

Le immunità del Presidente della Repubblica: questioni penali e costituzionali.

di *Alessia Fraino*

Sommario. 1. Le immunità penali: natura giuridica e fondamento. - 2. L'immunità del Presidente della Repubblica. - 2.1. L'irresponsabilità funzionale. - 2.2. La responsabilità per gli atti extrafunzionali. - 3. I reati presidenziali: l'alto tradimento e l'attentato alla Costituzione. - 4. Le immunità presidenziali alla luce della giurisprudenza.

1. Le immunità: natura giuridica e fondamento.

L'art. 3, primo comma, cod. pen., stabilisce che *“La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato”*.

La norma richiamata enuncia il principio della obbligatorietà della legge penale che è espressione del più ampio principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione¹. A tale regola si aggiunge una deroga² contenuta nell'inciso *“salvo le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale”*.

Ci troviamo dinanzi alle c.d. immunità penali che descrivono un complesso di situazioni aventi presupposti e fondamenti diversi a seconda dell'ambito di applicazione e della fonte che le disciplina. Nonostante le diversità suddette, le immunità hanno un comune effetto che si sostanzia nella sottrazione dell'autore del fatto illecito alla sanzione penale³.

Tale sottrazione al potere punitivo dello Stato si giustifica in ordine all'ufficio che questi soggetti ricoprono nell'ambito del diritto interno od internazionale.

Occupandoci delle immunità del diritto pubblico interno, occorre procedere ad una classificazione delle immunità penali.

In primo luogo si suole distinguere tra immunità assolute ed immunità relative. Le prime sottraggono l'agente a tutti i tipi di reato, senza distinzione tra gli atti funzionali e gli atti extrafunzionali; le seconde sono riconosciute solo durante la

¹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, Roma, 2013-2014, p. 138, i quali considerano l'art. 3 c.p. come la proiezione, nello Stato moderno, del principio di eguaglianza.

² FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale cit.*, p. 138-139, secondo cui tale eccezione non costituirebbe propriamente una deroga al principio suddetto che vincola cittadini e stranieri, ma si risolverebbe piuttosto in una sottrazione dell'autore del fatto all'applicabilità della sanzione.

³ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale cit.*, p. 139, hanno parlato di *“sottrazione al potere coercitivo dello Stato”*; sul punto si vedano anche GIULIANI, *Sulla natura giuridica delle immunità penali*, in *Scuola pos.*, 1962, p. 685; PAGLIARO, voce *Immunità (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 213; RICCIO, voce *Immunità*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 172.

carica e richiedono un'autorizzazione al procedimento penale da parte di organi diversi dal giudice ordinario⁴.

Con riguardo al tempo ed alla durata della carica, le immunità possono distinguersi in prefunzionali, funzionali ed extrafunzionali a seconda che l'effetto immunizzante agisca sui reati commessi prima dell'assunzione della carica, durante o dopo.

Molto importante è poi la distinzione tra immunità sostanziali ed immunità processuali⁵. Mentre le prime operano sul fatto storico, le seconde riguardano la sottrazione del soggetto alla giurisdizione del giudice penale.

Infine, a seconda della fonte di provenienza, le immunità sono di diritto pubblico e di diritto internazionale⁶.

Controversa in dottrina è la questione relativa alla natura giuridica delle immunità. Sul punto sono sorte due impostazioni: una monistica ed una pluralistica.

Secondo i fautori della tesi monistica, le immunità si atteggiavano unicamente quali eccezioni al principio di obbligatorietà della legge penale⁷. Tale tesi muoverebbe dal fatto che il soggetto non è obbligato al rispetto della legge penale perché è immune. È piuttosto vero che l'immunità deriva dalla carica ricoperta.

⁴ GAROFOLI, *Diritto penale. Parte generale*, Roma, 2017-2018, p. 301, fa un'ulteriore distinzione. Le immunità assolute sono generali mentre le immunità relative sono speciali o parziali e riguardano, secondo l'Autore, all'oggetto dell'esenzione. Sono riconducibile alle immunità relative, quelle dei Ministri per i quali, se membri del Parlamento, occorre l'autorizzazione a procedere da parte della Camera di appartenenza; ancora, per i giudici costituzionali deve essere chiesta l'autorizzazione a procedere alla Corte Costituzionale medesima. La Consulta con sent. del 1989 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge che prevedeva la competenza a concedere l'autorizzazione a procedere al Ministro della Giustizia anziché alla Corte stessa.

⁵ GAROFOLI, *Diritto penale cit.*, p. 301, il quale fa riferimento anche al binomio irresponsabilità-inviolabilità. Ed effettivamente la responsabilità è collegata al diritto sostanziale in quanto è assoggettato a responsabilità, colui che viola una norma giuridica la quale ha carattere coercitivo; l'inviolabilità è connessa alla carica ricoperta che non permette di sottoporre a procedimento penale l'autore del fatto.

⁶ Sono tali quelle riconosciute nel nostro ordinamento giuridico in forza di trattati, convenzioni ed accordi internazionali ratificati e resi esecutivi da un atto normativo interno in virtù dell'art. 10 Cost. Sono immunità internazionali: 1) quelle relative alla persona del Sommo Pontefice considerato sacro ed inviolabile (art. 8 Trattato Laterano. Tale immunità è assoluta in quanto riguarda sia la sua carica di Capo Assoluto dello Stato del Vaticano, sia la posizione spirituale di Capo della cristianità; 2) quelle concernenti i Capi di Stato esteri ed i Reggenti; 3) quelle dei Ministri degli Esteri che godono di immunità relativa per tutti i fatti commessi nell'esercizio delle loro funzioni; 4) quelle degli agenti diplomatici che godono di immunità assoluta; 5) quelle relative ai membri del Parlamento europeo. In tal senso sentenza 6 settembre 2011, C-163/10 in cui i Giudici di Lussemburgo hanno chiarito che gli europarlamentari godono delle immunità per le dichiarazioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, anche se esse siano avvenute al di fuori dell'Aula atteso che l'insidiabilità non dipende dal luogo in cui le dichiarazioni vengono rilasciate ma dalla natura delle stesse; 6) le immunità concernenti consoli, agenti diplomatici e consolari; 7) quelle dei giudici della Corte dell'Aja e dei Giudici di Strasburgo; 8) infine, quelle concernenti i membri delle forze armate della Nato nonché i militari stranieri che si trovano, previa autorizzazione, nel territorio dello Stato.

⁷ MAGGIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Bologna, 1961, p. 138; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2001, p. 153.

Secondo un altro orientamento, le immunità si qualificerebbero come incapacità penali e sarebbero dunque paragonabili alle situazioni che rendono non imputabili i soggetti incapaci. Tale incapacità deriverebbe da ragioni politiche⁸.

In realtà non può parlarsi in incapacità penale in quanto essa è connessa alla imputabilità quale presupposto della colpevolezza stessa. Infatti, un atteggiamento è riprovevole quando è colpevole. La colpevolezza presuppone la capacità di intendere e di volere⁹.

Un altro orientamento ritiene che le immunità possono qualificarsi come eccezione all'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., o più genericamente, come cause di sottrazione alla giurisdizione penale¹⁰.

Occorre segnalare quella dottrina che reputa le immunità quali cause di giustificazione. Tale orientamento pone il problema non più in relazione all'obbligatorietà della legge penale ma lo riferisce alla struttura del reato¹¹.

Infine, c'è stato chi¹² in aderenza alla *ratio* dell'istituto, ha qualificato le immunità quali cause di esclusione della punibilità in senso stretto. Secondo tale dottrina, le immunità costituiscono fattori esterni al fatto tipico che non escludono il reato ma sottraggono il suo autore alla sanzione penale.

In contrapposizione all'impostazione monistica si colloca poi quella pluralistica secondo la quale le immunità non avrebbero natura unitaria dovendosi invece individuare, di volta in volta, l'effetto tipico ed il contesto nella quale esse troverebbero applicazione¹³. Ogni immunità avrebbe pertanto un suo autonomo fondamento da rintracciare ora nella tutela della libertà di espressione del membro del Parlamento (da connettersi alla centralità delle Assemblee rappresentative quali depositarie della volontà popolare, artt. 67 e 68 Cost.), ora nella delicatezza delle funzioni svolte dal Presidente della Repubblica (quale Capo dello Stato e

⁸ SEVERINO, voce *Capacità penale*, in *Enc. Giur.*, vol. V, Roma, 1988, p. 5; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol. I, Torino, 1981, p.

⁹ La colpevolezza cui si fa riferimento è quella intesa in senso normativo. Un fatto, per essere colpevole, deve essere compreso, nella sua offensività, da chi lo commette. L'autore deve capire il disvalore del suo comportamento. Solo se il fatto è colpevole può essere rimproverato. Tale principio è conforme anche alla funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 Cost.; sulla colpevolezza normativa MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, p. 280; GAROFOLI, *Manuale cit.*, p. 780, il quale ritiene che il presupposto per il giudizio rimproverabilità è la constatazione che l'autore abbia avuto la capacità e la possibilità nel determinarsi a commettere il reato. Il rimprovero di colpevolezza presuppone la possibilità per l'autore di essersi autodeterminato liberamente; in tal senso anche Cass. Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163 secondo cui "la configurazione personalistica della responsabilità esige che essa si radichi nella commissione materiale del fatto e nella concreta rimproverabilità dello stesso". La realizzazione del fatto deve ricadere nella facoltà di controllo del soggetto agente.

