di sorta<sup>31</sup>, il che può ben ripetersi per il giudizio eventualmente istaurato a carico del Presidente della Repubblica per alto tradimento e attentato alla Costituzione (art. 90 Cost.)<sup>32</sup>.

E il fatto che il procedimento a carico dell'ex Ministro dell'Interno on. Scalfaro non sia stato tempestivamente richiamato dal Presidente Ciampi all'epoca della legge n. 140 del 2003, né dal Presidente Napolitano con riferimento alla legge n. 124 del 2008, né tenuto presente in sede di approvazione di quelle leggi è significativo di quanto quel precedente - ammesso che lo fosse - era discutibile.

*4. Il mio dissenso nei confronti della tesi che, «per ragioni di opportunità e di convenienza», l'Assemblea costituente avrebbe omissso di prevedere un organo pariordinato al Presidente della Repubblica competente a giudicarlo per i reati extrafunzionali.*

Quanto fin qui argomentato mi induce però a prendere in considerazione i dubbi avanzati dall'amico e collega Gianni Ferrara, il quale, in un bel saggio pubblicato nel 1995, dopo aver bene evidenziato che, a livello sia costituzionale sia legislativo, il nostro ordinamento prevede la responsabilità penale extrafunzionale del Presidente della Repubblica nonché la procedibilità della relativa azione penale nei suoi confronti, offre inopinatamente alcune giustificazioni del comportamento omissivo tenuto dall'allora Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma, in occasione del procedimento penale relativo ai fondi neri SISDE. Il magistrato

---

ministri. Nel comunicato ANSA del 12 novembre 1993 - integralmente riportato e criticato da **G. Ferrara**, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, cit., 587 nota 2 - l'allora procuratore della Repubblica di Roma, Vittorio Mele, precisò, tra l'altro, che «il nome del Presidente della Repubblica non compare nell'atto di invio del fascicolo al Tribunale dei ministri in quanto nei suoi confronti non esiste la possibilità, per disposizioni costituzionali (*sic!*), di avviare qualsiasi indagine».

<sup>31</sup> In questo senso v. già, con la consueta acutezza, **V. Crisafulli**, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 458 s. A conferma di ciò ricordo che nella memoria della Presidenza del Consiglio nel giudizio di costituzionalità dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003, l'Avvocatura generale dello Stato sottolineò che «il perseguimento dei reati funzionali non può essere procrastinato, data la «la rilevanza di carattere generale degli interessi incisi» e la loro «indubbia maggiore gravità dal punto di vista istituzionale» (Corte cost., sent. n. 24 del 2004, *ritenuto in fatto*, n. 4).

<sup>32</sup> V. in tal senso l'art. 12 comma 4 legge cost. 11 marzo 1953, n. 1, il quale prevede che, una volta deliberato lo stato di accusa, la Corte costituzionale ne può disporre la sospensione dalla carica. Sarebbe del resto assurdo che un processo che può condurre alla destituzione del Presidente dalla carica non possa essere celebrato finché egli sia in carica.

aveva infatti trasmesso al Tribunale dei ministri gli atti relativi a due altri *ex* Ministri dell'Interno, ma non quelli relativi all'on. Oscar Luigi Scalfaro, allora Presidente della Repubblica e anch'egli *ex* Ministro dell'Interno, adducendo l'inesistenza di una disposizione costituzionale al riguardo.

Ferrara rinviene una giustificazione di tale comportamento omissivo in primo luogo nell'esigenza che ha lo Stato «di disporre dei suoi organi indefettibili e di poter contare sulla piena autonomia e sulla serena libertà dei titolari di questi organi di esercitare le funzioni di cui sono attributari»<sup>33</sup> (a fronte della quale la lettera della Costituzione diverrebbe «recessiva»<sup>34</sup>) e, in secondo luogo, nel fatto che «per ragioni di opportunità e di convenienza» la Commissione per la Costituzione aveva deciso di non includere «nell'articolo alcuna disposizione riguardante la responsabilità penale per i reati comuni del Presidente della Repubblica»<sup>35</sup>.

Inizio da questo secondo argomento, che si ricollega a quella che l'on. Fabbri qualificò la «brillante soluzione del silenzio». Tale soluzione per la verità era una vera e propria sciocchezza. Il silenzio, nelle norme giuridiche, non è infatti mai privo di senso, questo dipendendo dal contesto nel quale il silenzio insiste. Nella specie, come sottolineato dal Presidente Ruini, a porsi come derogatoria dei principi generali era l'irresponsabilità presidenziale per i reati funzionali e non la competenza della magistratura ordinaria. Pertanto il silenzio avrebbe logicamente implicato l'applicazione delle norme generali. A ciò si aggiunga che il rigetto dell'emendamento Bettiol destituisce del benché minimo fondamento l'opposta tesi.

Del pari anche le «ragioni di opportunità e di convenienza», a cui alludeva Tosato, andavano e vanno contestualizzate. Se esse avevano la forza di imporsi negli anni in cui fu scritta la Costituzione e in quelli immediatamente successivi - nei quali la responsabilità politica e morale dei detentori delle massime cariche istituzionali e politiche era fortemente avvertita<sup>36</sup>, e pertanto era lecito supporre che le dimissioni spontanee avrebbero supplito alle norme incriminatrici (addirittura in assenza di esse!) -

---

<sup>33</sup> **G. Ferrara**, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, cit., 596.

<sup>34</sup> **G. Ferrara**, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, cit., 596.

<sup>35</sup> On. **Tosato**, in *Atti Ass. cost.*, II sottocomm., Prima sezione, cit., 1769.

<sup>36</sup> E' sufficiente ricordare in tal senso le dimissioni anticipate del Presidente della Repubblica Giovanni Leone, travolto dagli scandali e dal presunto nepotismo denunciato in un libro di Camilla Cederna, la quale fu però poi condannata al risarcimento dei danni. Altrettanto si potrebbe dire della carriera politica di Attilio Piccioni, che nonostante fosse stato uno dei fondatori della Democrazia Cristiana e da molti fosse ritenuto il delfino di Alcide De Gasperi, subì gravi conseguenze politiche a seguito del delitto Montesi (nel quale uno dei suoi figli si trovò ad essere coinvolto).

, tali «ragioni di opportunità e di convenienza» erano già assai meno credibili nel 1994, quando Ferrara scrisse il suo saggio.

Per contro, i molti e diffusi esempi di insensibilità istituzionale fanno ritenere che la responsabilità politica e morale non sia più generalmente avvertita oggi (costituendo essa ormai il patrimonio personale di una ristretta cerchia di politici), e quindi deve ritenersi che le «ragioni di opportunità e di convenienza», a cui Ferrara si richiama, costituiscono ormai un fuor d'opera. Ne segue che, essendo del tutto improprio parlare al riguardo di una «lacuna apparente»<sup>37</sup>, la Costituzione va interpretata così com'è stata redatta nel 1947, senza alcuna disposizione specifica per i reati extrafunzionali del Capo dello Stato, per cui la competenza per questi reati spetta al giudice comune e non esiste improcedibilità temporanea dell'azione penale in ragione della carica.

Restano gli altri due argomenti addotti da Ferrara. Il primo di essi è che il comportamento dell'allora Procuratore della Repubblica di Roma potrebbe giustificarsi alla luce del grave contesto politico nel quale egli si muoveva, nel quale il coinvolgimento dell'allora Presidente della Repubblica avrebbe potuto determinare lo scioglimento anticipato delle Camere data la notoria gravissima crisi istituzionale nella quale il Paese allora si trovava. Un argomento sul quale si potrebbe concordare, sia pure con riserve, ma che non può essere addotto, data la sua specificità, a favore della tesi dell'improcedibilità temporanea dei processi per reati extrafunzionali durante il settennato, tale giustificazione essendo squisitamente politica.

Ancor più difficile da condividere è l'altra osservazione di Ferrara, secondo la quale il comportamento del Procuratore della Repubblica di Roma sarebbe «da ascrivere a ragioni ancora più consistenti», le quali atterrebbero «alla forza istituzionale e politica di cui deve essere munito l'organo che, già prima dell'esercizio dell'azione penale, può attivare il procedimento inquisitorio nei confronti di un Capo dello Stato»<sup>38</sup>. In altre parole, il Costituente avrebbe errato nel non individuare in un organo pariordinato al

---

<sup>37</sup> Sulle lacune apparenti v. **C. Esposito**, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1961, 626 ss.; **C. Mortati**, voce *Costituzione dello Stato*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 201. Come osserva Mortati nel passo citato, le lacune apparenti fanno «valere come vere quelle che in realtà sono solo pseudo lacune onde eludere l'ostacolo posto dal documento costituzionale al raggiungimento del fine politico perseguito».

Il più vistoso esempio di lacuna apparente, nella nostra storia costituzionale, è stato, quello di far ritenere che lo Statuto albertino difettasse, per un mero errore dei compilatori, di una clausola di revisione costituzionale, e che perciò alle sue modifiche fosse possibile applicare le comuni norme sull'abrogazione delle leggi ordinarie. Sul punto, si v. il mio *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, II ed., Cedam, Padova, 2002, spec. 13, 88 ss., 286.

<sup>38</sup> **G. Ferrara**, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, cit., 597.

Presidente della Repubblica il magistrato competente a perseguire il Capo dello Stato per gli eventuali reati extrafunzionali<sup>39</sup>.

