

prof. FRANCESCO PALAZZO
Università di Firenze

PRINCIPI E REALTÁ DEL RAPPORTO TRA GIUSTIZIA E POLITICA

SOMMARIO: 1. Le preoccupazioni dell'ora presente. – 2. I “luoghi” del rapporto tra giustizia e politica. – 3. I piani del discorso su giustizia e politica: la contingenza attuale e le dinamiche storico-sociali della contrapposizione. – 4. *Segue*. I principi costituzionali di riferimento. – 5. Il problema della fonte degli istituti immunitari. – 6. I reati funzionali e le “speciali” esigenze di tutela della politica. – 7. I reati extrafunzionali e le esigenze di tutela della politica: prestigio dell'organo e azioni persecutorie della magistratura. – 8. *Segue*. Il buon funzionamento degli organi costituzionali e le difficoltà del bilanciamento. – 9. Dalla riforma degli istituti immunitari alle “grandi riforme”.

1. *Le preoccupazioni dell'ora presente*

Nel momento in cui scriviamo queste note il rapporto tra politica e giustizia penale ha raggiunto livelli di una conflittualità così radicale ed acuta da non far ben sperare per una soluzione del problema – che pure si dice cercata da molti – capace di assicurare un soddisfacente equilibrio ad una disciplina normativa così difficile e delicata, e tale soprattutto da non mettere a repentaglio le strutture portanti della nostra democrazia costituzionale.

Da un lato, manifestazioni verbali delegittimanti la magistratura hanno raggiunto una asprezza di toni e di contenuti inaudita e incompatibile con un sano ordine democratico, anche a cagione del ruolo istituzionale di chi le pronuncia e delle amplificazioni mediatiche di cui tali esternazioni beneficiano. Dall'altro lato, continuano le azioni giudiziarie contro politici, locali o nazionali che rivestono ruoli di primo o anche addirittura di primissimo piano: una vera “gragnola” di iniziative la cui contestualità col delicato momento elettorale non ha mancato di suscitare “qualche sospetto” anche negli osservatori più cauti e misurati¹. Comunque, l'ampiezza quantitativa del fronte giudiziario contro la politica produce senz'altro disorientamento nell'opinione pubblica, ponendo la sconcertante alternativa di trovarsi o di fronte ad un imperversante comportamento latamente affaristico-corruttivo del ceto politico

¹ V. ad es. L. FERRARELLA, *L'indagine sui diritti tv e quei dubbi sui tempi*, in *Corriere della Sera*, 21 gennaio 2010.

ovvero dinanzi ad un diffuso atteggiamento latamente persecutorio o specificamente complottardo della magistratura.

Già questo clima, politico-mediatico-sociale, sarebbe più che sufficiente per indurre seri timori per una soddisfacente regolamentazione dei cosiddetti rapporti tra politica e giustizia penale. Ma non mancano ulteriori ragioni di preoccupazione. Innanzitutto, sono all'attenzione pressoché contestuale del parlamento *plurimi* disegni di legge finalizzati allo scioglimento di quel nodo. Ed a preoccupare non è solo la presenza di riforme, come segnatamente quella sul "processo breve", che mentre obliquamente guardano alle difficoltà giudiziarie del Presidente del Consiglio direttamente producono effetti dirimenti sull'intero sistema della giustizia penale e sul suo funzionamento. Qui il discorso a rigore trascende il rapporto giustizia/politica, che costituisce solo per così dire l'*occasione* di un provvedimento da valutare per sé e per le conseguenze indotte. Piuttosto, non può far presagire nulla di buono il fatto che un tema così delicato – politicamente e giuridicamente – come quello della responsabilità penale della politica, tanto difficile da essere stato paragonato ad una vera "quadratura del cerchio"²; un tema che esigerebbe dunque serenità, ponderazione e anche capacità tecniche, sia invece confusamente rimesso a plurimi disegni di legge (legittimo impedimento, sospensione dei processi, immunità ed autorizzazioni a procedere)³ che si inseguono e si accavallano sull'onda del momento, con un pensiero fisso sull'obiettivo specifico, dimenticando che il sistema delle "prerogative della politica" non può che essere qualcosa di unitario, che tenga conto degli equilibri complessivi esistenti nella realtà costituzionale tra i vari poteri ed organi dell'ordinamento.

Non manca poi un ulteriore motivo di preoccupazione, di stampo più poli-

² V.E. ORLANDO, *Immunità parlamentari ed organi sovrani* (1933), ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, 476, cit. da A. PACE, *La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, III, Torino, 2005, 16.

³ Nel momento attuale, un disegno di legge sulla estinzione del processo per decorrenza di termini (Atto S/1880) è stato approvato dal Senato il 20 gennaio 2010 e prevede una norma transitoria per l'applicazione ai processi pendenti per reati commessi fino al 2 giugno 2006; un disegno di legge sul legittimo impedimento (Atto S/1996), di efficacia temporanea, è stato approvato definitivamente dal Senato il 10 marzo 2010 e prevede un sorta di presunzione di legittimo impedimento del Presidente del Consiglio e dei ministri, senza valutazione discrezionale dell'impedimento stesso da parte del giudice; un disegno di legge costituzionale (Atto S/1942), d'iniziativa Chiaromonte e Compagna è stato presentato il 17 dicembre 2009 al Senato per la reintroduzione di una immunità parlamentare consistente nella sospensione del processo su richiesta del ramo del parlamento di appartenenza dell'inquisito.

tico ma certo non per questo meno vivo e serio. Nella consapevolezza di un livello ormai insopportabile dello scontro tra politica e giustizia penale, da molte parti si accede all'idea che sia necessario (*salus rei publicae...*) adottare qualche strumento normativo per evitare più gravi pericoli per la democrazia. Tuttavia, il discorso sul rapporto politica/giustizia non si limita al circoscritto – quantunque delicatissimo – orizzonte degli istituti “immunitari”, ma si allarga naturalmente al ruolo della magistratura in un ordinamento di democrazia costituzionale. Ebbene, si ha l'impressione che su questo più ampio terreno il sempre ripetuto refrain delle “riforme” costituzionali possa riservare poi scenari inquietanti e davvero pericolosi. Da un lato, per uno spirito quasi vendicativo e di *redde rationem* nei confronti della magistratura; dall'altro lato, per un disorientamento di fondo tra l'attivismo di chi paventa una definitiva emarginazione politica dal tavolo delle riforme e le resistenze di chi si arrocca sul mantenimento di uno *status quo* anche di principio, negando ad esempio l'evidenza che un processo realmente accusatorio non può che essere di “parti” effettivamente paritarie. In questo stato di cose, cedere alla suggestione del refrain delle “riforme” costituzionali ad ogni costo – diventate quasi il banco di prova della vitalità se non addirittura dell'esistenza stessa delle forze politiche – potrebbe essere davvero pernicioso. Toccare l'assetto della magistratura senza avere idee chiarissime sugli obiettivi di fondo e sul ruolo prima di tutto culturale dell'ordine giudiziario nella democrazia costituzionale, può condurre a risultati a parole rifiutati da tutti. Essendo infatti la magistratura il principale strumento di garanzia dei diritti, prima e forse più ancora della stessa Corte costituzionale, un suo eventuale depotenziamento si risolverebbe in un sostanziale mutamento della stessa *prima parte* della Costituzione.

2. I “luoghi” del rapporto tra giustizia e politica

Il tema dei rapporti tra politica e giustizia penale ha bisogno di una preliminare delimitazione, poiché sono moltissimi i “luoghi” dell'ordinamento in cui quel rapporto si pone e deve essere disciplinato. Intanto, va detto che non esiste solo un'unica direzione di quel rapporto, che va nel senso dalla giurisdizione verso la politica, ma anche una direzione opposta: dalla politica alla giurisdizione. A parte, le ipotesi – che pure non sono mancate – in cui il legislatore è intervenuto per incidere sugli organi della giurisdizione al di fuori ed in deroga della normativa generale⁴, c'è da considerare in proposito tutta una

⁴ Si possono ad es. ricordare sia la vicenda della proroga *ex lege* del Procuratore nazionale

vasta gamma di vari istituti. Ferma restando l'impossibilità degli organi del potere politico di incidere contenutisticamente sull'esercizio concreto delle funzioni giudiziarie, vengono in gioco ovviamente e prima di tutto gli istituti autorizzatori con cui gli organi politici condizionano l'*an* della funzione giudiziaria. Ma vi è ancor prima la relevantissima area in cui la politica interseca l'amministrazione della giustizia penale a livello sia di "partecipazione" alla costituzione degli *organi* dell'ordine giudiziario (composizione del CSM, "concerto" ministeriale alle nomine dei capi degli uffici giudiziari, esercizio dell'azione disciplinare, ecc.), sia a livello di organizzazione giudiziaria e quotidiano funzionamento degli uffici (in generale, rapporti tra ministro della giustizia e ordine giudiziario). Fino ad arrivare alle situazioni estreme, in cui l'azione della politica si fa così patologicamente aggressiva da comportare la reazione delle cosiddette "pratiche a tutela" da parte del CSM⁵.

Per contro, nella direzione dalla magistratura ordinaria verso la politica, il condizionamento si rivela meno normativamente strutturato ma decisamente più dirompente ed eclatante, amplificato com'è sempre dalla risonanza mediatica. Naturalmente, l'azione della magistratura non può avvenire che mediante l'esercizio della funzione giudiziaria. E qui sta subito il nodo centrale: mentre gli interventi della politica sul sistema giustizia, se effettuati entro la *legalità* delle regole, scontano una *legittima* discrezionalità politica; quelli della magistratura sulla politica, dietro l'apparente *legalità* della discrezionalità giudiziale, possono celare l'*illegittimità* sostanziale di un uso politico della funzione. E anche i rimedi a queste eventuali distorsioni rischiano di non essere efficaci, non solo e non tanto perché tutti necessariamente interni all'ordine giudiziario, ma anche e soprattutto perché inidonei a neutralizzare le conseguenze politicamente nefaste dell'immediata amplificazione mediatica della notizia giudiziaria. Il senso dunque di una perdurante esposizione della politica, e quasi d'impotenza, può produrre alla lunga una sua reazione sproporzionata, specie se la magistratura non fa di tutto per fugare il sospetto di una certa opacità della legittimità sostanziale del suo operato.

antimafia Pier Luigi Vigna fino all'agosto 2005 così da alterare le aspettative dei possibili concorrenti all'alta carica; sia la vicenda (2003) relativa alla reimmissione in servizio, oltre i limiti dell'età pensionabile, dei magistrati autopenzionatisi in seguito a procedimenti penali e poi successivamente assolti.

⁵ V. in generale l'agile ma prezioso volumetto di S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, in part. 59 ss.; N. ZANON, *Profili costituzionali dell'ordinamento giudiziario: autonomia e indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, 79 ss., 134 s. in part. sulle pratiche a tutela.