¹⁰ LEONE, *L'imputabilità nella teoria del reato*, in *Riv. it. Proc. Pen.*, 1937, p. 391. l'opera del processualpenalista è stata pubblicata anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione. Tuttavia, letta in ottica costituzionale, l'immunità, secondo questa impostazione processualista, si qualificerebbe come deroga all'art. 112 Cost. In effetti può osservarsi come in presenza dell'immunità, il fatto commesso continua - sul piano sostanziale - ad essere qualificato come reato. Il suo autore si sottrae alla giurisdizione.

¹¹ GAROFOLI, *Manuale cit.*, p. 319.

¹² MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 785.

¹³ FIANDACA-MUSCO, *Manuale cit.*, p. 146, i quali hanno osservato che ad esempio le immunità funzionali trovano il loro fondamento nella tutela della funzione, del *munus* che il soggetto ricopre.

rappresentante dell'unità nazionale, art. 87 Cost. e sent. 1/2013 Corte Costituzionale).

2. Le immunità del Presidente della Repubblica.

L'articolo 90 della Costituzione, nello stabilire che il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione, introduce due principi in tema di responsabilità presidenziale. Il primo di questi è l'irresponsabilità funzionale del Capo dello Stato¹⁴. Il secondo si ricava al contrario¹⁵ e nel silenzio della disposizione costituzionale che, parlando di non responsabilità per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni esclude, dall'effetto immunizzante, gli atti extrafunzionali.

La questione, di particolare delicatezza, riguarda l'individuazione degli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni, per i quali interviene l'immunità presidenziale. Sul punto è opportuno distinguere tra la prerogativa costituzionale, le immunità ed i privilegi. Con il termine prerogativa si intende l'insieme degli strumenti (siano essi immunità, privilegi, esenzioni) volti ad assicurare una particolare salvaguardia dell'esercizio di determinate funzioni¹⁶. L'immunità è uno degli aspetti della prerogativa costituzionale e consiste nel garantire determinati soggetti, conferendogli uno *status* particolare in ragione del mandato che ad essi è stato conferito.¹⁷ Proprio per tali motivi non può parlarsi di privilegi¹⁸, i quali sono invece collegati ad uno *ius singularis*: vengono concesse garanzie rispetto allo *status* soggettivo.

Chiarito ciò, bisogna ora analizzare l'articolo 90 della Costituzione in riferimento alla linea di confine che intercorre tra la responsabilità e l'irresponsabilità e capire, nel nostro ordinamento, quale delle due costituisca la regola e quale, invece, l'eccezione.

2.1. L'irresponsabilità funzionale.

Dall'interpretazione uniforme degli articoli 89 e 90 della Costituzione, è prevalso il principio di irresponsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti posti in essere nell'esercizio delle sue funzioni e la conseguente responsabilità del ministro controfirmante l'atto. Questa scelta è apparsa compatibile con la forma di governo

¹⁴ SPERTI, *La Responsabilità del Presidente della Repubblica*, Torino, 2010, p. 94 ss, la quale parla invece di irresponsabilità politica in quanto generalmente, gli artt. 89 e 90 Cost. vengono letti ed interpretati congiuntamente.

¹⁵ FURNO, *La responsabilità del Presidente della Repubblica dopo la sentenza n. 1/2013 della Corte Costituzionale*, Torino, 2014, p. 16; sul silenzio della Costituzione si vedano gli *Atti cit.*, seduta del 4 gennaio 1947, p. 31 ss. In quell'occasione dl'onorevole Tosato, specificò che la responsabilità penale del Presidente della Repubblica non veniva disciplinata solo per "ragioni di opportunità e convenienza", e l'onorevole Mortati aggiunse che si trattava di una lacuna volontaria. Successivamente l'onorevole Tosato, in risposta all'onorevole Bozzi, il quale auspicava una disciplina relativa alla responsabilità per gli atti extrafunzionali, chiari: "Abbiamo discusso la questione in sede di commissione (...). Si tratta di reati compiuti dal Presidente fuori dell'esercizio delle sue funzioni. È evidente che egli è responsabile", tratto da *Atti Ass. Cost.*, seduta del 23 ottobre 1947, p. 1495.

¹⁶ CIAURRO, voce *Prerogativa costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXV, Milano, 1986, p. 3-4.

¹⁷ TRAVERSA, voce *Immunità parlamentare*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, p. 178 ss; CIAURRO, *op. cit.*, p. 6-8, il quale fa riferimento all'immunità in senso stretto per descrivere specificamente quelle che esentano particolari soggetti dai procedimenti giudiziari.

¹⁸ Sempre CIAURRO, *op. cit.*, p. 2.

parlamentare, in cui il Presidente non è titolare dell'indirizzo politico. Durante i lavori preparatori, l'articolo 85 della Costituzione era così formulato: “*Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dal Primo ministro e dai ministri competenti, che ne assumono la responsabilità. Il Presidente della Repubblica non è responsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione*”. Come si può notare, l'intenzione dei Padri Costituenti era quella di formulare una disposizione unica sul binomio controfirma ministeriale - irresponsabilità presidenziale, ma tale progetto non fu mai approvato, perché fu preferita la elaborazione di una duplice disposizione.

Il principio che emerge dalla lettura univoca dei due articoli, è quello della deresponsabilizzazione del Capo dello Stato e, come si può notare, questa immunità non è molto diversa da quella prevista dall'articolo 67 dello Statuto Albertino. Proprio per questo motivo, la dottrina maggioritaria¹⁹ tende ad associare le due disposizioni, con lo scopo ultimo di individuare gli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni presidenziali.

Una prima interpretazione, infatti, individua come atti funzionali posti in essere dal Presidente, tutti quelli che vanno controfirmati ai sensi dell'articolo 89 della Costituzione. Tutti gli altri atti che risultano essere compiuti al di fuori delle funzioni presidenziali, e conseguentemente, sottratti alla controfirma, renderebbero il Presidente responsabile. Non va dimenticato, a tal proposito, che vi sono atti che il Capo dello Stato pone in essere in qualità di presidente di organi collegiali e che, secondo la prevalente dottrina²⁰, non andrebbero controfirmati. Conseguentemente, il Presidente sarebbe responsabile in quanto tali atti non rientrerebbero nella lettura congiunta degli artt. 90 ed 89 della Costituzione. L'ambiguità di queste interpretazioni sta nel fatto che il Capo dello Stato ricopre, automaticamente, le cariche di Presidente del Consiglio superiore della magistratura e del Consiglio supremo di difesa. La presidenza della Repubblica e le presidenze dei due collegi sono riunite nella stessa persona, ma l'una implica le altre, quindi non potrebbe farsi una scissione degli atti posti in essere in qualità dell'una o dell'altra carica.

Questa dottrina tende a restringere l'irresponsabilità del Capo dello Stato e si pone in senso completamente opposto ad un'altra tesi²¹ che invece esclude la connessione degli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni alla controfirma ministeriale, prendendo in considerazione l'elemento temporale. Secondo Paolo Rossi, il Presidente della Repubblica non sarebbe responsabile dei reati compiuti durante il mandato in occasione dell'esercizio delle sue funzioni²². Così ad esempio, secondo

¹⁹ PALADIN, *Diritto Costituzionale* cit., p. 453; ANTONELLI, *Le immunità del Presidente della Repubblica*, p. 166; VERONESI, *Responsabilità penale costituzionale del Presidente della Repubblica*, in Dig. Disc. Pubbl., vol. XIII, Torino, 1997, p. 273 ss.

²⁰ MINDRI, *Art. 89*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, Torino, 2006, p. 1732 ss; GUARINO, op. cit., p. 916; ESPOSITO, voce *Controfirma*, in *Enc. Dir.*, vol. X, 1962, p. 295.

²¹ ROSSI, *Lineamenti di giustizia penale costituzionale*, Palermo, 1954, p. 224 ss; DI RAIMO, voce *Reati ministeriali e reati presidenziali*, vol. XXVIII, Milano, 1987, p. 1157. DIMORA, *Alla ricerca della responsabilità del Capo dello Stato*, Milano, p. 114;

²² ANTONELLI, op. cit., p. 177, il quale sottolinea che se al Presidente non venisse accordata una irresponsabilità per gli atti compiuti nell'arco temporale del mandato, si rischierebbe di pregiudicare la carica presidenziale e la sua funzione, nonché la posizione imparziale e *super partes*; DIMORA, op. cit., p. 115, secondo la quale una interpretazione del genere non

l'Autore, da reati quali lo stupro consumatosi ai danni della segretaria negli uffici del Quirinale oppure un omicidio colposo avvenuto durante una battuta di caccia organizzata in onore di un Capo di Stato straniero, essendo avvenuti in occasione dell'esercizio del mandato, non discenderebbe alcuna responsabilità presidenziale. Al contrario, spiega l'Autore, un incidente automobilistico avvenuto durante un viaggio in automobile diretto ad una visita familiare, renderebbe il Presidente responsabile in quanto la condotta sarebbe del tutto sconnessa dalla funzione svolta. Questa tesi, a differenza della prima, amplia le maglie dell'irresponsabilità, rendendo il Presidente immune da maggiori atti e comportamenti e lo avvicinerrebbe, secondo alcuni²³, alla inviolabilità del Re; una interpretazione, evidentemente, contraria ai principi repubblicani e democratici.