L'argomento è suggestivo, ma dichiaratamente (troppo) tributario della teoria orlandiana degli organi sovrani, che era bensì spendibile in un regime predemocratico, privo di una costituzione rigida e nel quale l'indipendenza della magistratura era fragile, ma che non lo è più nel vigente ordinamento italiano, nel quale la nostra Costituzione rigida eleva la magistratura a potere dello Stato in tutte le sue componenti, giudicanti e requirenti; dove il principio del giudice naturale si connette fortemente agli ideali della democrazia e della pari eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, e dove gli ostacoli che quotidianamente vengono sistematicamente frapposti dai politici all'operato della magistratura - e di cui parlerò fra poco - dimostrano l'acquisita forza istituzionale della magistratura italiana<sup>40</sup> (anche se - deve ammettersi - insieme con questa, ne è scaturito, da parte di non pochi magistrati, un non commendevole presenzialismo).

Resta, a questo punto del discorso, solo il problema dei mezzi per la ricerca della verità a disposizione della magistratura nei procedimenti per reati extrafunzionali del Capo dello Stato. Di esso Ferrara si preoccupa chiedendosi quale sia la forza istituzionale e politica cui deve essere munito l'organo che, «prima dell'esercizio dell'azione penale, può attivare il procedimento inquisitorio nei confronti di un Capo dello Stato».

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

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

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

---

<sup>39</sup> **G. Ferrara**, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, cit., 598.

<sup>40</sup> Lasciamo da parte la forza politica, che è assolutamente fuori luogo e che non dovrebbe nemmeno essere evocata!

## **II. Le immunità penali extrafunzionali dei membri del Governo**

5. *I quattro provvedimenti di favore per il Presidente del Consiglio ed altre alte cariche. Un primo bilancio.*

Diversamente dal Presidente della Repubblica, a proposito del quale una parte della dottrina è favorevole all'improcedibilità temporanea relativamente ai reati comuni<sup>41</sup>, è assolutamente pacifica la procedibilità dinanzi ai giudizi comuni dei processi per reati extrafunzionali contro il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri.

Perciò, tranne che per il problema, se spetti all'autorità giudiziaria o alla singola Camera di qualificare la natura comune o funzionale del reato eventualmente contestato al Ministro<sup>42</sup>, ben più semplice e rapido sarebbe il discorso sulle immunità penali extrafunzionali se i Ministri (nel 2010) e il Presidente del Consiglio (a partire dal 2003) non fossero stati fatti oggetto di provvedimenti legislativi finalizzati a introdurre improcedibilità temporanee nei processi per reati extrafunzionali.

Tali provvedimenti sono finora quattro di cui uno ancora *in itinere*, ma ciò nondimeno degno di essere discusso.

Il primo provvedimento (art. 1 della legge 20 giugno 2003, n. 140, impropriamente denominato "lodo" Schifani) sospendeva i processi penali per reati extrafunzionali nei confronti, oltre che del Presidente del Consiglio dei ministri, del Presidente della Repubblica, dei Presidenti delle Camere e del Presidente della Corte costituzionale. Sospendeva i processi anche se in corso ed anche se relativi a fatti antecedenti all'entrata in vigore della legge; bloccava automaticamente anche l'azione civile esercitata in sede penale e spiegava effetti fino alla cessazione della carica (era pertanto reiterabile anche in caso di assunzione di una delle altre quattro cariche). Il corso della prescrizione rimaneva sospeso per tutta la durata della sospensione.

Il secondo provvedimento (art. unico della legge 23 luglio 2008, n. 124, impropriamente denominato "lodo" Alfano), approvato dopo la dichiarazione d'incostituzionalità del c.d. lodo Schifani (sent. n. 24 del 2004), sospendeva i processi penali per reati extrafunzionali nei confronti, oltre che del Presidente del Consiglio dei ministri, del Presidente della Repubblica e dei Presidenti delle Camere. Sospendeva i processi anche se in corso ed anche se relativi a fatti antecedenti all'entrata in vigore della legge. La sospensione era rinunciabile e operava per l'intera durata della carica o della funzione e non era reiterabile salvo il caso di nuova nomina nel corso della stessa legislatura.

---

<sup>41</sup> V. *supra* la nota 21

<sup>42</sup> V. infatti la sent. 24 luglio 2009, n. 241, a cui ha fatto seguito il ricorso per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevato dal Tribunale di Livorno, sez. di Cecina, ord. 18 dicembre 2009, in G.U., serie spec., n. 40 del 6 ottobre 2010.

Il corso della prescrizione rimaneva sospeso per tutta la durata della sospensione. La parte civile avrebbe potuto trasferire l'azione in sede civile.

Il terzo provvedimento (artt. 1 e 2 della legge 7 aprile 2010, n. 51, proponente, tra gli altri, l'on. Vietti), approvato dopo la dichiarazione d'incostituzionalità del c.d. lodo Alfano (sent. n. 262 del 2009) non sospende il corso dei processi ma statuisce che tutte le attività funzionali del Presidente del Consiglio e dei Ministri, individuate con rinvio a talune leggi, e comunque coesenziali alle funzioni di governo, costituiscono legittimo impedimento, ai sensi dell'art. 420-ter c.p.p., a comparire nelle udienze dei procedimenti penali nelle quali il *Premier* e i Ministri siano imputati. Il corso della prescrizione rimane sospeso per tutta la durata del rinvio. Tali disposizioni, recita l'art. 2, «si applicano fino alla data di entrata in vigore della legge costituzionale recante la disciplina organica delle prerogative del Presidente del Consiglio dei ministri e dei Ministri, nonché della disciplina attuativa delle modalità di partecipazione degli stessi ai processi penali e comunque non oltre i diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, ai sensi dell'art. 96 Cost., al fine di consentire al Presidente del Consiglio dei Ministri e ai Ministri il sereno svolgimento delle funzioni attribuite dalla Costituzione e dalla legge».

Il quarto provvedimento - com'è noto, tuttora, in sede referente - è il d.d.l.cost. n. 2180 AS (XVI leg.), il quale, così come emendato, ora prevede che quando l'autorità giudiziaria ordinaria esercita l'azione penale nei confronti del Presidente della Repubblica o del Presidente del Consiglio dei Ministri anche per i processi in corso ed «anche in relazione a fatti antecedenti all'assunzione della carica»<sup>43</sup>, e nei confronti dei Ministri solo per fatti successivi all'assunzione della carica, ne dà rispettivamente immediata comunicazione al Senato, per il Presidente della Repubblica, e alla Camera di appartenenza, per il Presidente del Consiglio e per i Ministri, trasmettendo gli atti del procedimento. Entro il termine di novanta giorni, nel corso dei quali il procedimento è sospeso, il Parlamento in seduta comune - per il Presidente della Repubblica - e la Camera competente - per il *Premier* e per i Ministri - possono disporre la sospensione del processo. La sospensione del processo opera per l'intera durata della carica o della funzione e il corso della prescrizione rimane a sua volta sospeso per tutta la durata della sospensione.

---

<sup>43</sup> Per la verità, di questo particolare i proponenti si erano però inspiegabilmente dimenticati, nella formulazione originaria, proprio con riferimento al Presidente del Consiglio e ai Ministri. Di qui l'emendamento Vizzini n. 01.100 presentato il 19 ottobre 2010, limitando però al Presidente del Consiglio (e ultroneo quanto al Presidente della Repubblica) che tanto scalpore sollevò nell'opinione pubblica, ma che sarebbe stato assai strano se non fosse stato inserito nel testo, posto che le vicende processuali che interessano l'on. Berlusconi riguardano prevalentemente, se non esclusivamente, fatti commessi prima dell'assunzione della carica.

Nel caso vi sia costituzione di parte civile, la parte può trasferire l'azione in sede civile.

Tentiamo ora un primo bilancio del contenuto dei quattro provvedimenti.

Quanto alle cariche “tutelate” risulta che il Presidente della Corte costituzionale risulta beneficiario una sola volta (oltre tutto...per merito di un generoso *aberratio ictus* della c.d legge Schifani che non aveva tenuto conto dell'art. 3 della legge cost. n. 1 del 1948 che già tutelava adeguatamente, anche per i fatti extrafunzionali, il Presidente della Corte costituzionale)<sup>44</sup>; i Presidenti delle Camere e i Ministri due volte su quattro; il Presidente della Repubblica tre volte su quattro (ma discontinuamente perché il Capo dello Stato sparisce nel terzo provvedimento per riapparire nel quarto). Il Presidente del Consiglio è l'unico sempre beneficiario.

In tutti e quattro i provvedimenti la sospensione riguarda i soli processi penali per reati extrafunzionali, si applica ai processi in corso nonché «anche in relazione a fatti antecedenti all'assunzione della carica». Come già avvertito in nota, quest'ultimo inciso - evidentemente un “copia-incolla” mal riuscito - non appariva, nel testo originario del d.d.l. cost. n. 2180 proprio con riferimento al Presidente del Consiglio ed ai Ministri. Di qui l'emendamento “riparatore” del sen. Vizzini n. 01.100 presentato il 19 ottobre 2010 (che però non si occupa dei Ministri, confermando così l'impressione che sarebbero stati inclusi nel d.d.l. cost. n. 2180 solo a fini “decorativi”).

Il fatto che il Presidente del Consiglio sia l'unico beneficiario in tutti e quattro i provvedimenti, che essi si applichino anche ai processi in corso nonché «anche in relazione a fatti antecedenti all'assunzione della carica» rende evidente e indiscutibile, anche dal punto di vista strettamente giuridico, ciò che tutti sanno e che tutti dicono (anche il Ministro di giustizia e i parlamentari di maggioranza ne parlano liberamente), ma di cui la Corte costituzionale - in quanto giudice delle leggi che si presumono astratte e generali - non ha finora fatto oggetto di specifica considerazione: vale a dire che tutte e quattro le leggi qui in esame avevano ed hanno un unico scopo: quello di imporre «alla giurisdizione penale una sorta di *stand by* in ragione del *munus publicum* di cui è gravato l'imputato, che di fatto diviene improcessabile per tutto il tempo del suo mandato»<sup>45</sup> (ovviamente con riferimento ai reati comuni anche se commessi prima dell'assunzione della carica).