Comunque, nel valutare l'incidenza dell'azione giudiziaria sulla politica non si può razionalmente perdere di vista una distinzione fondamentale dal punto di vista dei principî. E cioè la distinzione tra reati funzionali e reati extrafunzionali. Quando la magistratura penale agisce per perseguire i primi, si realizza una "contestazione" diretta nei confronti dell'esercizio del potere politico e ci si pone sul piano del comunque difficile rapporto tra discrezionalità politica e controllo di legalità: un aspetto quasi strutturale nelle complesse dinamiche dei moderni Stati di diritto. Quando invece si tratta di reati extrafunzionali, certamente nessuno disconosce la capacità fattuale politicamente e mediaticamente devastante di un'azione giudiziaria pur se relativa a reati non funzionali; ma è anche vero che sul piano istituzionale l'aggressività di una siffatta azione nei confronti della politica deve essere valutata diversamente: in vero, una reale aggressività è appunto fattuale e presuppone un intento altrettanto fattualmente persecutorio. Così che i rimedi giuridici contro simili aggressioni possono essere rivolti non tanto nei confronti della funzione giudiziaria in sé, quanto invece nei confronti degli specifici procedimenti inquinati. A meno di non ipotizzare un generalizzato inquinamento della magistratura e dell'ordine giudiziario nel loro complesso. Ma allora si aprirebbero scenari in cui gli strumenti normativi di regolazione dei rapporti tra politica e giustizia penale sarebbero del tutto vani e dovrebbero cedere il posto ad approfondite analisi valutative politiche e sociologiche prima di mettere mano ad un generalizzato riequilibrio dei poteri – o piuttosto ad una rifondazione etica delle categorie del politico e del giudiziario. Peraltro, la distinzione tra reati funzionali ed extrafunzionali, chiara in linea di principio, in realtà non è sempre facilissima, subendo anche sollecitazioni interessate: come dimostra la vicenda della legge di attuazione della riforma dell'art. 68 Cost. (legge 20 giugno 2003, n. 140), di cui ci occuperemo in seguito.

3. I piani del discorso su giustizia e politica: la contingenza attuale e le dinamiche storico-sociali della contrapposizione

Che il problema dei rapporti tra politica e giustizia penale oggi in Italia sia esploso è indubbio: quantitativamente, ricerche accurate, anche se di taglio non scientifico e non da tutti considerate obiettive, mostrano come il numero dei procedimenti a carico di politici, di varia estrazione e livelli, sia esorbitante, per reati sia funzionali che extrafunzionali⁶. Qualitativamente, poi, non

⁶ Impressionante è ad es. il catalogo contenuto nel ponderoso volume di G. BARBACCETTO -

meno certo è il fatto che l'intonazione alla discussione sia data dalle vicende giudiziarie in particolare del Presidente del Consiglio, il che induce grandi tensioni e radicalizza il problema situandolo ai vertici della vita politica. Ebbene, tutto ciò, se per un verso sembra sempre più spingere – come detto – verso ipotesi riformistiche degli istituti “immunitari”, per l'altro dovrebbe mettere in guardia dall'assumere (e condividere) le riforme sotto la determinante influenza della situazione contingente, trattandosi comunque di riforme incidenti sul sistema se non proprio “di sistema”. D'altra parte, non c'è nemmeno dubbio che il discorso sui rapporti tra politica e giustizia penale non può essere condotto su un piano esclusivamente astratto, in cui le soluzioni giuridiche si facciano derivare quasi meccanicisticamente dai modelli teorici di riferimento. La valutazione e la progettazione degli istituti regolanti il rapporto giustizia/politica, ed in particolare degli istituti “immunitari”, deve tener conto del fatto che la relazione tra le sfere della politica e della giustizia è configurata non solo dalle norme costituzionali ma anche dal contesto storico-sociale in cui quelle sfere concretamente operano, e dipende in modo particolare dal prestigio di cui esse sono circondate nella società civile per ciò che esse sanno effettivamente recare alla vita democratica.

Peraltro, il realismo storico con cui va affrontato il problema non può prescindere dal riferimento ai principî fondamentali del sistema, e segnatamente ai principî derivanti dall'idea della democrazia costituzionale, a costo altrimenti di accreditare mediante una revisione degli istituti immunitari – magari anche in sé equilibrata – una vera e propria rottura della compagine costituzionale.

Su questi diversi ed interferenti piani tenteremo di svolgere le osservazioni che seguono.

Sul piano della contingenza storica, *hic et nunc* pare di assistere ad un fenomeno inverso a quello che si verificò quando, nella prima metà degli anni novanta del secolo scorso, si ebbe una sostanziale *resa* della classe politica di fronte alle inchieste specialmente di “mani pulite”. Una *resa* dinanzi alla magistratura, ma anche all'assalto di un'“antipolitica” non tanto qualunquistica e preconcepita quanto piuttosto fattasi consapevole della degenerazione corruttiva del sistema politico. Si può forse addirittura individuare un'espressione per così dire formalizzata di questa *resa* politica nella legge costituzionale del 1993 con la quale il parlamento abolì l'autorizzazione a procedere. Ma la spi-

rale in questo senso si era avviata già prima, con la legge costituzionale del 16 gennaio 1989, n. 1 sulla responsabilità per i reati ministeriali. Oggi, invece, pare che la reazione della politica sia piuttosto di *resistenza* all'azione giudiziaria della magistratura. I primi sintomi di questo diverso atteggiamento si possono cogliere forse già nella citata legge n. 140 del 2003, con la quale – a distanza di dieci anni esatti – si opera un vistoso *revirement*, ritornando sull'art. 68 Cost. per incidere sul nesso funzionale dei reati coperti da immunità e soprattutto per introdurre la cosiddetta pregiudiziale parlamentare⁷. Non è questa la sede per cercare le ragioni della svolta. Non sembrerebbe però del tutto estranea al mutamento la trasformazione della rappresentanza politica in rappresentanza delle investiture carismatiche, con conseguente personalizzazione e mediatizzazione della rappresentanza stessa: alla fine, una sorta di sudamericanizzazione della politica italiana, in cui finiscono per contare più le immagini mediatiche dei suoi protagonisti piuttosto che i comportamenti e i risultati e la loro coerenza ideologica. Il protagonismo personalistico, opportunamente drenato mediaticamente, rafforza il consenso popolare, sposta l'antipolitica verso l'indistinto e – in quanto concentra l'attenzione sulle vicende giudiziarie di uno o di pochi – induce quasi processi di identificazione vittimari. Per contro, per caso o *pour cause*, dall'altra parte non sembrano emergere figure di magistrati dotati di particolare presa carismatica. Insomma, l'affidamento verso l'uomo politico se c'è è incondizionato, e l'azione della magistratura viene sentita come un'aggressione persecutoria; la valutazione sociale dell'esercizio della giurisdizione nei confronti della politica finisce per essere un'appendice della scelta di campo elettorale e per riflettere la contrapposizione del bipolarismo. La contingenza è dunque favorevole ad un riposizionamento del rapporto politica/giustizia a favore della prima.

Lasciando ora la contingenza, il discorso diviene senz'altro più complesso. Quali sono le dinamiche socio-politiche sottostanti a questo periodico accentuarsi della conflittualità tra politica e giustizia penale? È abbastanza naturale che tra i due “poteri” non corra buon sangue, specialmente quando sia assicurata una reale indipendenza della magistratura⁸. Diremmo, in primo luogo,

⁷ Sottolinea la svolta intervenuta L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in ID. (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, 2003, 13.

⁸ Non stupisce invero che la conquista di una consistente indipendenza della magistratura può rivelarsi la condizione per una sua anche spiccata politicizzazione, sebbene non rispetto all'area del potere partiticamente organizzato.

che c'è una ragione di fondo, quasi strutturale, derivante dal loro rapporto di sostanziale concorrenzialità nella produzione del diritto per il disciplinamento delle esigenze ed interessi sociali. Concorrenzialità accresciuta dall'inarrestabile processo di ipergiuridicizzazione dei rapporti sociali, senza che il legislatore-politico riesca ad affermare il suo monopolio neppure tendenziale. Il disciplinamento giuridico è certamente esercizio di un potere molto rilevante. La concorrenza tra politica e giustizia nasce forse dalla radicale diversità del loro approccio, culturale prima che istituzionale, al magma sociale da sottoporre a regole. La politica media la disciplina (legislativa o regolamentare) tramite i quadri di riferimento costituiti dai programmi elettorali e dalle dinamiche partitico-politiche; mentre la magistratura ispira la disciplina (giurisprudenziale) più direttamente ai bisogni che gli interessi sociali anche diffusi, dei litiganti privati, delle vittime e degli imputati, le rappresentano sulla scena del processo. Insomma, la concorrenzialità strutturale nasce da una sorta di senso di superiorità che ciascuno dei due poteri crede di poter vantare sull'altro: il disciplinamento giuridico democraticamente legittimato ma condizionato dalle gabbie ideologiche o partitiche, l'uno; il disciplinamento giuridico privo della rappresentatività democratica ma capace di cogliere direttamente le reali esigenze sociali delle persone senza schermi deformanti, l'altro.

Vero che sia tutto ciò, cos'è però che innesca il conflitto aperto? Al di là delle contrapposizioni ideologiche, peraltro sempre più sfumate, non c'è dubbio che il ceto politico tenda ad una comune autoreferenzialità e ad una chiusura sociale, che non a caso ha portato a farne il primo destinatario della qualificazione di "casta". E guardando le cose con l'obiettività di chi conosce un poco i diffusi codici comportamentali del ceto politico spicciolo, degli amministratori locali di un po' tutte le sigle, non si può purtroppo disconoscere che il *modus operandi* è solitamente ai margini della legalità, anche perché ingenti sono le necessità economiche derivanti dalla carriera politica come oggi concepita. Vero e proprio arricchimento personale, molteplici situazioni di conflitto di interessi, esigenze di finanziamento di partito o di convogliamento di tessere, costituiscono una trama che non manca di omologare, forse ineluttabilmente, il comportamento di molti politici, senza grandi differenze di parti. La magistratura subisce forse meno un così forte condizionamento di codici comportamentali e certamente rispecchia oggi una estrazione sociale molto differenziata, che la rende socialmente poco omogenea – specialmente oggi – rispetto al ceto politico. Non che la qualificazione "castale" non le si addica, ma indubbiamente si tratta di una chiusura sul piano più dei propri privilegi organizzativi e professionali che su quello dell'esercizio concreto della funzio-

ne e dei rapporti con la società civile. Tutto ciò almeno riguardo alla magistratura giudicante, essendo invece più percepibile in quella requirente una certa tendenziale omogeneizzazione di orientamento che, tra parentesi, la dice lunga sui rischi connessi ad una incomunicabile separazione delle carriere. In queste condizioni sociali, non è dunque strano che la concorrenzialità strutturale tra i due poteri possa esplodere in conflittualità diffusa⁹.

4. Segue. *I principî costituzionali di riferimento*

A questo punto il discorso deve lasciare i due piani della contingenza storica e dell'analisi sociologica per approdare a quello dei principî, seppur storicamente concepiti come dinamici. Ebbene, deve essere respinta con estremo rigore l'idea – pure autorevolmente espressa in sede politica – che la legittimazione democratica di cui godono gli eletti dal popolo possa costituire la chiave per risolvere il rapporto tra giustizia e politica. In verità, l'idea cioè che il consenso popolare di cui beneficiano i rappresentanti parlamentari (e forse anche ancor più il Presidente del Consiglio dei ministri nell'ambiguità dell'attuale disciplina elettorale italiana) rivesta il potere politico di una sorta di intangibilità rispetto all'azione giudiziaria, se intesa in questo senso così estremisticamente unilaterale, è semplicemente eversiva. Comporterebbe, infatti, la trasformazione del nostro sistema da una democrazia costituzionale ad una democrazia puramente maggioritaria o al più rappresentativa. Come ormai è stato definitivamente chiarito¹⁰, la nostra democrazia – come la gran parte

⁹ Molto autorevolmente è stata proposta sul piano storico una penetrante analisi del rapporto tra politica e giustizia, ricollegandolo addirittura alla guerra fredda (E. SEVERINO, *La vittoria giustifica i mezzi*, in *Corriere della Sera*, 25 gennaio 2010). L'illegalità della politica italiana sarebbe stato un mezzo, soprattutto attraverso il finanziamento illecito dei partiti di governo ma anche mediante collegamenti con la criminalità organizzata, per contribuire alla lotta anti-comunista; fino a che, caduto il muro di Berlino, sarebbero maturate le condizioni perché la magistratura portasse in tribunale il mondo democratico-capitalistico (che in qualche modo aveva vinto il comunismo) o “quanto rimane di quel mondo – che non è poco”.