Una terza interpretazione, infine, si pone a metà strada tra le precedenti ed interpreterebbe in modo più conforme al dettato costituzionale il problema dell'irresponsabilità. Questa tesi prescinde dalla controfirma e dall'elemento temporale ed accentua il nesso funzionale che intercorre tra la carica presidenziale complessivamente intesa e gli atti compiuti in virtù delle funzioni costituzionalmente attribuite²⁴ oppure convenzionalmente conferite al Presidente²⁵. Inoltre critica le precedenti interpretazioni, perché alcuni atti posti in essere dal Capo dello Stato potrebbero essere esclusi inopportuno da responsabilità ed altri, invece, inclusi in ipotesi dalle quali discenderebbe una responsabilità troppo ampia²⁶.

2.2. La responsabilità per gli atti extrafunzionali.

Per quanto riguarda gli atti extrafunzionali, l'art. 90 Cost. non dispone e da tale silenzio potrebbe implicitamente discendere una responsabilità giuridica (penale o civile); occorre capire se il Presidente della Repubblica ne risponda al pari di ogni cittadino oppure se, in virtù della carica ricoperta, egli ne sia immune.

Inoltre, è importante distinguere se dagli atti extrafunzionali discenda una responsabilità civile o penale. Circa la soggezione del Presidente alla responsabilità civile, dottrina e giurisprudenza hanno risposto positivamente, per cui il Capo dello Stato risponderebbe al pari di ogni altro cittadino.

Sul tema sono interessanti ed offrono spunti di riflessione le vicende relative all'ex

rientrerebbe nello spirito con cui è stato concepito l'art. 90, che secondo la *ratio* dei costituenti, andrebbe riferita agli atti *ex art. 89 Cost.*; *contra* su tutti CARLASSARE, *Art. 90 in Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, PIZZORUSSO, Bologna, 1994, p. 158 ss, la quale osserva che i casi di scuola che fanno riferimento alla teoria temporale del mandato e ritenuti coperti da irresponsabilità, allargano troppo le maglie dell'immunità. La studiosa richiama esempi teorici quali la violenza sessuale consumata ai danni della segretaria negli uffici del Quirinale e l'omicidio colposo avvenuto durante una battuta di caccia organizzata per un Capo di Stato straniero. In questi casi il Presidente compirebbe reati non connessi alle funzioni presidenziali, ma in occasione del mandato, dunque dovrebbe considerarsi responsabile.

²³ VERONESI, *op. cit.*, p. 274.

²⁴ SPERTI, *op. cit.*, p. 166 ss. RUGGERI, *L'ex Presidente della Repubblica come potere dello Stato e le sue (pseudo) esternazione davanti alla Corte.*, in *Il caso Cossiga. Presidente che esterna o cittadino che offende?*, a cura di BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO-VERONESI, Torino, 2003, p. 13 ss, il quale presuppone nel riferimento "nell'esercizio delle sue funzioni", la necessità ad un'esclusiva riconducibilità dell'atto all'esercizio delle funzioni, per cui solo in tal caso, quando vi sia tale connessione, l'irresponsabilità può dirsi operante.

²⁵ CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 271

²⁶ SPERTI, *op. cit.*, p. 118.

Presidente della Repubblica Francesco Cossiga. Oltre a riconoscere la responsabilità del Presidente in occasione delle esternazioni diffamatorie nei confronti di alcuni membri del Parlamento, la giurisprudenza ha offerto una buona linea di demarcazione tra gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni presidenziali e quelli extrafunzionali.

Il Tribunale civile di Roma riconobbe la responsabilità del l'ex Presidente (divenuto nel frattempo senatore a vita) Cossiga e lo condannò al risarcimento dei danni morali arrecati alle parti offese, a seguito delle gravi dichiarazioni loro rivolte²⁷. In entrambe le sentenze, il Tribunale di Roma, richiamandosi all'interpretazione restrittiva dell'articolo 89 della Costituzione ed escluso che le esternazioni fossero riconducibili alle funzioni presidenziali (come tali sottratte dal regime dell'irresponsabilità), condannarono il senatore. In seguito, Cossiga propose impugnazione presso la Corte di appello di Roma e qui i giudici ribaltarono la sentenza di primo grado riconoscendo che il senatore aveva, in quell'occasione, esercitato la facoltà di esternazione nell'esercizio delle sue funzioni e quindi era incluso nell'immunità di cui all'art. 90 Cost.²⁸ Successivamente la Corte di Cassazione²⁹, nel disattendere la sentenza di appello, pur ammettendo l'esistenza di atti presidenziali atipici riconducibili alle funzioni presidenziali, affermò la responsabilità del senatore riconoscendo che le immunità discendenti dall'articolo 90 della Cost. opererebbero solo se gli atti costituissero esercizio delle funzioni e le dichiarazioni fossero strumentali od accessorie rispetto a tale esercizio³⁰.

La sentenza della Corte di Cassazione portò, come è noto, ad un conflitto di attribuzione sollevato dinanzi alla Corte costituzionale³¹, la quale, dopo aver chiarito che la valutazione sull'applicabilità dell'art. 90 Cost. spetta all'autorità giudiziaria, dichiarava che non potevano ritenersi coperti da tale garanzia tutte le attività del Presidente della Repubblica, comprese quelle extrafunzionali e private, a prescindere dalla congiunta interpretazione degli artt. 89 e 90. La Consulta chiarì che nell'esercizio del potere di esternazione, potevano sottrarsi da responsabilità solo le dichiarazioni strumentali ed accessorie alle funzioni presidenziali. La Corte concluse nel senso per cui l'irresponsabilità presidenziale è un'eccezione alla regola della responsabilità per gli atti in violazione di diritti altrui e, pur dando atto delle difficoltà di distinguere gli atti funzionali da quelli extrafunzionali, chiarì che vi è la necessità - anche per il Presidente della Repubblica - di un legame indissolubile tra le attività

²⁷ Sentt. nn. 9922/1993 (Onorato) e 7338/1994 (Flamigni).

²⁸ Sentenza della Corte di appello di Roma, I sez. civ. 21 aprile 1997 e 16 marzo 1998. I giudici del gravame avevano motivato la sentenza in questi termini: "*La figura pubblica assorbe la personalità del cittadino/funziionario, e la titolarità dell'ufficio riconduce al ruolo pubblico ed alla relativa disciplina funzionale, anche le esternazioni dichiarate espressamente uti civis, non potendosi immaginare che il funzionario abbandoni la veste pubblica (...)*". I giudici, in sostanza, ricompresero nella funzione presidenziale, le esternazioni, cioè i messaggi non formali (cd atipici) precisando che esse non sono scindibili dalla libertà di manifestazione del pensiero del soggetto che ricopre la carica pubblica.

²⁹ Cass., sez. III, n. 8733, Flamigni c/ Cossiga e n.8734, Onorato c/ Cossiga.

³⁰ Sul punto si veda ZAGREBELSKY, *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, in *Corr. Giur.*, 1991.

³¹ Sent. n. 154/2004 Corte Cost. La singolarità di tale conflitto, stava nella dissociazione temporale tra il possesso della qualità legittimante il ricorso, in relazione alla sfera di competenza che si assumeva lesa da un altro potere dello Stato, ed il momento della presentazione del ricorso medesimo. In altre parole, l'ex Presidente intendeva agire *ora per allora*.

poste in essere ed i poteri della carica più alta dello Stato.

Altra questione controversa è quella attinente alla perseguibilità del Presidente della Repubblica per i reati comuni da lui commessi prima o durante il mandato. Analizzando i lavori della Costituente³², emerge l'intenzione di lasciare sul punto una lacuna costituzionale. A questo vuoto, sono seguite in dottrina varie tesi ed interpretazioni. Una di queste sostiene la soluzione dell'improcedibilità dell'azione penale³³ al fine di non impedire al Capo dello Stato lo svolgimento delle sue funzioni, dirette a tutelare la Costituzione nonché l'unità e la continuità dell'ordinamento. In senso conforme a tale orientamento, occorre ricordare l'episodio relativo al caso SISDE, nel quale fu coinvolto il Presidente Scalfaro. In tale occasione, vi fu il rifiuto del Procuratore della Repubblica di Roma di prendere in considerazione la posizione processuale del Presidente Scalfaro, dal momento che *“la Costituzione impedirebbe di avviare qualsiasi indagine di natura penale a carico del Presidente della Repubblica”*. Tale affermazione, ovviamente, suscitò alcune polemiche data l'assenza di un divieto esplicito nella Costituzione³⁴.