---

<sup>44</sup> V. la garbata, ma ferma sottolineatura della Corte costituzionale nella parte finale del n. 8 del «considerato in diritto» della sent. n. 24 del 2004.

<sup>45</sup> **G. Giostra**, *Repetita non iuvant*, in *Giur. cost.*, 2009, 3708.

In definitiva, al di là delle apparenze, il beneficiario è uno solo<sup>46</sup>, sia perché è l'unico che appare sempre, sia perché sono le sue vicende processuali anteriori alla carica ad evidenziarlo. Gli altri soggetti indirettamente beneficiati in considerazione della carica ricoperta sono – *absit iniuria verbis* ! – soltanto dei comprimari utili ad un solo scopo: quello di evitare che anche il più sciocco elettore si renda conto della gravità del privilegio personale che, sotto le mentite spoglie di una prerogativa della carica, viene riconosciuto ad un singolo soggetto.

6. *La legge Vietti sul legittimo impedimento. «Il sereno svolgimento delle funzioni» nelle sentenze nn. 24 del 2004 e 262 del 2009.*

Ciò detto, mi occuperò innanzi tutto della c.d. legge sul legittimo impedimento, in quanto la disamina di questo provvedimento - l'unico vigente dei quattro sopra esaminati - consente una precisazione preliminare che mi sembra doverosa.

Infatti la legge n. 51 del 2010 esplicitamente individua la sua *ratio* nella tutela del «sereno svolgimento delle funzioni attribuite dalla Costituzione e dalla legge» (art. 2 comma 1 in fine) con riferimento anche a fatti extrafunzionali posti in essere dal titolare della carica. Il che era stato dapprima sostenuto, ma senza successo, dinanzi alla Corte costituzionale, dalla Presidenza del Consiglio e dalla difesa dell'on. Berlusconi sia nel giudizio di legittimità relativo alla legge Schifani, sia in quello relativo alla legge Alfano. La stessa *ratio* è stata parimenti invocata dai proponenti nell'*incipit* della relazione illustrativa del c.d. lodo Alfano costituzionalizzato (d.d.l. cost. n. 2180 AS)<sup>47</sup>.

Si è perciò volutamente insistito in un equivoco creato ad arte dai difensori del Presidente del Consiglio e dell'on. Berlusconi nei giudizi conclusi con le sentenze nn. 24 del 2004 e 262 del 2009, e cioè di far passare come tutela processuale della funzione quella che in effetti, concernendo reati comuni, altro non è che una tutela processuale della persona fisica preposta alla carica. Un equivoco nel quale la Corte costituzionale non è caduta né nella prima né nella seconda delle due sentenze.

Nella sent. n. 24 del 2004 la Corte ha bensì affermato che «il bene che la misura in esame vuol tutelare deve essere ravvisato nell'assicurazione del

---

<sup>46</sup> ... come del resto risulta dalla lettera indirizzata dall'on. Berlusconi al Presidente del Senato Schifani il 26 giugno 2008 – e cioè qualche giorno prima dell'approvazione del c.d. Lodo Alfano – nel quale egli lamentava «l'ostinata inclinazione dei magistrati milanesi a perseguire penalmente il *Premier* in carica». Così, **R. Orlandi**, *Illegittimi privilegi*, in *Cass. pen.*, 2010, 45, il quale esattamente rileva che, vera che fosse tale critica, la legge processuale offriva al Presidente del Consiglio la ricsuzione come mezzo «per fronteggiare e rimediare storture di questo tipo».

<sup>47</sup> « Onorevoli senatori, il presente disegno di legge costituzionale contiene disposizioni a tutela dell'interesse al sereno svolgimento delle funzioni che fanno capo alle alte cariche dello Stato....».

sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche» e che questo bene costituirebbe il fondamento della «presunzione assoluta di legittimo impedimento» (*cons. in diritto*, n. 4, inizio). Ma queste due affermazioni della Corte non sono conclusive del discorso (come ritengono e vorrebbero far credere i sostenitori delle predette iniziative legislative), ma si collocano all'inizio della disamina della questione vera e propria. Costituiscono, per così dire, il *thema decidendum*. Ciò è tanto vero che, al termine dello stesso n. 4, la Corte così scrive: «Occorre ora accertare e valutare come la norma incida sui principi del processo e sulle posizioni e i diritti in esso coinvolti».

Avendo, la Corte costituzionale, con la declaratoria d'incostituzionalità della legge Schifani, respinto la tesi che la legge n. 140 del 2003 assicurasse effettivamente il «sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche», non si vede allora come quelle parole iniziali possano rappresentare, in positivo, il pensiero della Corte e come abbiano potuto essere ulteriormente utilizzate in quel senso. Nella puntuale disamina dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003 è infatti risultato chiaro alla Corte che la tutela era stata apprestata dalla legge Schifani alla persona fisica titolare della carica (e non alla carica) con conseguente creazione «di un regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione» (*cons. in diritto*, n. 6, inizio).

La rilettura di questi passaggi della sent. n. 24 del 2004 da parte della stessa Corte costituzionale nella successiva sent. n. 262 del 2009 giunge a conclusioni analoghe ma più nette. Dopo averli riassunti, la Corte così conclude: «Da tali inequivoche affermazioni discende il corollario che la sospensione processuale prevista dalla legge n. 140 del 2003 ha la *ratio* di proteggere la funzione pubblica, assicurando ai titolari delle alte cariche il sereno svolgimento delle loro funzioni (e, indirettamente, di quelle dell'organo al quale essi appartengono) attraverso l'attribuzione di uno specifico *status* protettivo». E aggiunge assai significativamente: «Non viene in rilievo, dunque, l'aspetto psicologico, individuale e contingente, della soggettiva serenità del singolo titolare della carica statale, ma solo l'obiettiva protezione del regolare svolgimento delle attività connesse alla carica stessa...». Su questo punto, importantissimo, avremo modo di tornare.

Poiché, per giustificare la rinunciabilità della sospensione (art. 1 comma 2 della legge Alfano), i difensori dell'on. Berlusconi avevano sostenuto «spericolatamente»<sup>48</sup> che il legittimo impedimento era tutelato dalla legge n. 124 del 2008 come un aspetto del diritto di difesa «personale» del Presidente del Consiglio, ben più di quanto l'art. 24 Cost. tuteli gli altri cittadini (secondo i difensori dell'on. Berlusconi la sospensione processuale addirittura serviva al *Premier* per prepararsi per le udienze!), la Corte sottolinea che «sarebbe

---

<sup>48</sup> ...forse senza riflettere sulla circostanza che la difesa personale non è ammessa dinanzi alla Corte di cassazione e, ciò non di meno, anche i processi in cassazione sarebbero stati sospesi *ex lege*. Così **G. Giostra**, *Repetita non iuvant*, cit., 3709 s..

intrinsecamente irragionevole e sproporzionato, rispetto alla suddetta finalità (la tutela del diritto di difesa: n.d.r.), la previsione di una presunzione legale assoluta di legittimo impedimento derivante dal solo fatto della titolarità della carica».

Il che, come subito avvertito in dottrina, suonava come un *de profundis* per la legge sul legittimo impedimento (legge n. 51 del 2010) prima ancora che essa venisse approvata<sup>49</sup>.

7. «*Il sereno svolgimento*» può venire in gioco solo in riferimento ad atti e fatti della funzione. La sentenza della Corte Suprema degli S.U. nel caso Clinton vs. Jones e la sentenza della Corte costituzionale n. 225 del 2001.

In verità dovrebbe essere ben chiaro che il nostro ordinamento, come tutti gli ordinamenti, tutela bensì il «sereno svolgimento delle funzioni attribuite dalla Costituzione e dalla legge», ma solo in corrispondenza all'esercizio delle funzioni esercitate dal titolare della carica.

Di qui la speciale disciplina sostanziale a tutela dell'insindacabilità dei voti e delle opinioni del parlamentare prevista dall'art. 68 comma 1 (oltre a quella processuale a tutela dello *status* del medesimo prevista dall'art. 68 commi 2 e 3); la speciale disciplina sostanziale e processuale prevista per i reati funzionali del Presidente della Repubblica dall'art. 90 Cost. e dalla legge cost. n. 1 del 1989; la speciale disciplina processuale prevista per i reati funzionali del Presidente del Consiglio e dei Ministri dall'art. 96 e dalla legge cost. n. 1 del 1989; infine la speciale disciplina prevista a tutela dell'insindacabilità dei voti e delle opinioni del consigliere regionale dall'art. 122 comma 4 Cost.

Nella sent. n. 262 del 2009, facendo chiarezza di talune ambiguità presenti nella sent. 24 del 2004, la Corte, nella stessa linea di quanto fin qui osservato, riconosce che, per il tramite della previsione di una prerogativa costituzionale, può bensì essere assicurato «ai titolari delle alte cariche il sereno svolgimento delle loro funzioni (e, indirettamente, di quelle dell'organo al quale essi appartengono)» e che in tal senso anche la sospensione processuale in ragione dello *status* potrebbe essere considerata una prerogativa costituzionale, ma sempre che la sua *ratio* sia quella di proteggere la funzione pubblica<sup>50</sup>.