¹⁰ L. FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2009/1, 1ss.; M. MORISI, *La legalità tra giurisdizione e sistema politico*, in *Il Ponte*, 1998/2-3, num. speciale, *Giustizia Come. Giurisdizione e sistema politico in Italia*, a cura di R. Minna e M. Morisi, 17, 23; G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in AA.VV., *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, a cura di L. Carlassare, Padova, 2004, 233; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, spec. 145 («La democrazia pura, [...], basata per l'appunto sul popolo, riunito in assemblea, che legifera senza incontrare limiti, è un'idea in puntuale contrasto con quella di Costituzione»).

delle altre occidentali – è costituita dallo spazio del decidibile parlamentariamente a maggioranza e dallo spazio dell'indecidibile perché costituzionalmente fondativo dell'identità di un ordinamento. Contrapporre in modo secco l'intangibilità della politica in quanto democraticamente legittimata all'azione giudiziaria per la concretizzazione del diritto, significa pensare di risolvere il complesso e delicatissimo rapporto politica/giustizia con uno strumento non solo del tutto inadeguato al bilanciamento delle esigenze in gioco ma anche in sé radicalmente distorto.

Per contribuire ad allontanare tali schematismi culturali, può forse valere la pena indugiare su un paio di ulteriori notazioni. In primo luogo, l'opposizione tra *legittimazione* democratica e *legalità* della politica¹¹ è, al fondo, falsa. Rinunciare alla legalità del comportamento politico – e al connesso controllo giudiziario – significherebbe non già salvarne la legittimazione, bensì mettere in sofferenza il valore dell'eguaglianza di trattamento, proprio dinanzi a quella legge penale che ha un significato fondante della identità sociale. Ma incidere sull'eguaglianza significherebbe a sua volta sfigurare il volto della stessa legittimazione democratica, posto che la prima e fondamentale base assiologica della democrazia è proprio l'eguaglianza delle persone¹². Torneremo naturalmente sul principio d'eguaglianza e sulla sua capacità di adattarsi – coi bilanciamenti – alla complessità e molteplicità degli interessi in gioco; qui si vuole però ribadire che il fuoco della legittimazione democratica non può bruciare in sé la legna dell'eguaglianza senza spegnersi esso stesso.

In secondo luogo, la democrazia non è più un concetto monodimensionale¹³. Nelle attuali democrazie il potere ha, *da un lato*, una legittimazione elettorale-rappresentativa che si fonda sulla forza dei numeri¹⁴; che è uno strumento procedurale per assumere decisioni puntuali nel quadro sociale del pluralismo e del contrasto d'idee e d'opinioni; che muove da un presupposto sostanzialmente fittizio e convenzionale qual è quello della identificazione del-

¹¹ Sono queste le categorie in contrapposizione utilizzate da T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005, 116 ss.

¹² Cfr. sul punto fondamentale A. PACE, *Conclusioni*, in L. Carlassare, *Diritti e responsabilità*, cit., 187.

¹³ V. in particolare il saggio di P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, 2008, 26, 190 ss., 222 ss.

¹⁴ L'avvento del governo democratico è così sintetizzato da A. TOCQUEVILLE, *Considérations sur la Révolution*, in *Ceuvres*, Paris, Gallimard, 2004, III, 492: «La nozione di governo si semplifica: solo i numeri fanno la legge e il diritto. Tutta la politica si riduce ad una questione d'aritmetica».

la maggioranza con la ipotetica volontà generale. *Dall'altro lato*, la democrazia sta sviluppando sempre più una nuova legittimazione d'imparzialità e di riflessività, di cui godono organi vecchi e nuovi. Gli organi dotati di legittimazione d'imparzialità – ad esempio le autorità indipendenti – prendono decisioni tenendo conto di tutti gli interessi in gioco, contrappongono dunque alla decisione maggioritaria necessariamente “parziale” la decisione del temperamento e bilanciamento degli interessi. Gli organi dotati di legittimazione di riflessività – ad esempio le Corti costituzionali – contrappongono alla decisione maggioritaria necessariamente “puntuale” ed immediata un quadro di riferimento ordinamentale stabile e duraturo costituito da valori culturali condivisi e quasi identitari del corpo sociale. L'opera della magistratura nell'esercizio della sua funzione giudiziaria partecipa di entrambe le forme di questa ulteriore legittimazione democratica, non fondata esclusivamente sulla forza dei numeri. Anzi, si potrebbe dire che, da un punto di vista sostanziale, la legittimazione d'imparzialità e di riflessività sia addirittura più solida di quella elettorale-rappresentativa poiché non muove dalla finzione convenzionale che la maggioranza possa decidere per tutti, ma cerca piuttosto una dimensione più comunitaria della decisione. Tuttavia, le nuove forme di legittimazione democratica non dovranno mai prendere il sopravvento su quella elettorale-rappresentativa. In effetti, la decisione maggioritaria, pur scontando l'artificio convenzionale della volontà generale, dovrebbe però assicurare la trasparenza procedurale del modo della sua formazione attraverso i meccanismi della rappresentanza elettorale e della disciplina di funzionamento delle assemblee parlamentari. Non così, invece, le decisioni degli organi ispirati alle altre forme di legittimazione democratica: a fronte del loro maggior sforzo di tenere insieme in teoria tutte le forze e gli interessi legittimi del contesto sociale, assai poco trasparente è il modo con cui quelle decisioni in pratica si formano. Così che il controllo sull'effettiva corrispondenza di tali decisioni alle loro basi di legittimazione democratica non può che assumere un indistinto carattere sociale, molto condizionato dunque dal prestigio di cui gli organi indipendenti possono godere nella popolazione.

Comunque sia, è certo che sarebbe oggi davvero antistorico voler impostare e risolvere il rapporto tra politica e giustizia assumendo quale criterio *tranchant* quello della legittimazione democratica, intesa come *interamente ed esclusivamente* assisa sulla politica nella sua unica forma elettorale-rappresentativa. Così come, d'altra parte, sarebbe altrettanto irrealistico ignorare le conseguenze che sulla politica obiettivamente produce un esercizio della giurisdizione men che cauto e ponderato – seppure totalmente immune da faziosità –

in ragione delle peculiarità dell'azione politica nelle condizioni attuali, che tanto risentono delle esorbitanze sia mediatiche che di durata dell'azione giudiziaria. Da qui l'invito a cercare il difficile equilibrio normativo che sappia evitare sia il c.d. "riduzionismo democratico", che trasforma le immunità in privilegi della politica, sia il c.d. "riduzionismo legalista", che sottopone al controllo giurisdizionale ogni comportamento politico¹⁵.

5. *Il problema della fonte degli istituti immunitari*

Dopo queste non brevi ma necessarie premesse è ora di venire più da vicino agli istituti "immunitari". I quali, anche se non è detto che costituiscano il vero cuore del problematico rapporto politica/giustizia penale, sono però in questo momento al centro del dibattito e dei progetti di riforma. A causa delle note vicende collegate alle due sentenze della Corte costituzionale sulle leggi di sospensione dei processi per le alte cariche¹⁶, il tema pone innanzitutto la delicata questione pregiudiziale della fonte legittimata a introdurre istituti immunitari. E a noi parrebbe in verità che la questione sia meno complicata di quanto lo sia divenuta a causa della concitazione politica delle argomentazioni.

Va da sé che qualunque istituto immunitario, e in termini più generali qualunque "causa personale di non punibilità", introduce una disegualianza favorevole rispetto all'esercizio della giurisdizione. Ma il sistema conosce indubbiamente cause di non punibilità previste dalla legge ordinaria: basti pensare per esempio all'esimente di cui all'art. 649 c.p. per i reati patrimoniali commessi in danno di congiunti. La loro legittimità è ancorata alla duplice condizione: legislativa da un lato, che esse rispettino la *ragionevolezza* del bilanciamento che le ispira; applicativa dall'altro, che esse siano considerate – quali in effetti sono – norme di carattere eccezionale (dunque, insuscettibili di applicazione analogica). Il punto è semmai che il giudizio di ragionevolezza deve essere in questi casi, come in tutti quelli di norme favorevoli eccezionali, particolarmente attento e penetrante. In effetti, qui il limite alla tutela penale non deriva dalle esigenze di un interesse (ritenuto) prevalente e che può trovare realizzazione solo mediante un comportamento conforme al tipo crimi-

¹⁵ Cfr. M. VOLPI, *Le immunità della politica negli ordinamenti democratici*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2005, III, 1166.

¹⁶ Si tratta delle due famose sentenze del 20 gennaio 2004, n. 24 e del 19 ottobre 2009, n. 262.

noso, come avviene in tutte le ipotesi di cause di giustificazione¹⁷. Piuttosto, il pregiudizio dell'interesse (ritenuto) prevalente deriva qui dall'esercizio della giurisdizione stessa: così, ad esempio, l'interesse alla salvaguardia del nucleo familiare potrebbe subire danno dall'azione penale esercitata nei confronti dell'autore del reato patrimoniale a danno di congiunti. E dunque non può che essere una valutazione particolarmente severa e scrupolosa quella che prende in considerazione gli interessi potenzialmente pregiudicati dall'esercizio della giurisdizione. È ovvio infatti che, da un lato, la giurisdizione corrisponde ad una manifestazione sovrana dello Stato essenziale per la comunità sociale e che, dall'altro, sono comunque molteplici gli interessi che *di fatto* sono toccati dall'esercizio della giurisdizione. Si tratta, insomma, di un giudizio di bilanciamento ad esito in via di principio scontato a vantaggio della giurisdizione penale che solo in casi appunto eccezionali e di incontestabile evidenza costituzionale potrà essere ribaltato.

Anche le immunità politiche potrebbero fin qui rientrare in questo discorso, se non vi fossero due argomenti che le spostano sotto l'ombrello della necessaria copertura costituzionale. Sotto il profilo sostanziale, la delicatezza del giudizio di bilanciamento proprio di tutte le cause di non punibilità è qui aggravata dal fatto che le immunità politiche concernono la fisionomia dei poteri costituzionali e i loro rapporti nei confronti della giurisdizione: materie dunque che non possono essere rimesse alla disponibilità della maggioranza ordinaria. Sotto il profilo formale, poi, quanto detto è chiaramente confermato dalla disciplina costituzionale delle immunità politiche, le quali sono appunto individuate nella loro esistenza e configurazione essenziale direttamente dalla Carta costituzionale, potendo al massimo intervenire la legge ordinaria per l'attuazione della loro disciplina specie processuale, senza mai comunque incidere sulla "consistenza" degli istituti¹⁸.

La copertura costituzionale, però, non può essere sufficiente per sottrarre la previsione delle immunità politiche al controllo di ragionevolezza della Corte costituzionale¹⁹. Al riguardo si potrà motivare nel senso che il principio

¹⁷ Su questi aspetti di teoria generale del reato, v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, parte generale, Torino, 2008, 555 ss.