Secondo un'altra tesi³⁵, largamente condivisa, l'improcedibilità nei confronti del Presidente della Repubblica è inaccettabile ed è vista come un intollerabile privilegio che comporterebbe due rotture con la Costituzione: la prima, rispetto al principio di eguaglianza, ai sensi dell'art. 3, e la seconda, ex art. 112, concernente il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Inoltre, secondo qualcuno, attraverso l'improcedibilità, si impedirebbe al Presidente *“soggetto al sospetto”* la naturalezza

³² *Atti cit.*, seduta del 24 ottobre 1947, l'onorevole Bettiol, in relazione ai reati presidenziali commessi durante la carica, osservava: *“Le soluzioni dal punti di vista teoretico sono tre: in primo luogo, porre al di sopra della legge penale, il Presidente della Repubblica; in secondo luogo, esentarlo solamente da pena, cioè ammettere che il reato si possa configurare ma egli venga esentato sia prima sia dopo il mandato; da ultimo, prendere in considerazione il solo profilo processuale: si tratterebbe solo di un'esonazione giurisdizionale. La prima soluzione è inconcepibile in un sistema democratico, ma anche la seconda risulterebbe ingiustificabile. Ritengo che la terza soluzione sia, dal punto di vista politico, la più adeguata alle premesse democratiche della Costituzione.”* In Costituente prevalse l'opinione di Meuccio Ruini secondo il quale, dopo aver parlato di irresponsabilità per gli atti funzionali, doveva ritenersi implicito che il Presidente fosse responsabile per i reati comuni. Anche l'onorevole Terracini, come Tosato che espresse la lacuna in termini di opportunità e convenienza, chiari che sarebbe stato meglio un vuoto costituzionale che il conferimento di un privilegio al Presidente della Repubblica, che è sempre un cittadino tra i cittadini.

³³ ANTONELLI, *op. cit.*, p. 180; CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2003, p. 292; MARTINES, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, p. 445; BIN, PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, p. 260 ss, i quali osservano che l'azione penale dovrebbe essere improcedibile per tutta la durata del mandato per evitare che il Presidente possa essere soggetto a procedimenti attivati a fini meramente pretestuosi; DE SIERVO, *La responsabilità penale del Capo dello Stato*, in *Il Presidente della Repubblica*, a cura di LUCIANI, VOLPI, Bologna, 1997, p. 360 ss.

³⁴ Per la sospensione dei procedimenti penali a carico del Presidente della Repubblica si vedano RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2005-2006, p. 459; ANTONELLI, *op. cit.*, p. 182, il quale nota come la grave lacuna costituzionale, metta in pericolo l'esercizio delle funzioni presidenziali; DIMORA, *op. cit.*, p. 114.

³⁵ DI RAIMO, *op. cit.* p. 1159; VERONESI, *op. cit.*, p. 277 ss; PACE, *Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello Stato*, in *Il Presidente della Repubblica cit.*, p. 371 ss; ZAGREBELSKY, *Procedimento e giudizi di accusa*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 898 ss; MELE, *Il Capo dello Stato*, in *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di ORLANDI, PUGIOTTO, Torino, 2005, p. 69 ss.

e l'autorevolezza delle delicate funzioni affidategli³⁶. In dottrina si afferma la tesi della procedibilità, facendo riferimento alla legge n. 219 del 1989, disciplinante i reati presidenziali ex art. 90. La legge stabilisce, agli artt. 9 e 10 che se i reati non rientrano in quelli previsti dell'art. 90, il Comitato ed il Parlamento in seduta comune devono declinare la propria competenza ed inviare gli atti alla giurisdizione ordinaria competente. Da ciò si desume che sarebbe sottoponibile ad un processo penale il Presidente della Repubblica in carica che commettesse reati comuni, cioè al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni³⁷. In realtà, anche la tesi che sostiene l'improcedibilità dell'azione penale nei confronti del Capo dello Stato, richiama l'art. 7, terzo comma, l. 219/1989, il quale stabilisce che non possono essere predisposte misure limitative della libertà personale, nonché intercettazioni telefoniche, perquisizioni personali o domiciliari, se non dopo la sospensione dalla carica del Presidente, disposta dalla Corte costituzionale. Da tale norma emergerebbe infatti il principio inverso, per il quale la persona che ricopre la carica di Presidente della Repubblica non può essere sottoposta a misure restrittive, considerando la delicata funzione che esercita. Di conseguenza, se le limitazioni di libertà personale possono essere disposte solo dopo la sospensione della carica da parte della Corte costituzionale, è legittimo pensare che per i reati comuni valga la stessa regola; opererebbe, dunque, l'improcedibilità fino alla cessazione dal mandato³⁸.

Oltre le considerazioni di carattere puramente teorico, vanno qui accennate le disposizioni legislative introdotte nel 2003 e poi, nel 2008, circa la sospensione del processo penale a favore del Presidente della Repubblica ed in genere, delle alte cariche dello Stato: si tratta del *Lodo Schifani* e del *Lodo Alfano*, poi dichiarati incostituzionali dalla Consulta con le sentenze n. 24/2004 e n. 262/2009.

La legge n. 140 del 2003, all'art. 1 disponeva che: *“Non possono essere sottoposti a processi penali, per qualsiasi reato, riguardanti anche fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime: il Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, il Presidente della Camera, il Presidente del Consiglio dei ministri, salvo quanto disposto dall'art. 96 Cost., il Presidente della Corte costituzionale”*. Poi, in relazione ai procedimenti già iniziati prima della presente legge, ne disponeva la sospensione, salve le ipotesi ex artt. 90 e 96 Cost. Questa legge, in sede di applicazione, suscitò non pochi dubbi di costituzionalità, in quanto, da un lato, introduceva una nuova sospensione processuale che produceva una stasi del procedimento con chiara violazione del principio della ragionevole durata del processo (art. 111 della Cost.); dall'altro, sembrava concedere un privilegio, in violazione del principio di eguaglianza. Tali sospensioni trovavano il fondamento giustificativo nell'interesse, altrettanto rilevante, della garanzia di continuità delle alte cariche dello Stato. Attraverso questa previsione legislativa si prevedeva però un'immunità ingiustificata, che andava al di là delle garanzie di indipendenza e buon funzionamento degli organi, in quanto l'art. 1 prevedeva la sospensione anche per i processi già iniziati e per fatti commessi antecedentemente all'assunzione della carica.

³⁶ SPADARO, *Commento all'art. 90*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, vol. II, Torino, 2006, p. 1752 ss.

³⁷ FURNO, op. cit., p. 44.

³⁸ In tal senso DE SIERVO, op. cit., p. 364, il quale afferma non esserci nessun dubbio circa l'immunità di cui gode il Presidente della Repubblica, cioè della sottrazione della giurisdizione penale, salva l'ipotesi ex artt. 90 primo comma e 134 Cost.

Partendo da queste premesse, il Tribunale di Milano nell'ordinanza³⁹ di rinvio alla Corte costituzionale, ne denunciava l'art. 1 in riferimento agli articoli 3 e 112 della Costituzione; inoltre, il giudice *a quo* riteneva incostituzionale la norma sotto ulteriori tre profili. In primo luogo, la materia era stata disciplinata da una legge ordinaria, laddove le immunità andrebbero regolate con leggi costituzionali⁴⁰; in secondo luogo, la legge avrebbe ampliato, irragionevolmente, quanto già previsto dalla Costituzione; in terzo ed ultimo luogo, si riteneva aver introdotto una disciplina in contrasto con l'art. 90 Cost. che disporrebbe, in via interpretativa, la responsabilità del Presidente per gli atti extrafunzionali. Con queste motivazioni il Tribunale di Milano rinviava alla Corte la questione di illegittimità costituzionale del lodo Schifani. La Consulta, con sentenza 24 del 2003, dichiarò la legge incostituzionale per violazione degli articoli 3 e 24 della Costituzione. Inoltre, in relazione al Presidente della Repubblica, la Corte contestò la sospensione dei processi sul piano soggettivo. Scrisse in motivazione che l'art. 1 accomunava in un'unica disciplina cariche diverse. Una doppia violazione emerse dalla legge 140/2001: “*accomunare ciò che non era accomunabile ed ammettere una disparità di trattamento tra condizioni non differenziabili tra loro*”⁴¹.

Infine la Corte osservò che la misura adottata dal legislatore tendeva a tutelare, giustamente, il *sereno svolgimento delle funzioni*, ma sottolineò che tale tutela doveva essere disciplinata dal legislatore in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto. Dunque, va bene tutelare - proseguiva la Corte - la continuità e la serenità delle funzioni attribuite dalla Costituzione alle alte cariche dello Stato, ma occorre farlo in conformità dei principi generali dell'ordinamento.