Ciò detto, la Corte - come già ricordato - sottolinea che quando si parla di «sereno svolgimento delle funzioni» «(n)on viene in rilievo (...) l'aspetto psicologico, individuale e contingente, della soggettiva serenità del singolo

---

<sup>49</sup> L. Carlassare, *Indicazioni sul legittimo impedimento e punti fermi sulla posizione del Presidente del Consiglio in una decisione prevedibile*, in *Giur. cost.*, 2009, 3707.

<sup>50</sup> G. Giostra, *Repetita non iuvant*, cit., 3715 ss. ricorda come in dottrina si siano opportunamente evidenziati i molti inconvenienti tecnici derivanti dal *black out* processuale conseguente alle sospensioni *ex lege*.

titolare della carica statale, ma solo l'obiettivo protezione del regolare svolgimento delle attività connesse alla carica stessa...». *Ergo*, per la Corte costituzionale, la tutela del sereno svolgimento ha una ragione d'essere con riferimento agli atti e ai fatti di funzione. E tale non è la difesa in un processo per reati extrafunzionali.

Merita allora di essere ricordato, ancora una volta, come questa sia stata anche la linea di ragionamento seguito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997). In sede di ricorso avverso una contraria decisione della Corte federale d'appello, il Presidente Clinton - convenuto in procedimento civile per risarcimento danni da molestie sessuali arrecate alla signora Jones prima dell'assunzione della carica presidenziale - aveva sostenuto, non diversamente dal Presidente Berlusconi nel giudizio conclusosi con la sent. n. 262 del 2009, che i suoi impegni istituzionali fossero così gravi da non consentirgli di occuparsi d'altro; e che quindi il processo dovesse essere sospeso fino alla scadenza del mandato presidenziale. La Corte Suprema respinse il ricorso praticamente all'unanimità<sup>51</sup>, e nella sentenza resa sul caso, ribadì in primo luogo il precedente del caso *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 755, 759 (1982), sottolineando come, nella sua giurisprudenza, la Corte Suprema non avesse mai ritenuto che «il Presidente o qualsiasi altro pubblico funzionario goda di immunità per attività estranee all'esercizio delle sue funzioni», e che le immunità processuali si fondano «sulla natura delle funzioni e non sull'identità del titolare della carica» (*Forrester v. White*, 484 U.S. 219, 229-230 [1988]).

Quanto poi alla pretesa immunità temporanea prospettata dalla difesa del Presidente Clinton in considerazione della peculiarità e onerosità della carica presidenziale (una «carica così unica, con responsabilità e poteri talmente vasti ed importanti, che il pubblico interesse gli richiede di dedicare ai pubblici doveri tutto il suo tempo e tutta la sua attenzione»), la Corte Suprema negò che, a fondamento di essa, potesse essere richiamata la dottrina della separazione dei poteri in quanto la signora Jones si era limitata a chiedere all'adita Corte federale di esercitare le normali funzioni costituzionalmente previste dall'art. III Cost. USA con riferimento a comportamenti privati e non ad attività funzionali dell'Esecutivo.

Esclusa la tutela costituzionale del legittimo impedimento dovuto all'esercizio della carica pubblica, la Corte Suprema ebbe tuttavia cura di avvertire che rientra nella competenza della Corte distrettuale di valutare l'opportunità o meno di concedere, di volta in volta, eventuali rinvii del dibattimento. In altre parole, secondo la Corte Suprema, non c'è bisogno di prevedere per legge un'immunità processuale temporanea per reati extrafunzionali, quando il problema può essere agevolmente risolto dalla

---

<sup>51</sup> Ben sette furono i *justices* favorevoli all'«*opinion for the Court*» redatta dal *justice* Stevens. Il *justice* Breyer esprime una «*concurring opinion*». Quindi non vi furono dissensi sul voto.

Corte federale contemperando le esigenze del calendario d'udienza con quelle della difesa del Presidente.

Il che, a ben vedere, è quanto la stessa Corte costituzionale aveva prospettato nella sent. n. 225 del 2001, decidendo il conflitto sollevato dal Senato della Repubblica contro il GIP del Tribunale di Milano, allorché aveva osservato che «(p)er risolvere il conflitto, non v'è luogo ad individuare regole speciali, derogatorie del diritto comune» e che «in linea di principio, non sarebbe impossibile adattare i calendari delle udienze, preventivamente stabiliti e discussi con le parti, in modo da tener conto di prospettati impegni parlamentari concomitanti dell'imputato. E' ben noto infatti che vi sono giorni della settimana (di massima, almeno il lunedì e il sabato, oltre naturalmente la domenica) e periodi dell'anno in cui non vengono programmate riunioni degli organi parlamentari»<sup>52</sup>.

Al che va aggiunto che dal canto sua la Corte di cassazione, sez. I pen., con la sentenza 9 maggio 1995, n. 2832<sup>53</sup>, aveva già statuito che l'art. 2 della legge 27 maggio 1949, n. 2832, che prevede il divieto di attività processuali nei giorni festivi, ha una funzione meramente direttiva, la cui violazione è priva di sanzione.

Dal che consegue che, volendolo, tutti gli ipotetici impedimenti potrebbero senza difficoltà essere superati, con un po' di buona volontà sia da parte del giudice che delle parti in causa. Tanto più che la tesi secondo la quale lo *status* di Presidente della Repubblica, di Presidente del Consiglio e di Ministro sarebbe incompatibile con quello di imputato è normativamente smentita dagli artt. 90 e 96 Cost., dalla legge cost. n. 1 del 1989 e dalla legge n. 219 del 1989 «là dove implicitamente prevedono processi per le alte cariche dello Stato»<sup>54</sup>.

Venendo poi alla cronaca quotidiana, come è possibile sostenere, con una qualche serietà, che gli impegni istituzionali del Presidente del Consiglio sarebbero così pervasivi da non consentirgli di presenziare alle udienze come imputato, se nell'aprile del 2010 il Presidente Berlusconi ha assunto l'*interim* del Ministero dello Sviluppo economico - che certamente è assai più impegnativo della presenza in qualche udienza - e lo ha mantenuto per quasi cinque mesi nonostante le pressanti richieste dell'opposizione, della Confindustria e delle organizzazioni sindacali dei lavoratori a che egli procedesse a proporre al Presidente della Repubblica il nome del titolare *pleno jure* del Ministero?

---

<sup>52</sup> Corte cost., sent. n. 225 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, 1974 ss., spec. 1986 s.

<sup>53</sup> In *Giust. pen.*, 1996, III, 221.

<sup>54</sup> **G. Giostra**, *Repetita non iuvant*, cit., 3711.

8. *Intermezzo. Qualche ulteriore cenno sull'ordinamento statunitense e su una condivisibile proposta che ad esso si ispira.*

Qualora poi si obietti che i principi affermati in *Clinton v. Jones* sono stati formulati con riferimento ad un giudizio civile per danni, e che diversa sarebbe la conclusione della Corte Suprema degli Stati Uniti se si trattasse di un processo penale per reati comuni, è facile replicare che la Corte Suprema giungerebbe alle stesse conclusioni avendo già statuito, in un incidente processuale relativo ad un processo penale (il caso *Watergate*) che l'*executive privilege* può essere opposto solo con riferimento ad atti di funzione<sup>55</sup>. D'altra parte, non solo è inconcepibile in quell'ordinamento che un Presidente resti in carica ancorché coinvolto nella commissione di un grave reato (art. III, sez. IV) ma deve aggiungersi che, qualora il Presidente negasse il fatto pur essendoci elementi che dimostrino il contrario, egli correrebbe il rischio - ancorché il fatto commesso non costituisca reato (si pensi al caso *Clinton - Lewinsky*) - di essere sottoposto a *impeachment* da parte del Congresso per essere venuto meno all'impegno, assunto formalmente con giuramento prima di assumere la carica, di adempiere con lealtà i suoi doveri.

L'ipotesi più favorevole al Presidente è quindi, che gli venga riconosciuto il diritto, in quanto imputato, ad un processo rapido e veloce (VI em. Cost. USA), per evitare sia una possibile dispersione delle prove, sia il gravissimo pregiudizio all'immagine pubblica, negli Stati Uniti e nel mondo, di un Presidente in carica che voglia, ciò non di meno, sottrarsi alla giustizia, per reati comuni <sup>56</sup>.

Nella stessa linea di pensiero si è giustamente prospettato in Italia che «l'unico modo per rimuovere l'onta, se innocente, e per consentire il recupero della serenità perduta, dovrebbe essere quello della definizione del processo in un tempo che sia "ragionevole", come richiesto dall'art. 111 comma 2 Cost. Forse, rispetto a quest'ultima esigenza, la posizione dell'alta carica istituzionale potrebbe essere differenziata, predisponendo una "corsia preferenziale" per la definizione del giudizio in cui si trovi coinvolta. Si tratterebbe comunque di una deroga, probabilmente bisognevole di legge costituzionale, che potrebbe essere considerata in armonia (o almeno non in contrasto) con i principi fondamentali dello Stato di diritto, essendo peraltro rivolta ad effettivamente tutelare il "prestigio delle istituzioni", garantendo,

---

<sup>55</sup> Si tratta del caso *United States vs. Nixon*, 418 U.S. 711 (1974), nel quale la *Supreme Court*, dovendo decidere sulla legittimità di un ordine di esibizione di talune registrazioni di comunicazioni telefoniche (rilevanti ai fini di un processo penale) rivolto al Presidente Nixon da una Corte federale, ne statuì la legittimità, in quanto - disse la Corte - l'*executive privilege* copre soltanto gli atti e i fatti posti in essere nell'esercizio delle funzioni presidenziali.