¹⁸ L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica*, cit., 9; T.F. GIUPPONI, *Le immunità*, cit., 135; 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, 4540. V. sent. Corte cost. 19 ottobre 2009, n. 262; in *Cass. pen.*, 2010, 29 ss., con note di R. ORLANDI, *Illegittimi privilegi* e di A. PUGIOTTO, *La seconda volta*.

¹⁹ V. GREVI, *Op. cit.*, 4542; diversamente N. ZANON, *I molteplici volti della "sentenza Alfano"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 53.

di eguaglianza costituisce un principio supremo dell'ordinamento, come tale sottratto alla revisione costituzionale²⁰. Ma forse più precisamente il punto è che, nel presupposto della legittimità di diseguaglianze ragionevoli, la riserva di previsione costituzionale delle immunità politiche non può contraddittoriamente risolversi nella loro sottrazione al controllo di ragionevolezza. Insomma, è come se il principio di eguaglianza-ragionevolezza fosse costituito da tre cerchi concentrici. Quello più esterno (le cause di non punibilità *comuni*) è nella disponibilità del legislatore ordinario; quello intermedio (le immunità *politiche*) è nella disponibilità del legislatore costituzionale; quello più interno (la correttezza dei *bilanciamenti*) è intangibile dal legislatore – ordinario e costituzionale – che soggiace pertanto al controllo della Corte costituzionale.

6. I reati funzionali e le “speciali” esigenze di tutela della politica

I principî di disciplina sostanziale delle immunità politiche si atteggiavano in modo molto diverso a seconda che si tratti di responsabilità per reati funzionali ovvero extrafunzionali. Mettere in ombra questa distinzione significa confondere le acque per accreditare soluzioni che possono alla fine rivelarsi di privilegio. In effetti, mentre per la responsabilità per reati funzionali si può pervenire a configurare un sistema addirittura “autonomo” sotto il profilo sia sostanziale che processuale, la stessa cosa non può farsi a cuor leggero per la responsabilità per reati extrafunzionali.

Da un certo punto di vista, il reato funzionale drammatizza – come s'è visto – il rapporto tra politica e giustizia, nella misura in cui la contestazione giudiziaria riguarda direttamente l'esercizio della funzione politica. Però è anche vero che, non solo storicamente le immunità funzionali derivano dall'esigenza di salvaguardare il potere parlamentare dall'ingerenza del re e più in generale la maggioranza al potere dalle possibili aggressioni degli avversari politici, ma soprattutto le immunità funzionali sono strettamente legate all'esigenza di evitare impropri sindacati sull'esercizio della funzione. Insomma, alla loro base non c'è tanto l'idea del pericolo rappresentato da un *magistratura* che entra arbitrariamente nella competizione politica, quanto piuttosto una obiettiva esigenza di far valere la specificità della funzione politica rispetto al controllo di legalità svolto dalla giurisdizione. Ciò non può certamente significare che l'esercizio del potere politico sia sottratto alle condizioni di legalità. Però non può nemmeno essere sottaciuta in linea di principio una certa qual eteroge-

²⁰ A. PACE, *La legge n. 140/2003*, cit., 20 s.

neità, se non proprio incommensurabilità, tra la legalità codicistica del diritto penale e la discrezionalità politica delle funzioni costituzionali, parlamentari e di governo.

Sempre in via di principio, da ciò conseguono alcune linee portanti della disciplina delle immunità funzionali. L'area immunitariamente coperta dovrebbe essere, per un verso, direttamente proporzionale all'elevatezza delle funzioni svolte e, per un altro, inversamente proporzionale all'ampiezza del potere disponibile. Quanto più vasta è la portata del potere di cui l'organo dispone, per esempio il governo nel nostro ordinamento, tanto meno si può immaginare una copertura immunitaria che lasci interamente sottratto al controllo di legalità un potere di tale vastità e incisività nella guida politico-amministrativa del paese. Al contrario, il Presidente della Repubblica può ben usufruire di una irresponsabilità per tutti i reati commessi nell'esercizio delle sue funzioni (eccetto l'alto tradimento e l'attentato alla Costituzione), in ragione dell'ampiezza tutto sommato relativa dei suoi poteri di indirizzo politico. Ma l'elemento veramente caratteristico del sistema delle immunità funzionali è la sua potenziale specialità ed autonomia rispetto al sistema della giurisdizione ordinaria. Qui il grado di scostamento può essere il più diverso e riguardare molteplici aspetti, di natura sia sostanziale che processuale, essendo però abbastanza improbabile che si trasmodi in un bilanciamento così scorretto da precipitare nella incostituzionalità. Va considerato, infatti, che il motivo fondamentale dello "scostamento" risiede in un dato obiettivo e strutturale derivante dalla eterogeneità tra legalità penale e discrezionalità politica, più che in una potenziale conflittualità spesso congiunturale tra poteri dello Stato.

Lo "scostamento" raggiunge il suo massimo grado quando concerne addirittura principi fondamentali di garanzia come la previsione legale sufficientemente determinata delle fattispecie, come per i reati del Presidente della Repubblica o per l'aggravante indeterminata prevista per i reati ministeriali²¹. Più frequentemente, lo "scostamento" riguarda profili processuali relativi sia

²¹ Quanto ai reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione, pare invero prevalente la tesi che essi non siano perfettamente identificabili con fattispecie codicistiche, ma siano invece ricavabili in modo almeno relativamente autonomo ed indipendente e dunque con un'indubbia caduta della legalità-determinatezza delle fattispecie (L. MAZZAROLLI, *Art. 90*, in S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 823 ss.). Quanto all'aggravante per i reati ministeriali, essa è prevista dall'art. 4 della l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1 che testualmente dispone che «per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni dal Presidente del Consiglio dei ministri o dai ministri, la pena è aumentata fino ad un terzo in presenza di circostanze che rivelino la eccezionale gravità del reato».

alla necessità di un filtro politico all'esercizio dell'azione penale (istituti autorizzatori come quello previsto per la responsabilità dei ministri dall'art. 9 della citata l. cost. 1/1989²²) sia la "specialità" dell'organo di accusa ovvero di quello giudicante²³, oppure di entrambi. Una specialità che sembra comunque coerente con l'intento di fondo della nostra Costituzione, di *non* elevare a principio generale quello di una incondizionata irresponsabilità anche penale per l'esercizio del potere politico. Al contrario, circoscritta l'irresponsabilità ai nuclei storici dei reati funzionali del Capo dello Stato e delle opinioni espresse e dei voti dati dei parlamentari, per il resto la tutela della funzione politica avviene cercando di coniugare l'esercizio della giurisdizione (e la responsabilità penale) con il carattere intrinsecamente "politico" della regiudicanda (e dunque anche della responsabilità)²⁴.

Il punto cruciale è semmai quello della individuazione dei confini delle immunità funzionali, cioè in definitiva quello della definizione ed individuazione in concreto del reato funzionale. E qui si annidano i maggiori rischi di aggiramento dei limiti costituzionali della "giustizia politica", intesa quest'ultima sia come vera e propria esclusione della punibilità sia come assoggettamento a forme di giurisdizione speciale. Tradizionalmente il nodo ha sempre riguardato il nesso funzionale dell'illecito commesso nell'esercizio della funzione parlamentare mediante l'espressione di opinioni. Storicamente, l'esigenza al riguardo è stata di superare la genericità di un nesso di indistinto collegamento funzionale per precisarne più dettagliatamente gli estremi fattuali. E così tale

²² Ove è peraltro disposto che «l'Assemblea [...] può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'imputato abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo».

²³ In Francia, dopo la legge costituzionale 27 luglio 1993, i reati ministeriali sono giudicati dalla Corte di giustizia della Repubblica, composta da dodici parlamentari (sei per il Senato e sei per l'Assemblea nazionale) e tre magistrati, di cui uno la presiede.

²⁴ Senza pretesa di fornire esaurienti informazioni comparatistiche, si può dire però che il quadro è molto variegato. Si va infatti da soluzioni in cui si afferma addirittura la generale responsabilità per tutti i reati funzionali del Capo dello Stato (Portogallo) a quelle opposte di generale irresponsabilità per reati sia funzionali che extrafunzionali (Spagna). Spesso è presente il filtro politico dell'incriminazione: per i reati funzionali del Presidente della Repubblica in Portogallo; solo per alcuni reati ministeriali particolarmente gravi in Spagna; per tutti i reati funzionali e non del Presidente della Repubblica in Germania; per i reati funzionali del Presidente della Repubblica e dei ministri in Slovenia. Così come spesso è prevista la competenza di un giudice speciale: per i reati ministeriali in Francia; per i reati presidenziali e ministeriali in Polonia, Slovenia, Grecia.

nesso è stato – ed è ancora in certi ordinamenti – limitato ad un criterio, decisamente tanto restrittivo quanto netto ed univoco, di tipo “spaziale”: nel senso, cioè, che sono coperte da immunità le sole opinioni espresse nelle aule parlamentari. Meno restrittivo e decisamente più funzionalistico il criterio che fa leva sulla tipologia dell’atto in cui direttamente o indirettamente²⁵ sono contenute le espressioni criminose, in quanto si tratti appunto di atto “formalmente” manifestazione dell’esercizio funzionale. A quest’ultimo criterio s’ispira anche la nostra legge 140/2003, se non fosse che l’art. 3.1 chiude con un riferimento anche a «ogni altra attività [...] di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione *di parlamentare*, espletata anche fuori del Parlamento». La connessione alla funzione qualificata non già in sé come “parlamentare” ma *della persona del* “parlamentare” finisce per dilatare il nesso a qualunque espressione che non concerna esclusivamente rapporti privati, configurandosi così come un privilegio legato alla qualità personale piuttosto che come uno strumento per sottrarre al sindacato giudiziario gli atti di esercizio funzionale²⁶.

La situazione è in qualche modo aggravata dalla previsione poi della c.d. pregiudiziale parlamentare da parte della stessa legge del 2003. Come s’è detto, in materia di reati funzionali, non è affatto irragionevole la previsione di filtri di natura autorizzatoria diretti a verificare il carattere intrinsecamente politico-discrezionale dell’illecito, *per ciò* meritevole di essere sottratto alla giurisdizione ordinaria. In questo senso è ad esempio la disciplina dei reati ministeriali di cui alla legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1 (art. 3, comma 4 e ss.). Ma la situazione è diversa quando il giudizio sotteso all’autorizzazione parlamentare non consiste in una valutazione in ordine alla politicità dell’illecito, bensì si riduce all’accertamento di un dato di fatto come è il nesso funzionale che come tale dovrebbe essere rimesso all’accertamento dell’autorità giudiziaria, ferma restando la possibilità di sollevare un conflitto di attribuzioni in caso di sentenza definitiva che il parlamento ritenga comunque lesiva della prerogativa del suo componente.

La realtà è sotto gli occhi di tutti. Un vero e proprio rovesciamento dei panni, con una prassi parlamentare che facendo sostanziale abuso della pregiudiziale spinge l’autorità giudiziaria a sollevare continuamente conflitti di attri-

²⁵ Indirettamente, nel senso che l’immunità copre ovviamente l’espressione criminosa anche quando essa sia contenuta in dichiarazioni non consistenti in atti ufficiali ma a questi ultimi facenti riferimento

²⁶ A. PACE, *La legge n. 140/2003*, cit., 29

buzione, con una conseguente giurisprudenza della Corte costituzionale diretta a ricondurre l'immunità funzionale nei suoi limiti costituzionali²⁷, ma con una efficacia pur sempre limitata a ciascuna delle singole vicende giudiziarie le quali pertanto seguitano a riprodursi invariabilmente in una sorta di contrasto perpetuo.