Il legislatore, nonostante questa pronuncia di incostituzionalità, nel 2008 approvò una nuova legge concernente la sospensione dei processi a favore delle alte cariche dello Stato. Si tratta della legge n. 124 del 2008, conosciuta come *Lodo Alfano*. La previsione legislativa reintrodusse la sospensione a favore delle altre cariche dello Stato, ma questa volta escludendo dall'ambito di applicazione della norma il Presidente della Corte costituzionale⁴². Con riferimento al Capo dello Stato, era stata introdotta nuovamente una parificazione con gli altri organi nonostante i richiami - nel 2003 - della Corte a non omologare, nella loro eterogeneità, i soggetti beneficiari delle sospensioni. Conseguentemente la Corte, ravvisando le stesse violazioni presenti nella precedente legge dichiarò, con sentenza 262 del 2009⁴³, l'incostituzionalità della legge 124/2008.

3. I reati presidenziali: alto tradimento ed attentato alla Costituzione.

L'articolo 90 della Costituzione prevede un'eccezione all'irresponsabilità per *alto tradimento* o per *attentato alla Costituzione*: in tali casi il Presidente della

³⁹ Tribunale di Milano, I Sez. Pen., ord. di rinvio del 27-30 giugno 2003.

⁴⁰ FURNO, op. cit. p. 44, il quale richiama ESPOSITO, *L'art. 3 della Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana, Saggi.*, Padova, 1954, p. 32, secondo il quale incostituzionali sono le leggi ordinarie che vogliono estendere, oltre i casi già previsti dalla Costituzione, le ipotesi di improcedibilità; AZZARITI, *Sospensione dei processi e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*.

⁴¹ SPERTI, op. cit., p. 134; sul punto anche FURNO, op. cit., p. 42 ss.

⁴² La Corte costituzionale infatti, nella sent. 24/2003, dichiarò che sui giudici costituzionali intervenivano per analogia le garanzie previste dall'art. 68 Cost., dunque doveva escludersi dalla disposizione dell'art 1, l. 140/2001.

⁴³ FURNO, op. cit., p. 61 ss.

Repubblica è messo in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza dei suoi membri. La competenza a conoscere dei reati suddetti, appartiene, ai sensi dell'articolo 134 della Costituzione, alla Corte Costituzionale⁴⁴ in composizione allargata (art. 135 Cost.). Senza soffermarci sui caratteri procedurali attraverso i quali si svolgono il procedimento ed il giudizio di accusa, ciò che interessa in questa sede sono gli aspetti sostanziali della norma. La definizione dei reati di alto tradimento ed attentato alla Costituzione, infatti, costituisce tutt'oggi un problema di difficile risoluzione, soprattutto per le implicazioni relative alla delimitazione delle condotte configurabili, ma anche in relazione agli aspetti processuali.

Per quanto riguarda le condotte integranti i reati presidenziali, l'art. 90 Cost, non fornisce alcun elemento in proposito: è una scatola vuota⁴⁵, priva di elementi idonei a delimitare le condotte tipiche dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione. Il progetto di Costituzione, elaborato dalla Commissione dei settantacinque, stabiliva all'articolo 85, secondo comma, le ipotesi di responsabilità presidenziale, con le formule *alto tradimento e violazione della Costituzione*. Dall'esame dei lavori preparatori, non emergono chiarimenti sulla vaghezza delle fattispecie: lacuna che, secondo alcuni, andava colmata. L'onorevole Bettiol⁴⁶ a tal proposito, presentò un emendamento tendente a modificare l'inciso del progetto, affinché i casi di responsabilità fossero indicati con la denominazione che conosciamo oggi, sul rilievo per cui la norma avrebbe consentito agli interpreti, un aggancio con le disposizioni dei codici penali portanti la medesima rubrica⁴⁷. L'onorevole Ruini⁴⁸, in contrapposizione all'emendamento di Bettiol, osservava invece, che non sarebbe stata necessaria l'integrazione di una fattispecie di reato prevista nel codice penale. L'onorevole Mortati, in contrapposizione a Bettiol, sottolineava come l'emendamento in questione, andasse a circoscrivere penalmente la responsabilità del Presidente della Repubblica. Mortati osservava infatti, che si era approvata una formula costituzionale lasciata volutamente elastica e sottratta alle previsioni del Codice penale: in questo modo il giudizio non sarebbe stato più solo giuridico, ma

⁴⁴ Luigi Einaudi sosteneva, in seno alla Commissione dei settantacinque, l'introduzione in Italia, di un sistema diffuso di controllo di legittimità delle leggi. Egli propendeva infatti, per il modello statunitense del *judicial review*, riconoscendo pertanto ai giudici ordinari il sindacato di legittimità. Inoltre propose di affidare al Parlamento in seduta comune la competenza sui reati presidenziali e quelli ministeriali, non solo nella fase d'accusa ma anche in quella di giudizio, sul punto si vedano MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2014 p. 28-29. PIZZORUSSO, *Art. 134 in Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, PIZZORUSSO, Bologna, 1981, p. 136 ss, il quale afferma che questo tipo di competenza dà vita ad una forma di giurisdizione penale, ma di una forte valenza politica; come giurisdizione penale è certamente speciale rispetto alla giurisdizione ordinaria affidata alla Magistratura e ciò è anche previsto dalla Costituzione all'art. 102; PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1962, p. 1033 ss.

⁴⁵ CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, p. 131, il quale osserva come, in termini giuridici, ci si trova di fronte a due reati a fattispecie indeterminata, che è cosa diversa rispetto ai reati a forma libera. In effetti, i reati a forma libera si caratterizzano per il fatto che qualsiasi modalità dell'azione, produce l'evento dannoso o pericoloso, non incidendo affatto sul decorso causale (es. art. 575 c.p.)

⁴⁶ *Atti Ass. Cost.*, seduta 23 ottobre 1947, p. 1491 ss.

⁴⁷ TAORMINA, *Procedimenti e giudizi d'accusa*, Milano, 1978, p. 105, il quale sottolineava la volontà dell'onorevole Bettiol, di collocare la disciplina nell'ambito del diritto penale.

⁴⁸ *Atti cit.*, sedute 23 e 24 ottobre 1947.

avrebbe assunto i caratteri della giustizia politica.

Tutti questi dubbi interpretativi, sono stati oggetto di tentativi, da parte della dottrina, di dare una coloritura ad una norma costituzionale in bianco. Le tesi sono estremamente diverse tra loro e si snodano in tre concezioni: una penalistica, una autonomistica ed infine, una costituzionalistica.

La prima tesi⁴⁹ tenta di risolvere il dilemma relativo ai reati presidenziali, dando un'interpretazione prevalentemente penalistica ai reati di cui all'articolo 90. Secondo tale orientamento infatti, le fattispecie di alto tradimento ed attentato alla Costituzione, ricadrebbero nell'ambito di applicazione degli articoli 77⁵⁰ del Codice penale militare di pace e 283⁵¹ del Codice penale, definendoli, in prima battuta, come illeciti che si pongono contro la personalità interna ed internazionale dello Stato, richiamando genericamente il Libro II, titolo I del Codice penale, rubricato "*Dei delitti contro la personalità dello Stato*".

Contro questa impostazione, Carlo Taormina ha reclamato una riduzione dell'articolo 90 al diritto penale comune, in quanto tale teoria non terrebbe conto di

⁴⁹ PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, Bologna, 1958, p. 158 ss; TAORIMINA, op. cit., p. 139, richiama LAUDI, *Responsabilità penale del Presidente della Repubblica ex art. 90 Costituzione e principio di legalità*, p. 489, il quale nell'esaminare i reati presidenziali, sentiva obbligato il richiamo alle fattispecie previste dal codice penale ed al codice penale militare di pace, specificando poi che l'attentato alla Costituzione si concretizza attraverso un comportamento diretto ad estinguere la Costituzione per un tempo determinato o indeterminato ed indeterminabile, in tutto od in parte; per comprendere l'alto tradimento bisogna dare una lettura negativa all'articolo 91 della Costituzione il cui significato consisterebbe in un obbligo di non ledere gli interessi che fanno capo allo Stato in quanto tale, a prescindere dal regime politico instaurato, ad esempio l'integrità del territorio, la salvaguardia della sua esistenza, la sua difesa contro i nemici esteri; BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1956, p. 157, riteneva invece che l'attentato alla Costituzione si identificasse con il delitto di cui all'art. 283 c.p., mentre che l'alto tradimento fosse un significato autonomo il quale va definito di per sé secondo il significato proprio delle parole; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, p. 423, il quale riteneva invece che per alto tradimento bisognasse far riferimento al codice penale, specie ai delitti contro la personalità interna ed internazionale dello Stato, mentre per l'attentato alla Costituzione si dovrebbe rimanere all'interno della Costituzione, in specie in relazione all'articolo 91, vale a dire violazione dolosa, perché intenzionale, delle norme costituzionali.