<sup>56</sup> **L.H. Tribe**, *American Constitutional Law*, III ed., Foundation Press, New York, 2000, 756.

insieme, il diritto della persona offesa dal reato ad un immediato “accesso ad un tribunale”»<sup>57</sup>.

9. *Sull'illegittimità costituzionale della legge n. 51 del 2010 per contrasto con gli artt. 3 e 101 Cost.*

Chiuso l'intermezzo comparatistico con relativo richiamo ad una intelligente proposta *de iure condendo* che in un paese attento ai valori istituzionali non mancherebbe di incontrare il favore *bipartisan* dei politici più autorevoli, torniamo al terzo dei quattro provvedimenti.

Si è già visto come la Corte costituzionale, a fronte della tesi sostenuta dai difensori dell'on. Berlusconi, secondo la quale la sospensione prevista dalla legge Alfano era da ritenersi funzionale allo “speciale” diritto di autodifesa del Presidente del Consiglio, abbia osservato, nella sent. n. 262 del 2009, che «sarebbe intrinsecamente irragionevole e sproporzionato, rispetto alla suddetta finalità, la previsione di una presunzione legale assoluta di legittimo impedimento derivante dal solo fatto della titolarità della carica».

Ebbene, nonostante questa chiara presa di posizione, il Parlamento ha approvato la legge contenente «Disposizioni in materia di impedimento a comparire in udienza» (legge n. 51 del 2010), che solleva numerose perplessità.

In primo luogo l'art. 1 comma 1 di tale legge, andando contro la citata sentenza della Corte costituzionale, sancisce una presunzione “assoluta” di “legittimo impedimento” con riferimento non già a talune specifiche situazioni, bensì con rinvio a varie disposizioni che “genericamente” prescrivono quali siano le attribuzioni del *Premier*. Le quali, singolarmente analizzate, non implicano però la sussistenza di un impedimento (tanto meno, assoluto) a comparire dinanzi al magistrato in quel preciso giorno e a quella data ora, il che urta contro l'enunciato dell'art. 420 *ter* c.p.p., esplicitamente richiamato dall'art. 1 comma 1<sup>58</sup>. L'art. 420 *ter* dispone infatti che l'impedimento dell'imputato a comparire dinanzi al giudice, per essere rilevante, deve essere “assoluto”: presuppone cioè uno specifico accertamento di fatto, che invece l'art. 1 comma 1 contraddittoriamente omette, violando

---

<sup>57</sup> **M. Ruotolo**, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, in *Giur. it.*, 2009, p. 787.

<sup>58</sup> Che in un'ipotetica legge sul legittimo impedimento le relative ipotesi avrebbero dovuto essere «rigorosamente definite e circoscritte» è stato subito rilevato da **V. 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, 4539, all'indomani della sent. n. 262 del 2009.

così l'art. 3 Cost. Il che non consente di dare, alla legge n. 51 del 2010, un'interpretazione costituzionalmente conforme<sup>59</sup>.

Né potrebbe obiettarsi che l'impedimento a comparire non si realizzerebbe *ope legis*, ma in conseguenza dell'attestato della Presidenza del Consiglio previsto dall'art. 1 comma 2. A parte l'ulteriore illegittimità ex artt. 3 e 101 Cost. che si annida nell'attribuzione alla Presidenza del Consiglio (e comunque non al Presidente del Consiglio come tale) di dichiarare, con effetti vincolanti sul corso del giudizio, che l'impedimento, correlato allo svolgimento delle funzioni di governo, è "continuativo", con conseguente rinvio del processo per un massimo di sei mesi sulla base di una dichiarazione "generica", è intuitivo che è l'art. 1 comma 1 della legge n. 51 a rendere possibile questa violazione dell'ordinario corso del processo.

In secondo luogo, l'art. 2 della legge n. 51 del 2010, come già il lodo Schifani e il lodo Alfano, esclude l'applicabilità della presunzione assoluta di legittimo impedimento ai giudizi penali per reati commessi dal *Premier* (e dai ministri) nell'esercizio delle loro funzioni. Di qui, ancora, la palese incongruenza, già rilevata dalla Corte con riferimento alle citate due leggi Schifani e Alfano. Viene infatti prevista in favore del *Premier*, imputato di un reato comune (nella specie, corruzione in atti giudiziari e frode fiscale) una prerogativa di cui invece lo stesso *Premier* non potrebbe godere con riferimento a reati eventualmente da lui compiuti nell'esercizio delle sue funzioni di governo. Ma se tale prerogativa non esiste per i reati funzionali - la cui disciplina di base è prevista nella legge costituzionale n. 1 del 1989, modificabile solo con un'altra legge di pari grado -, a maggior ragione non se ne può sostenere l'applicabilità con riferimento a processi per reati comuni, nei quali viene in gioco «il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione», la cui violazione è stata già ritenuta sufficiente dalla Corte per dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003.

In terzo luogo, e in linea con quest'ultima osservazione, va ancora una volta ricordato quanto detto all'inizio, e cioè che nella sent. n. 262 del 2009, la Corte costituzionale ha statuito che le prerogative (insindacabilità, scriminanti in genere, condizioni di procedibilità ecc.) di cui godono i titolari di organi costituzionali «sono sistematicamente regolate da norme di rango costituzionale», e quindi la loro previsione richiede che sia seguita la procedura di cui all'art. 138 Cost. Di qui, ancora una volta, il rilievo che solo

---

<sup>59</sup> Esattamente **A. Pugiotto**, *Inutile o incostituzionale. (Sul destino della legge n. 51 del 2010)*, in *Corr. giur.*, n. 10 del 2010, rileva infatti l'impossibilità di procedere ad una interpretazione adeguatrice della legge in questione, in quanto essa finirebbe per privare la legge n. 51 di qualsivoglia significato pratico. E' interessante rilevare che il p.m. Fabio De Pasquale, nel giudizio *a quo*, sostenne, in via principale, la tesi dell'interpretazione costituzionalmente conforme, ma questa fu rigettata dal Tribunale di Milano, il quale giustamente osservò che l'accoglimento di tale tesi si sarebbe risolto «in una sostanziale disapplicazione della nuova legge» (v. l'ord. 16 aprile 2010, in *G.U.*, serie spec., n. 24, 16 giugno 2010).

una legge costituzionale potrebbe prevedere una presunzione assoluta di legittimo impedimento del *Premier* e dei Ministri (sempre che - come già si è detto - non si ritenga che tale presunzione assoluta finisca per ledere - come in effetti lede - «il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione» e quindi il principio d'eguaglianza formale davanti alla legge).

In quarto luogo, è bensì vero che la Corte costituzionale, nella stessa sentenza n. 262 del 2009, ha affermato che la «deducibilità del legittimo impedimento a comparire nel processo penale (...) non costituisce prerogativa costituzionale», e quindi è disciplinabile dal legislatore ordinario. A tale conclusione la Corte è però giunta sul presupposto che il legittimo impedimento «prescinde dalla natura dell'attività» e costituisce una norma «di generale applicazione». Per contro il legittimo impedimento disciplinato dalla legge n. 51 del 2020 non è una norma di generale applicazione. Riguarda solo il *Premier* e i Ministri, e contro di essa non è ammissibile la prova contraria. Prefigura quindi una prerogativa del *Premier* e dei Ministri, per la cui previsione è però necessaria, come ha sottolineato nettamente la sent. n. 262 del 2009, una legge costituzionale.

In quinto luogo, secondo l'art. 1 comma 1 il regolare corso del processo penale sarebbe legittimamente ostacolato in conseguenza del doveroso esercizio delle funzioni di governo. Ammesso pure che ciò sia vero (e non si ritenga invece che l'art. 1 comma 1 intenda illegittimamente tutelare «l'aspetto psicologico, individuale e contingente, della soggettiva serenità del singolo titolare della carica» il che sarebbe irrilevante secondo la sent. n. 262 del 2009), deve però essere sottolineato che se è vero che la Corte costituzionale ha già deciso, in passato, nella citata sentenza n. 225 del 2001 relativa al caso Previti, che l'esercizio della funzione giurisdizionale non prevale aprioristicamente sulla politica, è altrettanto vero che, a sua volta, la politica non può prevalere aprioristicamente sull'esercizio della funzione giurisdizionale, violando così, sotto altro profilo, l'art. 101 comma 1 Cost. Ne segue che il bilanciamento tra i due valori costituzionali non può essere effettuato una volta per tutte dal legislatore ordinario facendo aprioristicamente prevalere la politica sulla giurisdizione. A tale bilanciamento, secondo i principi del nostro Stato di diritto costituzionale, dovrebbe provvedere un organo-terzo, e cioè il giudice naturale nella persona del magistrato competente, con una decisione da assumere di volta in volta, secondo le comuni regole (così, ancora, la sent. n. 225 del 2001).

Infine, l'art. 2 della legge n. 51 del 2010 prevede che le disposizioni sul legittimo impedimento si applicano fino alla data di entrata in vigore della legge costituzionale recante la disciplina organica delle prerogative del Presidente del Consiglio dei ministri e dei Ministri (e cioè del c.d. lodo Alfano «costituzionalizzato» che però nel frattempo vi ha incluso anche il Presidente della Repubblica!). E' allora evidente come la legge n. 51 del 2010 pretenda di essere una «legge-ponte» che blocca lo *status quo* in attesa dell' auspicata legge costituzionale. Con il che gli estensori della legge n. 51 del 2010

finiscono però implicitamente per ammettere che, per disciplinare il legittimo impedimento del *Premier* e dei Ministri, occorre una legge costituzionale e che il tentativo di anticiparne l'efficacia con una legge ordinaria è un fuori d'opera. Se infatti è la stessa legge n. 51 a riconoscere che l'altra parte del ponte - quella ancora da costruire - sarà posta cento metri più in alto (con legge costituzionale), come può il legislatore ordinario pretendere di collegarvisi, sia pure transitoriamente, avendo consapevolmente collocato la legge n. 51 del 2010 cento metri più in basso?