7. I reati extrafunzionali e le esigenze di tutela della politica: prestigio dell'organo e azioni persecutorie della magistratura

Il vero problema – l'abbiamo già detto – riguarda però i reati extrafunzionali. Qui si rivela particolarmente arduo il bilanciamento tra le esigenze – di eguaglianza e di legalità – della giurisdizione e quelle della politica. Anche perché non sono nemmeno immediatamente evidenti quali siano di preciso queste esigenze della politica²⁸. Anzi, per meglio dire, le esigenze della politica si delineano diversamente a seconda delle situazioni storiche ed istituzionali dei rapporti tra organi politici e ordine giudiziario, se non addirittura a seconda del loro diverso e reciproco grado di credibilità sociale nella contingenza data. Il che spiega anche perché il tema dei rapporti tra politica e giustizia, allorquando diventa problematico, rimanda quasi immancabilmente al diverso e più generale piano dell'assetto ordinamentale della magistratura. Se, invece, gli istituti immunitari sono disciplinati e funzionanti in modo sufficientemente soddisfacente, più remota è l'eventualità di interventi strutturali del legislatore diretti a modificare pericolosamente l'assetto ordinamentale sotto la spinta delle frizioni esistenti – più o meno occasionalmente – tra classe politica e magistratura.

Comunque, prima di soffermarci sulla più precisa individuazione delle esigenze in conflitto da bilanciare, pare possibile fissare qualche punto abbastanza fermo. In primo luogo, le prerogative di carattere extrafunzionale dovrebbero avere carattere processuale e non sostanziale, dovrebbero cioè salvaguardare dal processo più che dalla responsabilità. In secondo luogo, per tutta la durata della prerogativa dovrebbe restare sospeso il termine di prescrizione

²⁷ Sulla giurisprudenza parlamentare e costituzionale relativa all'immunità di cui al primo comma dell'art. 68 Cost., dopo la riforma del 1993 ancorché prima di quella del 2003, v. molto ampiamente C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione. La riforma del primo comma dell'art. 68 Cost.*, Padova, 2000, 67 ss.

²⁸ Cfr. L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica*, cit., 21, che sembra opinare nel senso che solo il nesso funzionale sarebbe in grado di mettere la prerogativa al riparo da censure di costituzionalità; similmente, v. A. PACE, *Conclusioni*, cit., 189.

del reato. In terzo luogo, non essendo il reato connesso alla funzione potrà trattarsi anche di fatti commessi sia contestualmente sia anche anteriormente all'esercizio del mandato. In quarto luogo, e qui si entra già in un'area più opinabile del bilanciamento, la prerogativa processuale dovrebbe essere corredata dalla previsione di un termine finale, identificato o nella cessazione dalla carica o comunque in una sua durata massima²⁹. Infine, le prerogative extrafunzionali, avendo natura in sostanza sospensiva del processo, possono essere costruite o come vere e proprie condizioni di procedibilità consistenti in un atto autorizzatorio dell'organo politico all'esercizio dell'azione penale, oppure come condizioni di impedibilità consistenti in un atto vincolante di sospensione emanante dall'organo politico³⁰. E a quest'ultimo proposito è facile rendersi conto della diversa portata "derogatoria" dell'una o dell'altra soluzione rispetto al principio-valore della legalità ed eguaglianza della giurisdizione penale³¹.

E veniamo al *punctum dolens* delle esigenze politiche che vengono in discussione dinanzi all'esercizio della giurisdizione penale per reati extrafunzionali.

In una prospettiva sociale in cui si sia disposti a concedere ancora un certo credito alla magistratura, l'esercizio della giurisdizione penale può ridondare negativamente sul *prestigio* dell'organo politico che l'indagato/imputato ricopre o di cui egli è membro. Nonostante il suo sapore un po' rétro, quello del prestigio delle istituzioni non cessa di essere un valore costituzionale visto che l'art. 54.2 Cost. continua a recitare che «[i] cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore». Certo, in una visione puramente efficientistica – quasi privatistico-aziendalistica – della vita politica, la pendenza di un processo penale sulle spalle dell'uomo politico non menoma per nulla le sue capacità di buon amministratore, se vi

²⁹ Come noto, questo è stato uno dei profili di censura della l. 20 giugno 2003, n. 140 da parte della sent. Corte cost. 20 gennaio 2004, n. 24, che, dopo aver premesso che «all'effettività della giurisdizione non sono indifferenti i tempi del processo», ha ritenuto che la durata non determinata della sospensione vulnerava gli artt. 3 e 24 Cost.

³⁰ È questa ad es. la logica del disegno di legge costituzionale d'iniziativa Chiaramonte e Compagna, 17 dicembre 2009, S/1942, Modifica all'art. 68 della Costituzione, in materia di immunità dei membri del Parlamento, ove è previsto che «entro il termine perentorio di novanta giorni dalla comunicazione [dell'autorità giudiziaria], [...] la Camera decide se disporre, a garanzia della libertà della funzione parlamentare, la sospensione del procedimento per la durata del mandato».

³¹ V. sul punto T.F. GIUPPONI, *Le immunità*, cit., 301.

sono. Ma, ammesso invece che il valore del prestigio dell'istituzione abbia ancora un senso nel rapporto tra politica e giustizia, come giocherà esso nell'inspirare la disciplina di quel rapporto? In linea generale, la prospettiva della tutela del prestigio può essere coerente con una limitazione dell'immunità extrafunzionale ai reati di una certa gravità o tipologia, come tali specialmente suscettibili di menomare il prestigio dell'istituzione.

Più dettagliatamente, da un primo punto di vista, muovendo dalla premessa che il prestigio vada salvaguardato *ad ogni costo*, si potrà addirittura fondare l'esclusione dalla giurisdizione, la prerogativa processuale, proprio sull'esigenza che il processo a carico del singolo non riverberi cattiva luce sull'organo³²: mettere una benda sugli occhi della giustizia, salvare il singolo per salvare l'organo facendo finta di non vedere. Una tutela del prestigio non tanto radicale quanto piuttosto formale ed apparente, del tutto controproducente per la reale salvaguardia del prestigio sostanziale dell'organo. Non può certo essere questa la linea conforme all'art. 54 Cost.

Da un secondo punto di vista, quasi opposto al primo, il processo penale verrebbe a svolgere esso stesso un ruolo di salvaguardia del prestigio dell'istituzione, ponendosi in sostanza quale supplente e succedaneo rispetto all'inefficienza degli strumenti *interni* di autotutela del prestigio dell'organo, dalle dimissioni alle sanzioni disciplinari, dalle sospensioni alle decadenze. Alludendo a questa prospettiva, si è parlato in proposito di "moralismo giudiziario", stigmatizzando il ruolo della magistratura penale quale quello di chi si arroga il compito di "custode della virtù" della politica³³. Ponendo così le premesse politiche e culturali per la legittimazione di un ampio spazio da riconoscere alle prerogative extrafunzionali. Orbene, non sembra che un simile argomentare sia idoneo ad una definizione costituzionalmente equilibrata delle prerogative extrafunzionali. Prima di tutto, parlare di "moralismo giudiziario" può essere suggestivo, ma diventa pretestuoso quando si consideri che i processi di cui si discute riguardano imputazioni non già per reati bagatellari magari di opinione o attinenti alla vita privata bensì gravi fatti contro la pubblica amministrazione, contro l'ordine economico e così via. Il punto non è dunque questo di una presunta esorbitanza della giurisdizione penale nella sfera della morale politica, ma quello di verificare la fondatezza o meno di simili gravi accuse che di "moralistico" hanno in realtà ben poco. In secondo

³² Cfr. N. ZANON, *La via ordinaria e l'interesse del paese*, in *Corriere della Sera*, 3 giugno 2003, cit. da A. PACE, *Le immunità politiche*, cit., nt. 26.

³³ A. PANEbianco, *Dal moralismo al riformismo*, in *Corriere della Sera*, 3 agosto 2009.

luogo, sul fronte dei rapporti tra esercizio (esterno) del magistero punitivo e tutela (interna) del prestigio dell'istituzione, non va dimenticata l'esistenza della legge 27 marzo 2001, n. 97 (*Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*), la quale dispone in generale l'assunzione da parte delle amministrazioni pubbliche di provvedimenti cautelari in caso di rinvio a giudizio di suoi funzionari per taluni gravi reati. Per quale ragione dovremmo accettare questa penetrante forma di "moralismo" per la pubblica amministrazione e scandalizzarci di fronte a quello che ha come sua destinataria la politica? Infine, non può essere del tutto trascurabile il fatto che, se di "moralismo" si tratta, esso è però succedaneo all'assenza dell'autotutela, determinato appunto anche dall'inerzia dei meccanismi di controllo interno della politica, e dei partiti segnatamente, sulla "moralità" dei suoi protagonisti³⁴.

Piuttosto, se davvero fosse realmente sentita l'esigenza di tutela del prestigio dell'organo, messo a repentaglio dall'incriminazione di un suo membro, l'interesse dovrebbe andare nel senso di assicurare il più celere accertamento processuale³⁵, così da reintegrare realmente il prestigio o con l'affermazione dell'innocenza o coi provvedimenti di autotutela conseguenti all'accertamento del reato. Sempre che, come abbiamo premesso, ci si muova in una prospettiva sociale in cui la magistratura goda ancora di un certo credito.

Prospettiva totalmente opposta è quella invece in cui si accrediti socialmente l'ipotesi di una magistratura così politicizzata da essere capace di vere e proprie azioni *persecutorie* (fino ad arrivare addirittura alla tesi del c.d. "complotto"). È peraltro evidente che la convinzione di una così grave deformazione del volto costituzionale del nostro ordinamento democratico imporrebbe la ricerca di soluzioni anche sul piano ordinamentale, ma ancor prima un'analisi empirica a larghissimo raggio che, sostituendosi a proclamazioni e a campagne di stampa di vario segno, cercasse di verificare empiricamente nei fatti

³⁴ Soluzione di grande interesse, da questo punto di vista, è quella della Costituzione portoghese che, in un quadro di generale rigore per la responsabilità delle cariche politiche (fino all'affermazione della responsabilità funzionale del Presidente della Repubblica), giunge a stabilire la sospensione dalla carica del parlamentare sottoposto a procedimento penale per reati extrafunzionali, deliberata facoltativamente dall'Assemblea parlamentare, salvo che si tratti di reati di particolare gravità cui consegue invece obbligatoriamente (art. 157).

³⁵ V. la proposta di legge Levi e altri (Atto C/3136), presentata il 20 gennaio 2010, recante "Modifica all'art. 132-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di priorità dei processi a carico di membri del Parlamento nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi"

e coi fatti la fondatezza di quelle gravi ipotesi³⁶. Comunque sia, interessa in questa sede individuare le ricadute che quella inquietante – ma non aprioristicamente assurda – premessa può avere sul piano della disciplina delle prerogative extrafunzionali.