⁵⁰ L'articolo 77 del c.p.m.p., si riferisce al reato di alto tradimento solo nella sua intitolazione, perché nella parte normativa si limita a comminare pene più severe per alcuni reati, qualora siano commessi da militari, tra quelli previsti nel codice penale contro la personalità interna ed internazionale dello Stato, sul punto si veda CICCONE, op. cit. p. 132; ZAGREBELSKY, *Procedimenti e giudizi d'accusa* cit., 898 ss., il quale ha notato che se il Costituente avesse voluto operare dei rinvii, l'avrebbe fatto; se l'art. 90 non richiama nessuna disposizione del codice penale, si deve ritenere che i reati in questione siano autosufficienti. Contrariamente si veda ROSSI, voce *Alto tradimento*, in Enc. Dir., vol. II, Milano, 1958, p. 113, il quale rilevava che per la responsabilità penale del Presidente della Repubblica non si può fare che riferimento all'articolo 77 ed ai rinvii, in esso contenuti, al codice penale. In senso quasi conforme si veda RAGNO, *I delitti di alto tradimento ed attentato alla Costituzione*, Milano, 1974 p. 57, il quale ha sottolineato che anche se il Presidente non è un militare, nonostante abbia il comando delle Forze armate, l'art. 77 si riferisce all'obbligo generale di integrità, sicurezza ed indipendenza dello Stato e, soprattutto, all'intangibilità della Costituzione, che il Capo dello Stato deve garantire.

⁵¹ L'art 283 c.p. stabilisce: "*Chiunque commette un fatto diretto a mutare la Costituzione dello Stato o la forma di governo con mezzi non consentiti dall'ordinamento costituzionale, è punito con la reclusione non inferiore a cinque anni*".

alcuni fattori. In primo luogo, l'autore non ha accettato la tesi che va ad integrare l'articolo 90 della Costituzione attraverso disposizioni di rango ordinario. In secondo luogo, Taormina riteneva che la dottrina non avesse tenuto conto dell'eccezionalità delle fattispecie di reato previste dalla Costituzione e della specialità di tutto ciò che ne discende, anche a livello processuale⁵².

Carlo Taormina definì l'alto tradimento come la rottura di un patto di fiducia ed un pregiudizio per l'esistenza stessa dello Stato. Esso è desumibile dall'articolo 91 della Costituzione che prevede l'obbligo di giuramento prima dell'assunzione delle funzioni presidenziali. Il riferimento all'esistenza dello Stato, comporterebbe il richiamo all'unità: secondo l'Autore, il fondamento positivo, andrebbe rintracciato nell'articolo 139 della Costituzione, che pone il limite alla revisione della forma repubblicana⁵³. Accanto a tale valore di fondo, vi è il patto di fiducia che rende il Presidente, il rappresentante ed il garante della Repubblica e della Costituzione. In questo contesto, l'alto tradimento si concretizzerebbe nell'attacco, anche silenzioso, agli organi costituzionali ed al loro equilibrio⁵⁴.

L'attentato alla Costituzione dello Stato, invece, presupporrebbe un abuso, un esercizio distorto ed abnorme dei poteri da parte del Capo dello Stato e si porrebbe come deroga all'irresponsabilità funzionale. In una seconda configurazione invece, l'illecito si potrebbe riferire all'attacco all'unità dello Stato.

Infine Taormina ha criticato la dottrina penalistica anche per il rinvio all'articolo 8, terzo comma, c.p. ai sensi del quale *“agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un delitto politico del cittadino, nonché quello determinato in tutto o in parte da motivi politici”*. Secondo l'Autore, questa politicità non è sufficiente affinché vengano commessi reati presidenziali, occorrendo un vero e proprio abuso di potere da parte del titolare della carica⁵⁵.

Le tesi penalistiche non sono oggi prevalenti in dottrina: è stato affermato che un'eventuale abrogazione dell'art. 77 del c.p.m.p., renderebbe vuoto il reato di alto tradimento e ciò avverrebbe, oltretutto, mediante legge ordinaria. Inoltre, sarebbe riduttivo un rinvio siffatto, in quanto l'art. 77 richiama solo alcuni dei delitti previsti dal titolo I del Libro II del Codice penale, lasciando in questo modo scoperte alcune fattispecie che potrebbero integrare il reato presidenziale⁵⁶.

⁵² TAORMINA, op. cit., p. 152.

⁵³ Contro questa impostazione RAGNO, *I delitti di alto tradimento ed attentato alla Costituzione*, cit., 1974, p. 53 ss., il quale ha osservato che nulla dimostrerebbe al riguardo l'articolo 139 Cost., perché il vero obbligo di fedeltà non è alla forma repubblicana bensì all'art. 1 Cost., cioè al principio democratico che risulterebbe anche contraddetto dalla disposizione di chiusura della Costituzione. Quindi l'oggetto punito con la messa in stato d'accusa per alto tradimento, non è certamente la fedeltà all'istituto repubblicano, altrimenti ne risulterebbero esclusi alcuni tipi di fedeltà come i bene politici comunque importanti per la collettività. Per cui per *fedeltà alla Repubblica*, secondo l'autore, andrebbero intesi i concetti di fedeltà alla collettività organizzatasi politicamente a Stato.

⁵⁴ TAORMINA op. cit. p. 155.

⁵⁵ TAORMINA, op. cit., p. 158, il quale ha rilevato inoltre, che i reati di alto tradimento ed attentato alla Costituzione, non sono solo propri (cioè è necessaria la qualità personale per l'integrazione del tipo normativo), ma sono anche esclusivi, perché escludono la possibilità che possa compierli chiunque (come invece è previsto dall'art. 283 c.p): per l'operatività della responsabilità penale costituzionale è necessario ricoprire la carica di Presidente della Repubblica ed essere il titolare di determinati poteri.

⁵⁶ CICONETTI, op. cit., 132-133.

In relazione all'art. 283 del Codice penale, si è osservato che le fattispecie da esso previste (condotte dirette a mutare la Costituzione o la forma di governo) si integrano mediante qualsiasi atto materiale volto a mutare l'ordine costituzionale. Non occorre la violenza, essendo sufficiente l'arbitrio, la falsità, la frode⁵⁷. La disposizione è diretta a tutelare la legittima evoluzione costituzionale, affinché essa si compia mediante i procedimenti costituzionali previsti⁵⁸.

Secondo la teoria autonomistica⁵⁹, i reati presidenziali trovano fondamento autonomo nella Costituzione e non necessiterebbero di rinvii. Precisamente, l'alto tradimento si configurerebbe nella violazione del dovere di fedeltà e le condotte integranti la fattispecie potrebbero essere rintracciate in tutti i comportamenti attivi volti ad attaccare o ad arrecare pregiudizio alla personalità internazionale dello Stato⁶⁰.

L'attentato alla Costituzione invece, tutelando l'integrità dell'ordinamento e l'esistenza dello Stato, si configurerebbe attraverso qualsiasi atto diretto a mutare, violentemente e fraudolentemente, l'ordinamento costituzionale. Va osservato che i delitti di attentato, essendo reati di pericolo, anticipano la soglia di tutela penale: non occorre pertanto che si verifichi l'evento. Il reato si consuma attraverso atti diretti in mondo non equivoco a cambiare la Costituzione, anche se l'autore del fatto non pervenga al risultato finale⁶¹. I reati in discorso, secondo la dottrina autonomistica, traggono origine dall'esercizio delle funzioni presidenziali, quindi possono essere commessi solo in virtù della copertura della carica. La differenza tra l'attentato alla Costituzione *ex art. 90* e quello *ex art. 283 c.p.* consiste nel fatto che il Presidente può porre in pericolo l'integrità dell'ordinamento anche attraverso omissioni (ad esempio, non rinviando alle Camere, secondo l'art. 74 Cost., una legge che integra una violazione così grave da non configurarsi come semplicemente *incostituzionale*,

⁵⁷ CICCONETTI, op. cit. p. 133, il quale esemplificando, fa riferimento ad un uso distorto dei servizi segreti; si può aggiungere, sempre in relazione ai ruoli militari investiti dal Presidente, per molti rientranti tra i poteri di garanzia, una deviazione delle Forze armate, od ancora, scelte contrarie, nel CSD, ai fini costituzionalmente leciti in modo conforme alla Costituzione.

⁵⁸ GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, tomo I, Roma, 2017, p. 112; in giurisprudenza, Cass. 27 novembre 1968, Muther.

⁵⁹ VERONESI, op. cit., p. 281; DIMORA, op. cit., p. 116 ss.

⁶⁰ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 898 ss.