10. *Sull'illegittimità costituzionale del d.d.l. cost. n. 2180 AS per contrasto con l'art. 3 Cost., con riferimento al Presidente della Repubblica.*

E veniamo finalmente all'ultimo dei quattro provvedimenti, tuttora *in itinere*. Le brevi considerazioni che farò richiedono però una premessa, perché, diversamente dalle altre ipotesi, qui si tratta di un d.d.l. costituzionale. Mi sembra infatti davvero "illuministico"<sup>60</sup> ipotizzare che, una volta approvata la legge costituzionale in questione dal Parlamento (con o senza referendum confermativo), la Corte costituzionale avrebbe la forza di dichiararla incostituzionale.

Ciò non di meno non è inutile che i costituzionalisti discutano sul se il d.d.l. cost. n. 2180 AS sia o meno incostituzionale, solo che, questa volta, le loro argomentazioni non possono che rivolgersi ai parlamentari e all'opinione pubblica oltre che alla Corte costituzionale, facendo quindi valere i valori sottesi alla nostra Costituzione prima ancora delle disposizioni costituzionali violate.

Ciò detto, passo a trattare del d.d.l. in questione. Come le leggi Schifani e Alfano, il d.d.l. cost. n. 2180 AS prevede, ancora una volta, la sospensione<sup>61</sup> dei processi penali a carico del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio e dei Ministri, ma solo in favore dei primi due «anche in relazione a fatti antecedenti all'assunzione della carica». Il d.d.l. n. 2180 adotta però un diverso meccanismo: l'autorità giudiziaria, quando esercita l'azione penale nei confronti del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio e dei Ministri deve darne immediata comunicazione alla Camera di appartenenza nel caso del Presidente del Consiglio e dei Ministri e al Senato nel caso del

---

<sup>60</sup> Lo riconosce **F. Modugno**, *Prerogative (o privilegi?) costituzionali e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 3998, ancorché egli sostenga che la Corte costituzionale potrebbe dichiarare l'incostituzionalità ex art. 3 Cost. di una legge costituzionale che incidesse sul contenuto minimo del principio di eguaglianza.

<sup>61</sup> ... che costituisce un'immunità temporanea (così Corte cost., sent. n. 262 del 2009, *cons. in dir.*, n. 7.3.1.), ancorché da taluni parlamentari di maggioranza ci si ostini a sostenere il contrario (v. ad es. l'intervista del sen. Vizzini rilasciata nel corso della trasmissione "il lodo Alfano" sul canale Sky n. 130 "Current", andata in onda il 12, il 13 e il 14 novembre 2010). Sul punto in tal senso v. anche **A. Pugiotto**, *La seconda volta*, cit., 58 s. e **R. Bin**, *Le molte implicazioni della "sentenza Alfano"*, in *Dir. e proc. pen.*, 2010, 41 ss. (spec. il pgf. 4).

Presidente della Repubblica. Dal momento della comunicazione il procedimento penale è sospeso per novanta giorni. Entro tale termine il Parlamento in seduta comune, per il Capo dello Stato, o la Camera di appartenenza per il *Premier* e per i Ministri possono disporre, a maggioranza semplice, la sospensione del processo.

Con riferimento a questo testo il Presidente Napolitano, il 22 ottobre, ha fatto pervenire al relatore e Presidente della I Commissione del Senato sen. Vizzini, una lettera di cui qui di seguito trascrivo due passi tra di loro strettamente collegati.

Il primo: «Ritengo di dover esprimere profonde perplessità sulla conferma da parte della Commissione della scelta d'innovare la normativa vigente prevedendo che la sospensione dei processi penali riguardi anche il Presidente della Repubblica. Questa previsione non era del resto contenuta nella legge Alfano da me promulgata il 23 luglio 2008».

Il secondo: «Non posso (...) fare a meno di rilevare che la decisione assunta dalla commissione da lei presieduta incide, al di là della mia persona, sullo *status* complessivo del Presidente della Repubblica riducendone l'indipendenza nell'esercizio delle sue funzioni. Infatti tale decisione, che contrasta con la normativa vigente risultante dall'articolo 90 della Costituzione e da una costante prassi costituzionale, appare viziata da palese irragionevolezza nella parte in cui consente al Parlamento in seduta comune di far valere asserite responsabilità penali del Presidente della Repubblica a maggioranza semplice anche per atti diversi dalle fattispecie previste dal citato articolo 90».

Il primo passo sembrerebbe a prima vista sibillino, perché anche la legge Alfano prevedeva la sospensione dei processi penali per reati comuni nei confronti del Presidente della Repubblica. La diversità rispetto alla legge n. 124 del 2008, a ben vedere, è un'altra. Mentre nel c.d. lodo Alfano "ordinario" la sospensione era automatica (il che, per altro verso, non aveva soddisfatto la Corte costituzionale - anche con riferimento al Capo dello Stato - né nella sent. n. 24 del 2004, né nella sent. n. 262 del 2009, essendo irrazionale che la sospensione possa automaticamente operare come per i reati minori così anche per i reati più gravi)<sup>62</sup>, nel lodo Alfano "costituzionalizzato" la sospensione passa attraverso una delibera del Parlamento in seduta comune, la qual cosa mentre è ragionevole nell'ottica della Corte - e s'imporrebbe anche in caso di legge costituzionale <sup>63</sup> - non lo è dall'angolo visuale del

---

<sup>62</sup> In tal senso v. **L. Elia**, nell'audizione informale resa il 16 luglio 2008 alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia) del Senato, pubblicata col titolo *Sul lodo Alfano* in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Sul punto v. anche **A. Pace**, *I limiti del potere*, cit., 185 s.

<sup>63</sup> In questo senso v. **P. Faraguna**, «*Lodo ter*»: *legge costituzionale necessaria, ma non sufficiente*, in *Studium urbis*, 369 s.

Presidente della Repubblica, secondo il quale, come evidenzia il secondo passo sopra riportato, il d.d.l. cost. n. 2180 AS contrasterebbe «con la normativa vigente risultante dall'articolo 90 della Costituzione e da una costante prassi costituzionale».

Il che però è fortemente discutibile per ciò che riguarda la normativa vigente, ciò non risultando né dai lavori dell'Assemblea costituente, né dalla legislazione ordinaria, né dalla prassi: il c.d. precedente Scalfaro non essendo mai stato in precedenza invocato da alcuno né con riferimento al c.d. lodo Schifani, né con riferimento al c.d. lodo Alfano.

La tesi dell'improcedibilità temporanea è invece tuttora sostenuta da svariati studiosi, tra cui alcuni anche autorevoli <sup>64</sup>. Quindi è soprattutto a questa dottrina favorevole all'improcedibilità che il Presidente della Repubblica ha probabilmente inteso fare riferimento. Ebbene, se si ha presente questa avvertenza il discorso del Presidente Napolitano diviene comprensibile e lineare. Infatti se il Capo dello Stato ritiene, in coscienza, di essere titolare della prerogativa dell'improcedibilità penale temporanea per i reati extrafunzionali, è ovvio che egli non possa non opporsi al d.d.l. cost. n. 2180 AS che estende al Presidente della Repubblica un'ulteriore (e quindi non necessaria) garanzia di improcedibilità, oltre tutto condizionata ad una decisione rimessa alla volontà del Parlamento in seduta comune, deliberata a maggioranza relativa<sup>65</sup>.

Probabilmente, come hanno osservato alcuni commentatori, c'è anche un'altra ragione che ha spinto il Presidente a dissentire dal d.d.l. cost. n. 2180, e cioè che l'accostamento del *solo* Presidente al *Premier*, inaugurato a livello costituzionale da questo provvedimento, inciderebbe ineluttabilmente e stabilmente sull'assetto dei rapporti intercorrenti tra Capo dello Stato e *Premier*, provocando una surrettizia modifica dell'attuale forma di governo parlamentare ed esaltando ulteriormente la "primazia" del Presidente del Consiglio<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> V. supra la nota 21

<sup>65</sup> Che io sappia, soltanto **M. Volpi**, *Le immunità della politica negli ordinamenti democratici*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2005, 1175, aveva acutamente rilevato - partendo dalla tesi della improcedibilità del giudizio per reati extrafunzionali - che la maggioranza parlamentare, con il c.d. lodo Alfano, aveva «reso un cattivo servizio al Capo dello Stato sia per aver fatto ricorso ad una previsione espressa per stabilire l'improcedibilità a vantaggio del Presidente, con ciò dimostrando che l'opinione dottrinale a questa favorevole è tutt'altro che scontata, sia perché ha esposto tale prerogativa ad una declaratoria di incostituzionalità da parte della Corte»

<sup>66</sup> **C. Galli**, *La fuga dal diritto*, ne *La Repubblica*, 21 ottobre 2010; **M. Giannini**, *Tutti i dubbi del Quirinale*, ivi, 22 ottobre 2010.