Innanzitutto, è evidente che, mentre nella prospettiva della tutela del prestigio dell'istituzione la prerogativa tenderà ad essere limitata a reati di una certa gravità e significato, nella attuale prospettiva tenderà invece ad avere una portata onnicomprensiva, poiché qualunque titolo criminoso può virtualmente celare l'intento persecutorio. In linea di principio, la prerogativa extrafunzionale in funzione antipersecutoria avrà poi uno spettro applicativo particolarmente ampio anche per quanto riguarda le fasi del processo "coperte" della garanzia: non solo il dibattimento, infatti, ma anche le indagini preliminari e l'udienza preliminare sono in grado di produrre l'effetto persecutorio sull'indagato³⁷. Ma soprattutto la disciplina, per realizzare un ragionevole bilanciamento, dovrebbe non avere applicazione automatica e presentare piuttosto un carattere in certo qual senso eccezionale³⁸. Sotto il primo profilo, è chiara infatti la necessità di un accertamento che volta per volta constati il *fumus persecutionis*; così come è chiaro che tale accertamento dovrebbe essere attribuito alla competenza di un organo diverso sia dall'autorità giudiziaria, anche giudicante, competente a procedere sia dall'organo politico cui appartiene il soggetto indagato o imputato. Data la delicatezza della questione, che evidenzia un potenziale contrasto tra organi costituzionali, l'accertamento del *fumus persecutionis* potrebbe essere attribuito ad un organo terzo, estraneo ad entrambi i poteri, e cioè ad esempio ad una sorta di sezione specializzata della Corte costituzionale se non alla Corte nella sua composizione plenaria³⁹.

³⁶ Ad es. mediante l'affidamento di compiti accertativi affidati a soggetti indipendenti, che per autorevolezza e competenza non dovrebbero suonare come istanze di revisione (o "normalizzazione") nei confronti dell'attività della magistratura.

³⁷ Il punto fu oggetto di discussione a proposito della l. 23 luglio 2008, n. 124, concludendosi correttamente che l'ambito d'applicazione della sospensione poteva concernere solo il "processo penale" in senso stretto: cfr. R. ORLANDI, *Questioni processuali nell'applicazione della legge 23 luglio 2008, n. 124*, in *Il lodo ritrovato*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2009, 33 s.

³⁸ Sembra essere questa la prospettiva dominante in Spagna, ove il Tribunale Costituzionale ha chiesto una intenzione politica "ostile" quale presupposto per rifiutare l'autorizzazione a procedere nei confronti dei parlamentari: v. F. MUÑOZ CONDE - M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, parte general, Valencia, 2002, 180.

³⁹ In questo senso, G. PISAPIA, in C. NORDIO - G. PISAPIA, *In attesa di giustizia. Dialogo sulle riforme possibili*, Milano, 2010, 159.

Sotto il secondo profilo, parrebbe logico subordinare l'operatività della prerogativa ad una specifica richiesta di sospensione del processo da parte dell'organo cui appartiene l'indagato (o nel caso di organo monocratico, di altro collegio che ne possa in qualche modo assumere costituzionalmente la tutela). In effetti, dovendosi difendere da un'ipotetica azione persecutoria della magistratura, non avrebbe senso una prerogativa generalizzata ma solo nel concreto caso in cui sia percepibile il *fumus persecutionis*. Altrimenti, la prerogativa trasmoderebbe in privilegio fondato su una tanto inaccettabile quanto eversiva *presumptio persecutionis* in qualunque atto di esercizio della giurisdizione a carico di soggetti politici.

8. Segue. *Il buon funzionamento degli organi costituzionali e le difficoltà del bilanciamento*

Terza ed ultima prospettiva in cui possono trovare collocazione gli istituti immunitari extrafunzionali è quella della tutela del corretto *funzionamento* degli organi di appartenenza degli accusati. Si tratta indubbiamente del fondamento meno implausibile, non solo perché lontano dalle ipotesi costituzionalmente inquietanti di azioni persecutorie da parte della magistratura, ma anche perché contrapponibile e bilanciabile all'esigenza costituzionalmente rilevante ed addirittura irrinunciabile, qual è quella della legalità ed eguaglianza della giurisdizione⁴⁰. D'altra parte, si tratta della logica che ha storicamente contrassegnato le prerogative extrafunzionali ed in particolare quelle autorizzazioni a procedere fin dall'origine previste dai nostri costituenti, seppure nel timore allora di una magistratura che, sostanzialmente rimasta la stessa di quella formata ed operante sotto il fascismo, avrebbe potuto essere poco favorevole al nuovo volto delle forze politiche e al nuovo assetto democratico. Comunque sia, l'autorizzazione a procedere visse quasi cinquant'anni di vita repubblicana, essendo stata decretata la sua scomparsa nel 1993 – com'è notissimo – forse non tanto per una crisi di principî quanto piuttosto per il contestuale sovrapporsi del declino politico prodotto da “tangentopoli” alla non sempre onorevole prassi seguita dal parlamento nella gestione dell'istituto.

⁴⁰ Cfr. sent. Corte cost. 20 gennaio 2004, n. 24: «il sereno svolgimento delle rilevanti funzioni [che ineriscono a quelle cariche] è «un interesse apprezzabile che può essere tutelato in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto». Impostazione che diventerà centrale nella successiva sent. 19 ottobre 2009, n. 262 (sul “lodo Alfano”), come nota esattamente R. BIN, *I molteplici volti della “sentenza Alfano”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 45.

Alla prospettiva della tutela del funzionamento dell'organo pare poi essere in qualche modo complementare anche l'esigenza di assicurare l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'accusato, così che la sospensione del processo può in linea di principio derivare tanto quale conseguenza di un atteggiamento di autotutela della politica quanto quale conseguenza di un impedimento legittimo alla partecipazione al processo. In effetti, l'accusato che riveste alte cariche istituzionali è posto in un dilemma, essenziale al funzionamento dell'organo, per cui se decide di difendersi rischia di pregiudicare il funzionamento dell'organo, mentre se decide di continuare ad esercitare la funzione rischia di non potersi adeguatamente difendere⁴¹. Sotto questo profilo, si evidenzia un primo non agevole problema di bilanciamento: può la sospensione del processo essere irrinunciabile da parte dell'interessato? Può cioè l'interesse istituzionale al funzionamento dell'organo prevalere sull'interesse individuale alla difesa? La Corte costituzionale rispose negativamente⁴², ma data l'indubbia rilevanza costituzionale dei due interessi la scelta sembrerebbe implicitamente orientata più che altro da un generale atteggiamento di favore verso la giurisdizione quale connotato fondamentale della nostra democrazia, oppure da una considerazione del diritto di difesa quale diritto fondamentale dell'uomo appartenente al nucleo duro dei principi supremi dell'ordinamento.

Chiusa la parentesi, sembra insomma che le credenziali costituzionali delle prerogative processuali extrafunzionali, sempre che si possano fondatamente dire ispirate all'esigenza di funzionamento dell'organo⁴³, non sono del tutto impresentabili anche in un ordinamento a forte base legalitaria e ad alto riconoscimento dell'ordine giudiziario come il nostro⁴⁴.

⁴¹ L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica*, cit., 19, richiamandosi alla sentenza costituzionale 225/2001, conclude che il parlamentare non gode di particolari garanzie al riguardo.

⁴² Cfr. sent. Corte cost. 20 gennaio 2004, n. 24, anche se poi la dichiarazione di incostituzionalità si basò su altri profili.

⁴³ Certo, non può sfuggire la diversa incidenza che – tramite la persona – esercitano sulle funzioni da un lato i singoli atti processuali, come gli arresti o le perquisizioni, e dall'altro il semplice svolgimento del processo. Così che si è anche giunti a mettere in forse l'intrinseca ragionevolezza della prerogativa consistente nella sospensione processuale (ma il discorso è in qualche misura estensibile anche alla autorizzazione a procedere), ipotizzando addirittura l'assenza di una reale esigenza di tutela: cfr. G. GIOSTRA, *Sospensione del processo a tutela della carica istituzionale?*, in *Dir. e giust.*, 2004 (5), 28; S. RUGGERI, *Sospensione dei processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato, tutela del sereno esercizio delle funzioni, legittimo impedimento a comparire al processo*, in *Cass. pen.*, 2009, 4525 s.

⁴⁴ Senza pretesa di esaurienti informazioni comparatistiche, si può sommariamente dire che l'immunità extrafunzionale, sotto forma di autorizzazione a procedere ovvero di sospensione automatica del procedimento, è presente: per i parlamentari in Spagna, Francia, Germania,

Il problema è semmai un altro, e fa riaffiorare quell'immagine della quadratura del cerchio di cui parlava Vittorio Emanuele Orlando a proposito della disciplina delle immunità politiche. Infatti, pur essendo i due valori in conflitto – funzionamento dell'organo e legalità della giurisdizione – senz'altro legittimamente bilanciabili in quanto dotati entrambi di dignità costituzionale sostanzialmente equivalente, il problema sta tutto nella difficoltà di tradurre quel bilanciamento in una disciplina normativa che sia davvero articolata in termini equilibrati e ragionevoli. E i problemi di ragionevolezza si pongono addirittura su due versanti: uno per così dire esterno alla disciplina di questa categoria di immunità, concernendo la ragionevolezza di una sottrazione – ancorché processuale – alla giurisdizione per reati extrafunzionali a fronte del principio generale della perseguibilità dei reati funzionali dei ministri, mentre semmai dovrebbero essere proprio questi ultimi a vantare, come s'è visto, le maggiori necessità immunitarie⁴⁵.

Sul versante interno, vengono in considerazione difficoltà di bilanciamento concernenti la disciplina in sé delle immunità extrafunzionali⁴⁶. Più precisamente, esse riguardano in primo luogo la valutazione dell'incidenza negativa del processo sull'esercizio funzionale e dunque sul funzionamento dell'organo (ovvero anche, nell'altra logica, sulla efficacia impeditiva dell'esercizio funzionale a partecipare al processo). Lasciamo da parte le ipotesi delle autorizzazioni *ad acta* (agli arresti, alle perquisizioni, ispezioni, intercettazioni e sequestro di corrispondenza), che rispondono a finalità in parte peculiari⁴⁷, e concentriamo l'attenzione sulla generica autorizzazione al processo oggi scomparsa. Impensabile essendo il recupero di criteri come quello antico della sospensione del processo per tutta ma solamente la durata delle varie sessioni di lavoro parlamentare, le attuali complesse modalità di svolgimento della funzione politica da

Polonia, Slovenia, Grecia; per il Presidente della Repubblica in Portogallo, Francia, Grecia.

⁴⁵ A. PACE, *La legge n. 140/2003*, cit., 24 s.

⁴⁶ Come esattamente nota E. GROSSO, *L'incostituzionalità del "Lodo Schifani" tra emergenza costituzionale e giudici a Berlino*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 969, la Corte (sent. 24/2004) rimproverò al legislatore del 2003 proprio un cattivo bilanciamento.

⁴⁷ L'inviolabilità della libertà personale, da un lato, assicura contro il pericolo di un radicale attentato all'esercizio della funzione mediante impedimento addirittura fisico, suscettibile di condizionare direttamente – con l'assenza del parlamentare – l'adozione di singoli atti. La riservatezza, dall'altro lato, sembra essere una pre-condizione necessaria all'esercizio di funzioni che, bensì esposte alla necessaria pubblicità delle loro manifestazioni finali, possono però risentirne negativamente dalla propalazione intempestiva di dati e notizie propedeutiche alla decisione. Diverso discorso va fatto invece a proposito della inutilizzabilità processuale delle intercettazioni c.d. indirette.

parte dei parlamentari ma soprattutto da parte di altre cariche istituzionali rendono problematica la praticabilità di una valutazione *in concreto* del possibile pregiudizio al funzionamento dell'organo. E l'esperienza della prassi parlamentare in tema di concessione dell'autorizzazione a procedere conferma l'impraticabilità di attribuire allo stesso organo di appartenenza l'accertamento in concreto⁴⁸: a parte l'inefficacia derivante dalla naturale tendenza a massimizzare l'autotutela, un sistema di accertamento in concreto devoluto allo stesso organo interessato ha la sicura conseguenza di accentuare la conflittualità insita nell'istituto trasferendola sul piano puramente politico.