⁶¹ RAGNO, *I delitti di alto tradimento ed attentato* cit., p. 3, il quale contrariamente a tale dottrina, ha sottolineato che questa tesi cammina nel campo dell'incertezza del diritto. Lo studioso, richiamando TESAURO, *La Corte Costituzionale ed i reati del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo*, in *Il Foro penale*, 1951, p. 142, che sosteneva essere compito della Corte la determinazione degli illeciti eventualmente commessi dal Capo dello Stato, critica aspramente tale impostazione, definendola come contro il diritto e contro lo Stato democratico, in quanto violerebbe i principi costituzionali di legalità ed irretroattività nella norma penale (art. 25 Cost.). In senso conforme DI RAIMO, op. cit., p. 1164 ss., il quale, analizzando il diritto positivo ha chiarito che contro le impostazioni autonomistiche e costituzionalistiche, vi è la denominazione "*reati presidenziali*" e ciò richiamerebbe il diritto penale; inoltre l'irrogazione di eventuali sanzioni penali così come previsto dall'articolo 15 della l. cost. 1/1953; l'impostazione seguita da tale dottrina, sminuisce i reati presidenziali, facendoli divenire abusi di potere, risolvibili mediante il conflitto di attribuzione, attraverso il quale la Corte delimita i poteri del Presidente, senza irrogare pene; infine, le cautele previste per il procedimento, cioè la maggioranza assoluta dei membri per la messa in stato d'accusa, denotano una forte carica garantista, in conformità alle norme del diritto penale.

ma *anticostituzionale*); ovvero attraverso un uso distorto ed abnorme delle funzioni ad esso conferite dalla Costituzione stessa, tale da turbare, sospendere od impedire il funzionamento degli altri organi costituzionali (ad esempio, uno scioglimento anticipato delle Camere del tutto arbitrario, ovvero lo scioglimento del Csm per motivi del tutto avulsi da quelli previsti dall'art. 31 della legge costitutiva dell'organo). L'attentato alla Costituzione si potrebbe configurare anche attraverso atti che pongano in pericolo la sicurezza e l'unità nazionale⁶². In altre parole, e per concludere, si tratterebbe di comportamenti commissivi od omissivi, diretti ad aggredire l'ordinamento costituzionale⁶³.

Oggi, la dottrina prevalente interpreta le fattispecie di alto tradimento ed attentato alla costituzione nel senso della responsabilità costituzionale⁶⁴. Secondo tale interpretazione, l'attentato alla Costituzione darebbe luogo ad un illecito di carattere costituzionale e la condotta attraverso la quale si integra la previsione dell'articolo 90 si concretizzerebbe nello svolgimento di attività che, globalmente intese, determinino, in deroga ai moduli della forma di governo parlamentare, l'instaurazione di un modello presidenziale⁶⁵. La tesi in parola non effettua rinvii alle disposizioni del Codice penale ritenendo, al pari della teoria autonomistica, autosufficiente la previsione dell'articolo 90. Le violazioni si rintraccerebbero pertanto, nelle singole funzioni presidenziali -comprese nell'ampio panorama politico-costituzionale- e le sanzioni applicabili sarebbero di carattere costituzionale⁶⁶.

Qualunque sia la migliore delle teorie su esposte, è stato affermato da qualcuno⁶⁷ che l'alto tradimento e l'attentato alla Costituzione sono fattispecie di difficile realizzazione e, conseguentemente, tali sarebbero anche la messa in stato d'accusa ed il relativo processo innanzi alla Corte⁶⁸.

Al di là delle considerazioni teoriche, va detto che la natura politica del procedimento *ex art. 90 Cost.*, nonché del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, si rintracciano nel fatto che l'organo al quale è demandata la messa in stato d'accusa del Presidente,

⁶² VERONESI, op. cit., p. 282; ZAGREBELSKY, op. cit., p. 903 ss; contrariamente RAGNO, op. cit., p. il quale colloca tali condotte nella fattispecie dell'alto tradimento.

⁶³ GALEOTTI, PEZZINI, *Il Presidente della Repubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, p. 449, i quali, lo ricordiamo, traevano il fondamento delle funzioni di controllo presidenziale, proprio nelle fattispecie di cui all'art. 90 Cost., parlando di responsabilità del Capo dello Stato, discendente da una *culpa in vigilando*.

⁶⁴ CICCONETTI, op. cit., p. 134 ss; SPADARO, op. cit., p. 1757, il quale parla di responsabilità giuridico penale-costituzionale; MARTINES, op. cit., p. 445.

⁶⁵ VERONESI, op. cit., p. 282.

⁶⁶ VERONESI, op. cit., p. 282 richiama ORTINO, *La responsabilità costituzionale del Presidente della Repubblica*, in *Riv. It. Scienza giuridiche*. 1973, 1973.

⁶⁷ SPADARO; op. cit., p. 1757-1758, il quale parla di responsabilità penale costituzionale; PALADIN, voce *Presidente della Repubblica* cit., p. 240 ss., il quale ha sottolineato che un Presidente accusato di questi gravi delitti non abbia più la serenità nello svolgimento delle proprie funzioni e sarebbe più intenzionato a dimettersi che a ricevere, così accade per l'*impeachment* statunitense e brasiliano, una condanna d'infamia, presupposto questo, che andrebbe a lacerare il giuramento di fedeltà nello svolgimento, con onore e disciplina, delle proprie funzioni; per quest'ultimo aspetto si veda RAGNO, op. cit., p. 52 ss. Ma la dottrina prevalente ammette, in modo pacifico, che sussista certamente un nesso tra l'articolo 91 ed i delitti di cui all'art. 90 Cost. Di diverso avviso è, come visto, GALEOTTI, PEZZINI, *Presidente della Repubblica italiana* cit, p. 434.

⁶⁸ PALADIN, op. cit., p. 241.

id est il Parlamento, è a sua volta un organo di natura politica, in quanto espressione della sovranità popolare. L'organo addetto al giudizio, invece, è la Corte costituzionale: essa, nonostante il suo ruolo giurisdizionale, ha, intrinsecamente, molti tratti politici (ad esempio, il numero dei giudici eletti dalle Camere ed il numero nominato dal Presidente stesso). Quest'ultima considerazione porta a ritenere che il circuito in cui si innesta il giudizio penale-costituzionale dell'operato del Presidente abbia davvero natura politica. Si badi, infatti, che l'organo adibito a raccogliere la *notitia criminis* e a valutarne la fondatezza (il Parlamento) è a sua volta sottoposto ad un duplice controllo, affidato, almeno in parte, proprio al soggetto indagato. Infatti le Camere sono vigilate dal Capo dello Stato attraverso l'istituto della promulgazione delle leggi, del loro rinvio e di tutte quelle funzioni che appartengono alla categoria dei poteri di controllo del Presidente della Repubblica⁶⁹. Sono poi controllante, successivamente ed eventualmente, della Corte costituzionale che, attraverso il giudizio incidentale ed una pronuncia di incostituzionalità, reindirizza il potere legislativo entro i binari della Costituzione, senza contestarne l'opportunità politica ed il merito delle scelte discrezionali, salvo il limite dell'eccesso di potere legislativo⁷⁰. Ponendo in questi termini la questione, la responsabilità del Capo dello Stato è di tipo politico-istituzionale in quanto assumono rilievo violazioni globali della Costituzione che sfociano nella destituzione dalla carica⁷¹.

Vi è inoltre chi sostiene⁷² che la responsabilità giuridico - costituzionale si concretizzi ogniqualvolta il Presidente ponga in essere atti invasivi o menomativi di un altro potere dello Stato, idonei senz'altro ad integrare una violazione della Costituzione, ma risolvibili attraverso l'ordinario esperimento del conflitto di attribuzione fra i poteri dinanzi alla Corte. Inizialmente la dottrina⁷³ non reputava idoneo tale meccanismo, in quanto esso coinvolgerebbe poteri politici e non farebbe altro che dare soluzioni di tipo politico⁷⁴.

La dottrina costituzionalistica prende in considerazione, in modo ampio, le funzioni presidenziali (attraverso le quali potrebbero integrarsi i reati in esame), ma non per questo intravede in qualsiasi comportamento inopportuno la violazione delle norme. Tali violazioni, per integrare i delitti, devono essere *anticostituzionali*⁷⁵.

⁶⁹ BALDASSARRE, op. cit., p. 218.

⁷⁰ CICONETTI, op. cit., p. 21, A tal proposito, la legge n. 87 del 1953 stabilisce che la Corte costituzionale non può effettuare valutazioni di natura politica ed ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento. Ma la Corte costituzionale ha interpretato in modo estensivo l'articolo 3 della Costituzione per cui ha richiamato il limite della ragionevolezza nelle scelte del Parlamento. Quindi, se vi è un uso distorto di tale attribuzione, che sia il sintomo di uno sviamento di potere rispetto alle funzioni che la Costituzione ha affidato a tale organo, la Corte può sindacare tale esercizio di potere (sentt. n. 313/1995 e 146/1996 Corte Cost.).

⁷¹ In questo senso, DIMORA, op. cit., p. 123, richiama ORTINO, *La responsabilità costituzionale del Presidente della Repubblica*, cit., p. 71 ss, secondo il quale l'alto tradimento è un illecito penale, mentre l'attentato alla Costituzione non darebbe luogo né ad una responsabilità penale né ad una di tipo politico ma semplicemente ad una di natura costituzionale che si risolve nella rimozione dalla carica; contrariamente, su tutti RESCIGNO, *La responsabilità politica* cit., p. 209-210.

⁷² SPADARO, op. cit., p. 1757.

⁷³ DIMORA, op. cit., p. 243 ss.

⁷⁴ DIMORA, op. cit., p. 244.

⁷⁵ SPADARO, op. cit., p. 1759, il quale in riferimento alla tesi penalistica, non appare molto

Va poi osservato che i due reati, benché generici, possono essere interpretati in senso univoco: l'attentato alla Costituzione implica, automaticamente, un alto tradimento e viceversa.⁷⁶ Inoltre, si tratta di delitti propri e semiesclusivi⁷⁷ compiuti da chi ricopre la carica più alta dello Stato abusando dei poteri che la Costituzione gli conferisce.