Comunque sia, e pur con tutta la stima personale per il Presidente Napolitano (sulla cui specchiatezza e onestà nessuno nutre il benché minimo dubbio) personalmente io preferisco che il disegno costituzionale, anche per quanto riguarda la procedibilità dei giudizi nei confronti del Presidente della Repubblica per reati comuni, rimanga inalterato. Anzi, dopo le vicende di questi ultimi anni relative al Presidente del Consiglio, condivido ancor di più, se possibile, quanto Lorenza Carlassare ebbe a scrivere molti anni fa, e cioè «che il prestigio delle istituzioni sarebbe assai più gravemente compromesso nel caso in cui un Capo dello Stato colpevole, o anche semplicemente sospetto, di un reato comune rimanesse in carica esente da processo»<sup>67</sup>.

Il problema posto dal Presidente della Repubblica alla Commissione Affari costituzionali del Senato è quindi arduo. La delibera parlamentare che il Capo dello Stato non vuole è invece richiesta dalla Corte costituzionale, essendo la sospensione automatica manifestamente viziata d'incostituzionalità. D'altra parte, come potrebbe la maggioranza favorevole al *Premier* stralciare la posizione del Capo dello Stato dal testo del d.d.l. cost. n. 2180, e lasciar solo il Presidente del Consiglio con riferimento ai «fatti antecedenti l'assunzione della carica»<sup>68</sup>?

11. *Sull'illegittimità costituzionale del d.d.l. cost. n. 2180 AS per contrasto con gli artt. 1 e 3 Cost., con riferimento al Presidente del Consiglio dei Ministri.*

Passo ora al secondo comma dell'art. 1, concernente il Presidente del Consiglio.

A parte ogni considerazione critica sul fatto che, muovendosi come si sono mossi, i parlamentari di maggioranza sembrerebbero inesattamente ritenere che una legge costituzionale non incontrerebbe mai resistenze dimenticando così che una cosa è il potere costituente, altra il potere costituito<sup>69</sup>, deve comunque osservarsi che, diversamente da ciò che taluni

<sup>67</sup> L. Carlassare, Art. 90, cit, 151.

<sup>68</sup> ...come auspicato da G. Azzariti, *Lettere dal Quirinale: La "palese irragionevolezza" della proposta di legge costituzionale sulla sospensione dei processi nei confronti delle alte cariche dello Stato*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) (26 ottobre 2010).

<sup>69</sup> Sul punto v. il mio *Potere costituente, rigidità costituzionale*, cit., *passim*, ma spec. 110 ss. Per analoga critica v. A. Ruggeri, *Il "lodo" Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 398, che giustamente rileva l'erroneità della tesi secondo la quale «quanto più si sale lungo la scala gerarchica, tanto più si fa meno gravoso il peso nei riguardi degli organi (e degli atti) di normazione» e A. Pugiotto, *La seconda volta*, cit., 63, che sottolinea altrettanto esattamente come i sostenitori della tesi criticata nel testo sono probabilmente indotti a equiparare le leggi costituzionali e di revisione alla Costituzione dall'erronea e diffusa credenza che ciò che contraddistingue la rigidità costituzionale non sarebbe l'intrinseca superiorità, dal punto di vista sia formale che sostanziale, di quel documento solenne che è la costituzione scritta, ma sarebbe la mera esistenza di un procedimento speciale di revisione, per cui, quando

giornalisti hanno scritto, la forma utilizzata non è quella della revisione costituzionale. E non lo è per due ragioni: la prima, perché non è indicata quale sarebbe la disposizione che verrebbe ad essere formalmente modificata. La seconda, perché, così com'è formulata, è impensabile che costituisca una disposizione inseribile nel testo di una qualsiasi Costituzione. E' infatti logicamente impossibile - e addirittura risibile - che una "disposizione della Costituzione" sia redatta così come sono scritti i due articoli del d.d.l. cost. n. 2180 AS.

Ma se il d.d.l. cost. n. 2180 non è una legge di revisione costituzionale, non resta che qualificarla per quello che è, e cioè una legge costituzionale «in rottura» della Costituzione che, ammissibile in astratto<sup>70</sup> in quanto derogatoria di talune norme costituzionali per un dato periodo di tempo, non può però, con il pretesto della sua provvisorietà, porre in essere degli effetti normativi permanenti<sup>71</sup>; né può, sotto le mentite spoglie di una legge costituzionale, consistere in un provvedimento di favore o di sfavore per singoli soggetti<sup>72</sup>.

Né si obietti che il d.d.l. cost. n. 2180 farebbe propria l'indicazione della sent. n. 24 del 2004, reiterata dalla sent. n. 262 del 2009, nel senso che esso avrebbe previsto correttamente che la sospensione del processo non avverrebbe automaticamente, ma a seguito di delibera della Camera. E' infatti facile replicare che tale indicazione è sostanzialmente elusa dal d.d.l. cost. n. 2180 in quanto la sospensione del processo a carico del Presidente del Consiglio è deliberata dalla maggioranza relativa della Camera: una delibera che sarebbe soltanto una lustra se restasse in vigore l'attuale legge elettorale 21 dicembre 2005 n. 270 che, com'è noto, assicura comunque alla coalizione vittoriosa la maggioranza in tale ramo del Parlamento.

---

questo non è previsto, si sarebbe di fronte ad una costituzione flessibile. In questo senso v. ancora il mio *Potere costituente, rigidità costituzionale*, cit., 2 ss, 66 ss.

<sup>70</sup> **C. Esposito**, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali* (1962), ora in **Id.**, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1992, 362 ss. note 13 e 14, 375.

<sup>71</sup> Questa la critica mossa alle leggi costituzionali 6 agosto 1993, n. 1 e 24 gennaio 1997, n. 1, nel mio *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., 205, 231 ss., 240 s. Per analoghe critiche alla deroga-sospensione dell'art. 138 Cost., posta in essere dalla seconda (ma anche dalla prima) delle due citate leggi costituzionali, v. **F. Modugno**, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1998, 622 e **M. Dogliani**, *La legislazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1028 s. In favore della tesi secondo la quale le leggi costituzionali di rottura non si distinguerebbero dalle leggi di revisione v. invece **S. Cicconetti**, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Giappichelli, Torino, 2007, 82.

<sup>72</sup> **C. Esposito**, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione*, cit., 363 nota 14.

In conclusione, non soltanto il d.d.l. cost. n. 2180 AS esplicherebbe effetti permanenti, ma ha l'aggravante - dato che il coinvolgimento del Presidente della Repubblica svolge il ruolo di mera copertura di una altrimenti palese illegittimità<sup>73</sup> - di essere una legge costituzionale *ad personam*. Con la conseguenza che «la forma della legge costituzionale viene forzata a coprire disposizioni materialmente scorrette o di dubbia legalità»<sup>74</sup>. Il che è tanto più censurabile in quanto l'«eccezionale evenienza»<sup>75</sup> dell'intervento legislativo «in rottura» non ha altre giustificazioni che l'interesse privato del Presidente del Consiglio.

Ma se così è, non si può non condividere quanto scritto da illustri studiosi in sede di commento della sent. n. 262 del 2009, allorché si è sostenuto che, se si fosse battuta la stessa strada delle leggi Schifani e Alfano anche con legge costituzionale, ciò avrebbe nuovamente costituito una violazione «dell'art. 3 comma 1 Cost. inteso come principio supremo dell'ordinamento, insuscettibile di essere sovvertito nel suo contenuto essenziale minimo (la eguaglianza formale dei cittadini), non solo dalla legislazione ordinaria, ma persino dalla legislazione costituzionale»<sup>76</sup>, tale contenuto «essenziale minimo» consistendo nel divieto di leggi personali, che Carlo Esposito con preveggenza aveva identificato, tra l'altro, con le leggi che, «oltre i casi previsti dalla Costituzione, vogliano estendere le ipotesi di

---

<sup>73</sup> V. *supra* il pgf. 5.

<sup>74</sup> **G. Motzo**, *Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di «rottura» della Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, parte prima, 37.

<sup>75</sup> Così ancora **G. Motzo**, *Disposizioni di revisione materiale*, cit., 37.

<sup>76</sup> Così **F. Modugno**, *Prerogative (o privilegi?) costituzionali e principio di uguaglianza*, cit. 3976 ss. V. nel medesimo senso, dello stesso a., la voce *Revisione costituzionale*, in **S. Cassese** (cur.), *Diz. dir. pubbl.*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, 5195 ss, e *Il principio di uguaglianza come principio «supremo» dell'ordinamento costituzionale*, in **A. Celotto** (cur.), *Il lodo Alfano. Prerogativa o privilegio?*, Nel diritto editore, Roma, 2009, 74. V. anche nello stesso senso, tra i molti, **A. Ruggeri**, *Il «lodo» irragionevole*, in **R. Bin** e altri (cur.), *Il lodo ritrovato*, cit., 225; **Id.**, *Il «lodo» Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale*, cit., 396 s. ed ivi ulteriori indicazioni; **M. Ruotolo**, *Legge Alfano e vizio da riproduzione*, cit., 787; **A. Giorgis**, «...Nelle forme e nei limiti della Costituzione», in **A. Celotto** (cur.), *Il lodo Alfano*, cit., 64; **G. Sorrenti**, *Due riflessioni sulla quaestio della legge n. 124 del 2008*, in **R. Bin** e altri (cur.), *Il lodo ritrovato*, cit., 257; **E. Olivito**, *Eguaglianza come parità di trattamento e sospensione dei processi*, in **R. Bin** e altri (cur.), *Il lodo ritrovato*, cit., 196; **V. Grevi**, *Sulla inidoneità della legge ordinaria*, cit., 4542; **P. Faraguna**, «Lodo ter», cit., 364.