Dunque, da questo punto di vista, l'idea di un automatismo della prerogativa – come era quello previsto dalla legge 20 giugno 2003, n. 140 e 23 luglio 2008, n. 124 (c.d. “lodi” Schifani e Alfano) non sembrerebbe del tutto priva di senso⁴⁹. Sennonché, e qui siamo alla quadratura del cerchio, una simile rigidità potrebbe squilibrare il bilanciamento, soprattutto se la portata applicativa “soggettiva” della prerogativa fosse quantitativamente molto estesa come sarebbe stata per la vecchia autorizzazione a procedere. Inoltre, la Corte costituzionale ha già avuto modo di esprimersi a favore di un sistema di valutazione in concreto, seppure al diverso proposito del legittimo impedimento alla partecipazione al processo, suggerendo che il giudice debba programmare il calendario delle udienze conciliando le esigenze processuali con quelle dell'esercizio della funzione politica⁵⁰. Ma nella sostanza non ha potuto poi che fare appello al principio della leale collaborazione tra gli organi, il che pare obiettivamente un po' troppo utopistico per situazioni che sono comunque di potenziale conflittualità. Del tutto abnorme sarebbe infine attribuire all'organo di appartenenza la valutazione della “legittimità dell'impedimento” a partecipare al processo⁵¹. Così facendo, non solo si riprodurrebbe la situazione della

⁴⁸ Sul problema dei criteri di esercizio di questa discrezionalità, v. T.F. GIUPPONI, *Le immunità*, cit., 322. Evidente il pericolo che la discrezionalità possa anche risolversi in abuso della maggioranza a danno della minoranza (come osservò G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari: natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979, 53 ss.)

⁴⁹ In questo senso, seppure nella prospettiva del legittimo impedimento, C. NORDIO, in C. NORDIO - G. PISAPIA, *Op. cit.*, 175. In Francia, con la legge costituzionale del 23 febbraio 2007 è stata esplicitata la responsabilità penale del Presidente della Repubblica per i reati extrafunzionali, prevedendo nel contempo la sospensione automatica dell'azione penale per tutta la durata del mandato.

⁵⁰ V. sentenza Corte cost. 6 luglio 2001, n. 225, su cui cfr. AA.VV., *Il “caso Previti”. Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2000.

⁵¹ V. la legge sul legittimo impedimento approvata definitivamente dal Senato il 10 marzo

discrezionalità di cui fruiva il parlamento a proposito della vecchia autorizzazione a procedere, ma soprattutto sarebbe configurata una competenza costituzionalmente incongrua. Infatti, se là l'organo politico era chiamato – in teoria – a verificare le conseguenze del processo sul *suo* (dell'organo) *funzionamento*, qui il giudizio sarebbe invertito essendo chiamato a certificare l'incidenza dell'esercizio funzionale sull'adeguato svolgimento *del processo*, con un'evidente invasione nell'area della giurisdizione. Aggravata in più dall'avvenire caso per caso, con tutti i rischi di accentuazione della conflittualità.

Ancora una volta, pertanto, l'idea dell'automatismo della prerogativa sospensiva del processo non è peregrina, seppure ai limiti di un corretto bilanciamento.

C'è però un secondo punto su cui si addensano ulteriori difficoltà del bilanciamento. Quali possono essere le funzioni, le "cariche", che possono ragionevolmente beneficiare della sospensione processuale per reati extrafunzionali, soprattutto se dovesse essere automatica⁵²? Il nostro sistema era ispirato, fino alle recenti vicende legislative, al principio della generale perseguibilità di *tutti* i soggetti politici per i reati extrafunzionali: come noto, esiste una sorta di vuoto legislativo a proposito dei reati extrafunzionali del Presidente della Repubblica, dei ministri e del Presidente del Consiglio dei ministri⁵³. E l'abolizione nel 1993 dell'autorizzazione a procedere per i parlamentari, pur essendo – come s'è visto – il risultato storico di una contingenza che si aggiungeva ad una cattiva prassi, ebbe però anche un senso più profondo. Quello cioè che la legittimazione democratica di tipo elettorale-rappresentativo non poteva più costituire ragione giustificatrice sufficiente di una particolare dignità della funzione, in un ordinamento e in un clima in cui ormai la legittimazione democratica degli organi e delle funzioni si sviluppa in un orizzonte più vasto, in cui l'idea di democrazia non è più monodimensionale e altre legittimazioni altrettanto ma diversamente democratiche circolano in organi e funzioni molto diverse. Reimpostare oggi un discorso di prerogative immunitarie extrafunzionali basandolo esclusivamente sul "titolo" della legittimazione elettorale-rappresentativa rischierebbe di essere un discorso quasi antistorico. Sennonché, una volta scelto anche un criterio selettivo diverso

2010, che per un lato contiene una presunzione di impedimento e per l'altro abbrivisce alla Presidenza del Consiglio un potere di autocertificazione in merito.

⁵² Fu uno dei profili già evidenziati da Corte cost. 20 gennaio 2004, n. 24, a proposito della l. 140/2003.

⁵³ T.F. GIUPPONI, *Le immunità*, cit., 362 ss. segnala la tendenza storica a lasciare fuori dall'immunità extrafunzionale il Presidente della Repubblica e soprattutto i ministri.

(quale?) delle funzioni da tutelare nel loro funzionamento contro l'azione giudiziaria nei confronti dei loro titolari, qualunque elenco correrebbe il rischio di peccare di irragionevolezza: perché questi dentro e questi fuori? Naturale allora la tendenza, sospinta anche da pressioni non sempre disinteressate, alla dilatazione massima dell'inclusione. E forse anche non del tutto priva di senso, se si considera l'importanza che di fatto certe funzioni o anche solo certe attività hanno nella complessità della vita politica moderna, fatta di mille competenze. Ma, dall'altra parte sta l'imperativo costituzionale e la necessità politica di non sbilanciare il difficile equilibrio di istituti che non possono perdere il loro carattere eccezionale senza alterare in profondità la fisionomia democratica dell'ordinamento.

Le alchimie dei bilanciamenti, necessarie alla vita del diritto e indispensabili a contenere le conflittualità potenziali, diventano particolarmente difficili quando sono in gioco valori o principî che hanno una vocazione (sempre storica, beninteso) ad una certa qual assolutezza. Questo è il caso del principio della obbligatorietà della giurisdizione penale a fronte della legittimazione democratica di tipo elettorale-rappresentativa.

9. Dalla riforma degli istituti immunitari alle "grandi riforme"

A questo punto può chiudersi il cerchio. Il tema della prerogative immunitarie è uno dei "luoghi" più significativi, almeno giuridicamente, del rapporto di tensione tra politica e giustizia penale. Ma la disciplina di questi istituti non è certo svincolata dalla realtà anche empirico-sociale in cui versano i rapporti ordinamentali tra magistratura e politica. In un duplice senso. In quello, già visto, che la fisionomia degli istituti immunitari risente del grado di credibilità che la magistratura può vantare nella politica e nella società, e viceversa. Ma anche nel senso che comunque, come attestano le vicende che stiamo vivendo in questi giorni, un'eventuale riforma della disciplina delle prerogative si lega politicamente con eventuali riforme di più ampio raggio, le famose "grandi riforme" istituzionali e/o costituzionali così tanto vagheggiate. Per un lato, le difficoltà – se si vuole in un certo senso tecniche – di trovare il "riequilibrio" tra politica e giustizia penale per mezzo degli istituti immunitari, con la quadratura del cerchio dei connessi bilanciamenti, con gli incidenti di percorso delle ben due pronunce di incostituzionalità, con i sospetti di confezionare leggi *ad personam*. Tutte queste difficoltà potrebbero spingere la politica a impegnarsi anche o piuttosto sul piano delle grandi riforme, indubbiamente ardue innanzitutto sotto il profilo puramente parlamentare, ma anche ormai accreditate come l'im-

procrastinabile svolta paligenetica per trarre il rapporto politica/giustizia da questa specie di melma in cui tutti si lamentano e sembrano annaspere. Per un altro verso, e ancor più tatticamente, riforme mirate, parziali o addirittura temporanee, degli istituti immunitari potrebbero costituire le prove d'orchestra per riavvicinare il confronto tra le forze politiche in vista della più impegnativa mèta della grandi riforme, da tutti auspicata come linfa rigeneratrice della propria ragion d'essere dopo la stagnazione risalente addirittura al fallimento della Commissione bicamerale. In ogni caso, comunque, non si possono chiudere queste note sul rapporto tra politica e giustizia penale senza qualche chiosa finale su quella che sembra essere oggi la tendenza riformatrice nel senso dell'esigenza, reale o presunta, di un *rilegittimazione* della magistratura.

Peraltro, non sembra del tutto estraneo a questo gioco delle parti un paradossale fenomeno per cui chi – la politica – più lamenta un deficit di legittimazione della magistratura, proponendo riforme rilegittimanti, ha in realtà contribuito non poco a produrre l'effetto di delegittimazione della stessa, quantomeno su un piano politico-sociale. Qui non si tratta di richiamarsi alle esternazioni di singoli uomini politici ai limiti della denigrazione; non si tratta di rammentare il fatto istituzionalmente gravissimo di documenti ufficiali con cui organi costituzionali hanno talvolta stigmatizzato il contenuto di specifici provvedimenti giudiziari⁵⁴. Dalle parole ai fatti, un elemento davvero forte di delegittimazione *per facta concludentia* è dato proprio dall'elevato numero di soggetti inquisiti presenti in parlamento.

Ma tornando alle riforme, a noi pare di poter dire molto rapidamente che la via della rilegittimazione della magistratura dovrebbe scansare l'idea di una sorta di rivitalizzazione e responsabilizzazione della giurisdizione mediante un più stretto contatto con le sfere della politica: in una situazione e tradizione culturale e politica come quella dell'Italia, un simile percorso sarebbe più temerario che avventuroso. Piuttosto, la strada da percorrere dovrebbe essere quella di agire sulla stessa giurisdizione, sulle condizioni interne del suo funzionamento ed organizzazione. Senza avere il modo di scendere in dettagli, vorremmo far rapidissimo cenno ai grandi temi della separazione delle carriere e della responsabilità del magistrato.

Quanto al primo, è un fatto che il tema della parità tra accusa e difesa è acuitizzato proprio in occasione dei processi che coinvolgono “la politica” e

⁵⁴ Ad es., il 5 dicembre 2001 il Senato approva a maggioranza una mozione programmatica sulla giustizia, nel cui preambolo si esprime una censura per l'attività svolta dal Tribunale e procura di Milano in taluni processi pendenti a carico del Presidente del Consiglio Berlusconi.

che il momento in cui quest'ultima si sente più esposta e vulnerabile è proprio quello in cui il pubblico ministero è protagonista, spesso giocandosi la partita politicamente più decisiva nelle indagini preliminari a causa della loro idoneità – per il carattere mediatico e i tempi concitati della attuale vita politica – a produrre gli effetti più dirimpenti⁵⁵. Del tutto logico, dunque, che la separazione delle carriere, in quanto strumento per rimediare al deficit di controllo giurisdizionale sull'accusa, sia virtualmente idoneo non solo a rafforzare la terzietà del giudice sul piano dei principî propri del processo accusatorio⁵⁶, ma anche a contenere almeno uno dei fattori più virulenti delle tensioni tra politica e magistratura sul piano della concreta realtà in cui esse si manifestano. Insomma, il risultato complessivo di rilegittimazione della giurisdizione che così si perseguirebbe contribuirebbe indirettamente a svenenire i rapporti tra politica e giustizia, attenuando la convinzione di un rischio di “parzialità” accusatoria nella giurisdizione. Le fortissime resistenze opposte però all'idea della separazione delle carriere si fondano, essenzialmente, su due ragioni di natura molto eterogenea. Da un lato, non senza fondamento, preliminarmente si vorrebbe che il mito dell'“appiattimento del giudice” sul pubblico ministero fosse verificato alla luce di analisi empirico-statistiche, che mettessero in luce quanto sia invece ampio nella realtà giudiziaria il margine di scostamento delle decisioni del giudice dalle richieste del pubblico ministero⁵⁷. Esigenza sacrosanta ma non risolutiva, essendo evidente che l'eventuale constatazione fattuale della generale autonomia valutativa del giudice non potrebbe costituire argomento contro l'affermazione anche ordinamentale della separazione, ma anzi ne consacrerrebbe normativamente l'empirica esistenza. Naturalmente, sempre a condizione che, invece, la separazione ordinamentale non rischiasse piuttosto di provocare altro genere di guasti, a fronte di una situazione fattuale tutto sommato accettabile. E qui si evoca il suggestivo argomento della “cultura della giurisdizione”, dalla quale il pubblico ministero sarebbe perniciosamente divolto una volta attuata la separazione delle carriere. Il rischio probabilmente è reale ma forse l'obiezione prova troppo. Semmai, si dovrebbe formulare un'ardua previsione in ordine al risultato che complessi-

⁵⁵ Cfr. L. PALAMARA, *La separazione delle carriere*, in questa *Rivista*, 2008, 231.

⁵⁶ Cfr. O. DOMINIONI, *La separazione delle carriere*, in questa *Rivista*, 2008, 219 ss.; C. NORDIO - G. PISAPIA, *Op. cit.*, 150 s., che si pronunciano entrambi a favore, sottolineando in particolare Pisapia come separazione non significhi necessariamente sottoposizione del P.M. all'esecutivo (p. 164).

⁵⁷ V. ancora L. PALAMARA, *Op. cit.*, 234.

vamente si produrrebbe sul sistema a seguito del bilanciamento/compensazione tra le conseguenze dell'incremento di terzietà del giudice derivante dalla separazione, da un lato, e dal decremento della cultura giurisdizionale del pubblico ministero, dall'altro. In ogni caso, ribadito che la separazione non potrebbe assolutamente prescindere dall'indipendenza del pubblico ministero, ci si potrebbe semmai chiedere per quale ragione la sua separazione dovrebbe indurre nel pubblico ministero, più di quanto possa accadere ora, un atteggiamento istituzionale o socio-culturale nel senso accusatorio "ad ogni costo", cioè di parte parziale anche sul piano delle sue determinazioni valutative oltre che dei reciproci rapporti con il giudice e la difesa. Quel che fa la differenza con la parte integralmente, irriducibilmente parziale della difesa è la diversità degli interessi sostanziali finali: perché, cioè, la separazione dovrebbe incrementare nel pubblico ministero un interesse sostanziale a sostenere l'accusa "ad ogni costo"?

Il vero grande problema della separazione delle carriere è una specie di *arrière-pensée* che incombe come un macigno, bloccando in partenza qualunque confronto costruttivo: il timore cioè che la separazione delle carriere preluda alla dipendenza del pubblico ministero dall'esecutivo. Su questo punto, occorre la massima fermezza. Non solo l'indipendenza del pubblico ministero è imposta dall'art. 104.1 Cost.; non solo essa costituisce l'irrinunciabile garanzia di una giustizia penale che non sia sostanzialmente asservita al potere politico, ma l'indipendenza andrebbe addirittura se possibile rafforzata nel momento in cui si addivenisse alla separazione delle carriere. Per esempio, la separazione senza garantire la piena e totale dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dal pubblico ministero costituirebbe una rivincita della politica sulla giustizia capace di sovvertire dalle fondamenta il principio della democrazia costituzionale.

Il secondo tema è ancor più vasto e complesso: esso rimanda all'idea di una possibile rilegittimazione della giurisdizione attraverso il potenziamento di processi e meccanismi per una sua migliore "responsabilizzazione" nel più generale quadro del principio democratico, per cui ogni potere deve rispondere alla fonte della sua legittimazione⁵⁸. La sfida culturale prima ancora che politica è quella di come sia possibile conciliare indipendenza e responsabilità della magistratura: come è stato detto al riguardo, «se, a livello di principi, è impossibile conciliare la necessità che chi risolve una disputa sia indipendente e imparziale con il principio che chi prende decisioni politiche debba essere demo-

⁵⁸ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 159 ss.

craticamente responsabile, nella realtà aggiustamenti a metà strada sono possibili e finanche legittimi, se ci si ricorda che i regimi democostituzionali sono caratterizzati proprio dal continuo tentativo di conciliare esigenze in astratto inconciliabili»⁵⁹. È noto poi che la sfida si è fatta ancor più drammatica via via che, per svariate ragioni macrosociali⁶⁰, l'incidenza della decisione giudiziaria nella direzione politica della società si è progressivamente allargata, entrando in concorrenza con la politica e con la sua diretta legittimazione democratica.

Ciò posto, ci limitiamo solo a fissare un punto fermo e a tracciare una (possibile) linea di tendenza. Il rafforzamento della legittimazione della magistratura non può passare attraverso la categoria del consenso popolare: diverse sono infatti le forme di legittimazione democratica delle istituzioni politiche e di quelle giudiziarie. Se le prime si fondano sul consenso, ancorché in esso non esauriscano la loro dimensione democratica, la giurisdizione trova altrove la fonte della sua legittimazione, in perfetta aderenza sia al carattere tendenzialmente cognitivo della sua azione sia al suo ruolo principale di garanzia dei diritti e dell'ordine costituzionale⁶¹. Qualunque prospettiva che azzardasse accostamenti tra istituzioni politiche e istituzioni giudiziarie nel nome della comune fonte "democratica" di legittimazione nel consenso maggioritario costituirebbe la premessa per un'alterazione del quadro di democrazia costituzionale.

Ma l'esigenza di una rilegittimazione della magistratura mediante una maggiore sua responsabilizzazione può essere reale. Particolarmente intensa è poi tale esigenza nei confronti proprio del pubblico ministero, la cui discrezionalità invero va oltre quella essenzialmente "interpretativa" del giudice per dilatarsi alle scelte concernenti la conduzione delle indagini e la valutazione del materiale raccolto⁶². È però auspicabile, a nostro avviso, che ciò avvenga per così dire all'interno stesso della giurisdizione, sfruttando in un certo senso il fatto che la dimensione giurisdizionale vede la necessaria partecipazione di molteplici soggetti espressione di realtà differenziate. La responsabilità può essere verso norme o verso soggetti. Nel primo caso, si tratta di assicurare il massimo controllo, trasparenza e partecipazione nella corretta individuazione della *regula iuris* conforme a legge. Il che presuppone, prima di tutto, un meccanismo processuale in cui sia reale ed effettivo il confronto tra accusa e difesa nella delicatissima operazione di concretizzazione delle valutazioni legislati-

⁵⁹ C. GUARNIERI, *Giustizia e politica. I nodi della Seconda Repubblica*, Bologna, 2003, 42.

⁶⁰ V. una penetrante analisi in L. VIOLANTE, *Op. cit.*, 39 ss.

⁶¹ Su tutto ciò, v. L. FARRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, in *Quest. giust.*, 2009/4, 9 ss.

⁶² O. DOMINIONI, *Op. cit.*, 224.

ve rispetto al caso *sub iudice*: sarà dunque meritorio ogni sforzo per svellere il giudice dalla sua posizione di solitudine o, peggio, di contiguità con l'accusa. Non sarebbe poi fuori luogo realizzare un circuito comunicativo nel momento in cui la giurisdizione dice l'ultima parola, con la sentenza: specie se della Cassazione e ancor più se addirittura a Sezioni unite⁶³. Già qualcosa si è mosso al riguardo, ma si potrebbe pensare a sedi istituzionali in cui tutte le componenti della giustizia penale, e segnatamente l'avvocatura, insieme alle istanze della politica, prendessero atto ed esprimessero valutazioni *ex post* sulla generale "politica giudiziaria" attuata dalla magistratura in un dato periodo di riferimento. Le cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario potrebbero essere la sede rinnovata per ciò, se perdessero ad un tempo l'asetticità delle statistiche e la conflittualità della contrapposizione frontale per entrare più nel merito delle scelte interpretative effettuate, del loro rapporto con la legislazione e delle loro ragioni profonde.

La responsabilità verso soggetti, infine, rimanda a meccanismi ancora più sfumati posta la necessità di assicurare la necessaria indipendenza del magistrato. Però potrebbe essere coltivata l'idea di aprire maggiormente alla valutazione del complessivo comportamento giurisdizionale da parte di soggetti esterni all'ordine giudiziario ma partecipi o "coinvolti" nell'esercizio giurisdizionale, quali nuovamente l'avvocatura ma anche altri soggetti istituzionali (Università, enti locali ed esponenziali). Senza arrivare necessariamente a riaccordare tali valutazioni col procedimento disciplinare, esse potrebbero tuttavia inserirsi nella delineaazione del profilo professionale del singolo magistrato ai fini della progressione nella carriera.

Piccole cose, si potrà dire. Ma ci pare salutare un'istintiva diffidenza verso le virtù palinogenetiche delle famose grandi riforme dagli effetti comunque imprevedibili se non preoccupanti, specie quando non assistite da una chiara visione di fondo⁶⁴ o peggio ispirate da una indistinta volontà eversiva dell'ordi-

⁶³ Si può pensare, al riguardo, anche ad introdurre strumenti per cercare di contenere l'incertezza giurisprudenziale: v. L. VIOLANTE, *Op. cit.*, 168.

⁶⁴ Cfr. sulle contraddizioni delle riforme costituzionali, G. ZAGREBELSKY, *I paradossi della riforma costituzionale* (2006), ora in *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 260 ss., che parla di «uso simbolico del tema della riforma come terreno costitutivo di sempre nuovi equilibri politici», per poi concludere con il saggio ammonimento di Montesquieu, adattabile anche al problema dei rapporti tra giustizia e politica: «lorsqu'on veut changer le mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois. Il vaut mieux les changer par d'autres mœurs et d'autres manières. C'est une très mauvaise politique, de changer par les lois ce qui doit être changé par les manières». Cfr. anche C. GALLI, *La schizofrenia della politica*, in *la Repubblica*, 16 gennaio 2010.

ne della democrazia costituzionale. Rimanere nella fisiologia della giurisdizione, migliorando gli equilibri interni tra i diversi soggetti che vi partecipano, può apparire poca cosa. Ma non facile né per nulla trascurabile. Non facile perché implica il passaggio obbligato della rifondazione di un nuovo clima nei rapporti tra magistratura e avvocatura, forse anch'esso bisognoso di non facili riforme (la professione forense, gli studi universitari giuridici, gli esami e concorsi professionali). Non trascurabile, perché la soluzione del problema tra politica e giustizia passa in gran parte per il previo superamento delle tensioni tra magistratura e avvocatura.