Sull'importanza della possibilità di poter far ricorso ai principi supremi per «fare ostacolo a talune prevaricazioni di maggioranza», v. **L. Elia**, *I principi supremi presi sul serio*, in *Giur. cost.*, 2009, 2148.

improcedibilità soggettiva o delle condizioni soggettive di improcedibilità...»<sup>77</sup>.

Beninteso, Esposito parlava di leggi ordinarie e non di leggi costituzionali. Ma la conclusione non muta dacché all'inderogabilità, da parte delle leggi costituzionali, del «principio supremo della pari efficacia formale della legge senza distinzione di condizioni personali e sociali», si può giungere oggi giorno non solo seguendo la dottrina dei principi supremi, ma anche - e forse più agevolmente (dal punto di vista formale) - identificando il principio d'eguaglianza come una delle norme essenzialmente presupposte dalla «forma repubblicana», come tale inderogabile per espresso disposto dell'art. 139 Cost.<sup>78</sup>.

Ne segue che, anche a voler rifiutare la dottrina dei principi supremi perché da alcuni studiosi si ritiene che tale dottrina non sarebbe in grado di vietare per motivi materiali l'approvazione di leggi come quelle fin qui commentate<sup>79</sup>, non può non convenirsi che il d.d.l. cost. n. 2180 AS, oltre ad introdurre un «privilegio personale» (che consistendo in una legge-provvedimento, per di più retroattiva, implicherebbe comunque, da parte della Corte costituzionale, uno scrutinio particolarmente rigoroso)<sup>80</sup>, incide

---

<sup>77</sup> **C. Esposito**, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in **Id.**, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 32.

<sup>78</sup>...diversamente da ciò che accade negli ordinamenti monarchici, nei quali resta pur sempre una differenza, quanto meno morale, tra gli individui, discendente dal mero fatto della nascita. Nel senso che il riconoscimento del principio costituzionale dell'eguaglianza sia coesenziale alla forma costituzionale repubblicana v., tra gli altri, **C. Esposito**, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in **Id.**, *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., 6 s.; **C. Mortati**, *Art. 1*, in **Gius. Branca** (cur.), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1975, 9 ss.; **L. Paladin**, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 220 s.; **G. Volpe**, *Art. 139*, in **Gius. Branca** (cur.), *Commentario della Costituzione*, cit., 1981, 744 s.; **Id.**, *L'immutabilità della forma repubblicana: un contributo al dibattito sulla riforma delle istituzioni*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1984, p. 258 s.; nel senso che l'espressione «forma repubblicana» si riferisca alla forma di Stato democratico, e quindi ricomprenda il principio d'eguaglianza, v. **M. Piazza**, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 2002, 30 ss. Infine, se si vuole, si v. **A. Pace**, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale* <sup>3</sup>, Cedam, Padova, 2003, p. 44 s., ed ivi la tesi che il divieto di revisione costituzionale della «forma repubblicana» (art. 139 Cost.) implica non solo il divieto di concentrazione del potere attivo di decisione in capo ad organi non elettivi, ma anche l'irriducibilità, oltre che del principio di eguaglianza, della libertà di manifestazione del pensiero e di propaganda, della libertà di riunione e di associazione, del diritto di voto e di accesso ai pubblici uffici: che sono, a ben vedere, le situazioni giuridiche soggettive più rilevanti politicamente perché vi sia una «repubblica».

<sup>79</sup> V. ad es. **A. Morrone**, *La Corte costituzionale sul "lodo Alfano": una risposta tardiva?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (24 novembre 2009).

<sup>80</sup> In tal senso è la giurisprudenza costante della Corte costituzionale. V. da ultimo le sentenze nn. 267 del 2007, 241 del 2008 e 289 del 2010.

addirittura sul «modo d'essere» della Repubblica e sulla concreta operatività della sovranità popolare (art. 1 Cost.) sia in positivo che in negativo<sup>81</sup>.

Incide in positivo perché limita i poteri dei magistrati che operano anch'essi in nome del popolo italiano e sono quindi anch'essi partecipi della sovranità<sup>82</sup>; e incide in negativo perché i poteri del Presidente del Consiglio vengono di fatto “personalizzati” (confondendosi ciò che egli compie come privato con ciò che egli compie nell'esercizio delle sue funzioni - non è un caso che anche le dimore private del *Premier* vengano considerate, a tutti gli effetti, dimore ufficiali)<sup>83</sup>. E tutto ciò in violazione dell'art. 1 comma 2 Cost. dal cui enunciato discende inequivocabilmente che se il popolo, detentore massimo della sovranità, la può esercitare solo «nelle forme e nei limiti della Costituzione», a maggior ragione chi lo rappresenta deve rispettare quelle forme e quei limiti, senza quindi proporsi come «inviolabile»<sup>84</sup> né tanto meno definirsi «unto del Signore»<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> In senso analogo v. le acute considerazioni di **A. Pugiotto**, *Lecture e riletture della sentenza costituzionale n. 24 del 2004*, in *Giur. it.*, 2009, 782, che rileva che le leggi n. 140 del 2003 e n. 124 del 2008 (così come - aggiungo io - il d.d.l. cost. n. 2180 AS) rendono, in ragione del suo *status*, un certo soggetto «“immune” nel senso etimologico del termine “di colui che non è sottoposto agli obblighi, e ai rischi, che coinvolgono l'insieme della società”», con il che si perviene «ad una deformazione demagogica del concetto costituzionale di sovranità».

<sup>82</sup> In questo senso, anche con riferimento alla Corte costituzionale, v. **A. Giorgis**, «...*Nelle forme e nei limiti della Costituzione*», cit., 66.

<sup>83</sup> Si pensi, tra l'altro, alla apposizione del segreto di Stato su tutte le dimore del Presidente del Consiglio e in particolare sulla villa sarda “La Certosa” disposta con decreto del Ministro dell'Interno 6 maggio 2004 prot. n. 1004/100-1158. A quel che mi risulta tale decreto non fu revocato con l'avvento al governo della coalizione di centro sinistra, per cui il decreto potrebbe essere tuttora in vigore. Sul punto v. Corte cost. ord. 404 del 2005, nonché il commento di **A. Masaracchia**, *Lo strano caso del segreto di Stato sulla villa “La Certosa”*, in *Giur. cost.*, 2005, 4067 ss.

Parlava esattamente di personalizzazione delle istituzioni già con riferimento alla legge n. 140 del 2003, **C.E. Vigevari**, *La sospensione dei processi per le alte cariche tra personalizzazione delle istituzioni e mito del capo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (10 giugno 2003), richiamato favorevolmente sul punto da **R. Bin**, *Le molte implicazioni della “sentenza Alfano”*, cit. (pgf. 5).

<sup>84</sup> “Inviolabilità” che, nella monarchia sabauda, esaltava la persona del re e veniva tenuta distinta (art. 4 St. alb.) dalla corrispondente istituzione di diritto pubblico. Sul punto v. i rilievi di **F. Racioppi** e **I. Brunelli**, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. I, Utet, Torino, 1909, 217 ss., 227 s. e di **E. Crosa**, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Bocca, Totino, 1922, 22 ss. Una teoria, quella dell'inviolabilità regia, che però presupponeva che il re non agisse, sostenendosi al riguardo che «il re è inviolabile perché non può far male» (così **L. Casanova**, *Del diritto costituzionale*, vol. II, cit., 53). Non in contrasto con tali rilievi è l'interpretazione dell'inviolabilità regia che ne davano **V.E. Orlando**, *Principii di diritto costituzionale*, IV ed., Barbera, Firenze, 1905, 197; **V.**

---

**Miceli**, *Principii di diritto costituzionale*, II ed., SEL, Milano, 1913, 534 e **Santi Romano**, *Corso di diritto costituzionale*, IV ed., Cedam, Padova, 1933, 175, secondo i quali tale aggettivo individuava la speciale protezione penale della persona del re.

Nel senso del testo v. **S. Dondi**, *Il lodo Alfano tra forma di stato e forma di governo (ovvero: la “pelle di zigrino” del regime parlamentare)*, in **R. Bin** e altri (cur.), *Il lodo ritrovato*, cit., 111, il quale osservava, già a proposito della c.d. legge Alfano, che «ricreare una inviolabilità di questo tipo a favore non solo del Capo dello Stato ma anche del vertice dell'esecutivo, giunge ad attribuire prerogative sostanzialmente sovrane al capo del Governo, il che ci riporta ad una dimensione pre-costituzionale del diritto pubblico»

<sup>85</sup> ...come lo stesso Berlusconi si è più volte esplicitamente definito sin dal 25 novembre 1994, alludendo all'ampio consenso avuto in sede elettorale. In tale scia alcuni politici della maggioranza hanno sostenuto anche di recente l'assoluta primazia del Presidente del Consiglio in quanto eletto dalla maggioranza del popolo italiano (così ad es. il Ministro Bondi nella trasmissione *Ballarò* del 19 ottobre 2010). Per precedenti analoghe affermazioni, effettuate da G. Pellegrino, da N. Zanon e da A. Marini, v. il mio *I limiti del potere*, cit. 180 s., nota 5 ed ivi rilievi circa l'improprietà di dedurre dall'attuale legislazione elettorale (e cioè la legge n. 270 del 2005) l'avvenuta desuetudine dell'art. 1 comma 2 Cost. In senso analogo a quanto qui sostenuto v. **R. Bin**, *Le molte implicazioni della “sentenza Alfano”*, cit., 41 ss. (spec. pgf. 5) e **A. Pugiotto**, *Lecture e riletture*, cit., 782.