Obiettivamente, vi è un'incertezza di fondo nella (non) previsione di questi reati, tant'è che la dottrina penalistica, in forte contrasto con la tesi appena citata, auspica una previsione legislativa minuziosa sul punto, in armonia con l'articolo 25 della Costituzione e con i principi di tassatività, determinatezza e tipicità dell'offesa penale. Questa incertezza, trae fondamento dalla vaghezza stessa delle disposizioni Costituzionali che disciplinano il Presidente della Repubblica, ed ancor prima, dalla poca chiarezza attraverso la quale il Costituente ha costruito la figura del Capo dello Stato nella forma di governo parlamentare.

Altra particolarità che mette in discussione il meccanismo della messa in stato d'accusa è data dalle incongruenze poste dal legislatore (costituzionale ed ordinario) nell'attuazione degli articoli 90, secondo comma e 134 Cost., non a caso infatti, mai applicati.

Una prima difficoltà va riscontrata nel rinvio contenuto nella legge costituzionale n. 1 del 1953, alle disposizioni del Codice penale e di procedura penale. Questo ambiguo richiamo, giustifica le spinte per una tipizzazione dei reati in questione, in quanto appare inaccettabile e contro i principi costituzionali affermare la responsabilità costituzionale e poi prevedere l'applicazione di sanzioni di natura penale attraverso procedimenti del medesimo carattere.

La non specifica descrizione delle condotte comporta sicuramente una rottura con la Costituzione, ed in particolare con l'articolo 25⁷⁸, ma ancor di più tale rottura è avvenuta a seguito della legge del 1953. Altri difetti di sistema e concernenti per lo più gli aspetti procedurali si rinvengono nella disciplina attuativa dell'articolo 90. Principalmente i dubbi sorgono in relazione ai problemi di connessione con la

d'accordo nel catalogare la fattispecie nell'ambito di applicazione dell'art. 283, il quale sembra prevedere, come visto, solo comportamenti attivi. Inoltre SPADARO rileva una contraddizione per chi accetta la teoria penalistica: il codice penale, all'art. 40 c.p., stabilisce che *“non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”*. Rinviare al delitto di cui all'art. 283, significa non tenere conto della consumazione del reato per omissione, e quindi a negare il diritto penale positivo, invocato invece, per le *figurae criminis* ex art. 90, che sono senz'altro generiche, ma non indeterminate. È come dire che ci si serve del codice penale per confermare la propria tesi, ma senza tenere conto delle ulteriori precisazioni presenti in esso. Infine, l'art. 283 c.p. sembra riferirsi al mutamento della Costituzione dello Stato: tale definizione, in riferimento al reato presidenziale, è riduttiva in quanto l'attentato alla Costituzione è diretto a turbare l'intero e complesso ordinamento costituzionale.

⁷⁶ SPADARO, op. cit., p. 1760; MORETTI, *Art. 137*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 509 ss. Inoltre viene richiamato l'articolo 61 della Costituzione tedesca che, proprio sul profilo dell'unitarietà della *figura criminis*, appare più precisa, prevedendo *la violazione premeditata della Costituzione*.

⁷⁷ Se l'autore del fatto fosse un soggetto diverso dal Presidente della Repubblica, non ci troveremmo dinanzi ai reati ex art. 90, ma davanti ai reati di cui agli artt. 77 c.p.m.p (tuttavia questo può essere commesso solo da militari) e 283 c.p. Ciò inoltre è confermato dal fatto che possono concorrere ex art 110 c.p, soggetti estranei, che non ricoprono alcuna carica.

⁷⁸ DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, p. 561, il quale ha parlato di deroga dell'articolo 25 da parte dell'articolo 90, come un'auto rottura costituzionale.

giurisdizione ordinaria⁷⁹. Ai sensi dell'articolo 13, primo comma, del codice di procedura penale “*se alcuni dei procedimenti connessi appartengono alla competenza del giudice ordinario e altri a quelli della Corte costituzionale, è competente per tutti quest'ultima*”. Si ha connessione di procedimenti ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett a) quando vi è concorso di persone nel reato, ovvero il concorso materiale di reati, nonché i reati sono stati commessi per eseguire od occultare gli altri (lett. b) e c). Se ad esempio, il Presidente commettesse un reato con l'ausilio di altro soggetto, ovvero commettesse un reato extrafunzionale ed uno funzionale, sarebbe competente, ai sensi del citato art. 13 c.p.p, il giudice speciale, cioè la Corte costituzionale.

Problemi particolari sorgono nel caso di concorso di persone nel reato, perché qui, anche il soggetto concorrente verrebbe giudicato dalla Corte⁸⁰ in qualità di giudice penale speciale, con la conseguenza per cui in caso di condanna la sentenza non può comunque essere oggetto di impugnazione⁸¹ secondo quanto previsto dall'art. 137, terzo comma Cost. (salvo il caso di revisione del processo). In relazione a quest'ultimo punto, va rilevato che sul doppio grado di giudizio, nulla dice la Costituzione e quindi non vi sarebbe nessuna violazione.

Quale che sia l'interpretazione di tali reati o illeciti di stampo costituzionale, nella prassi applicativa non si sono registrati procedimenti di accusa, ma solo tentativi politici diretti ad eliminare il Presidente della Repubblica di volta in volta in carica, sgradito politicamente⁸². Proprio questa mancata applicazione dell'istituto porta a ritenere⁸³ l'inutilità di una giurisdizione speciale, considerato un residuo di giustizia

⁷⁹ MORETTI, *Art. 137*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di Branca, Pizzorusso, Bologna-Roma, 1981, p. 628, il quale faceva riferimento anche ai reati ministeriali, sempre oggetto del giudizio della Corte. Oggi, a seguito della legge cost. 1/1989 i Ministri sono sottoposti alla giurisdizione ordinaria.

⁸⁰ MORETTI, op. cit., p. 658, il quale ha osservato che in caso di connessione soggettiva, gli individui sarebbero giudicati da una Corte speciale, prescindendo dalla gravità del fatto

⁸¹ MORETTI, op. cit., p. 660, il quale ha sottolineato che un'eventuale previsione del secondo grado di giudizio, avrebbe urtato con lo scopo stesso della Corte riunita in questa speciale veste di giurisdizione penale-costituzionale. Inoltre bisogna sempre ricordare la possibilità di esperimento dei mezzi straordinari di impugnazione, quali la revisione della sentenza proposta dinanzi allo stesso collegio integrato, ovvero il ricorso alla Corte in composizione ordinaria quando, a motivo della decisione, venga sollevato un conflitto di attribuzione da parte di un soggetto legittimato. L'autore però ha dubbi su quest'ultimo punto perché bisognerebbe verificare se la Corte in composizione integrata possa essere qualificata, come potere dello Stato.

⁸² Si ricordino i casi Cossiga, Scalfaro e Napolitano, nonché, da ultimo, Mattarella per il caso Savona. Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella ha posto, durante la formazione del governo giallo-verde, il veto sulla scelta del Ministro dell'Economia motivando la sua decisione appellandosi alla garanzia della Costituzione ed alla tutela dei cittadini. Esponenti politici (in particolare Fratelli d'Italia e Movimento cinque stelle) chiedevano la sottoposizione di Mattarella ad *impeachment* per attentato alla Costituzione: attraverso il veto presidenziale – è stato detto – egli avrebbe di fatto, mutato la forma di governo da parlamentare a presidenziale. In senso contrario a tale richiesta, si leggano le riflessioni del costituzionalista Massimo Luciani, riportate durante un'intervista al Corriere della Sera in cui è stato correttamente detto che il Presidente ha esercitato un suo potere e che i ministri vanno condivisi in quanto l'atto di nomina è controfirmato ai sensi dell'art. 89 Cost.

⁸³ SPADARO, op. cit., p. 1755, il quale definisce l'articolo 90 come il *fossile del diritto costituzionale*, sia per la natura garantistica del Capo dello Stato, sia per la constatazione per cui i reati suddetti sono di difficile realizzazione, sul punto anche PALADIN, *Diritto*

politica. Ci si chiede infatti come mai il Capo dello Stato, garante della Costituzione, dovrebbe porre in essere, con premeditazione, atti diretti a sovvertire l'ordinamento costituzionale. Questa tesi è esplicita nell'affermare che le ipotesi di sovversione all'ordine costituzionale, ad esempio, attraverso lo spionaggio politico militare, la distorsione dei servizi segreti, nonché altre condotte teoricamente integranti il reato, costituiscono casi di scuola che vivrebbero e morirebbero nell'accademia. L'unica soluzione, concretamente avverabile, pare essere quella della commissione del reato in collaborazione del Presidente con altri organi costituzionali, ad esempio con il Governo: nell'eventualità in cui il Capo dello Stato abbia formato un esecutivo personalmente (cd. governi del Presidente), nulla gli impedirebbe di manovrare l'indirizzo politico del Paese, e perché no, quello politico-militare che dipende amministrativamente dal Ministero della Difesa. Potrebbe, con il concorso di quest'ultimo, progettare o mettere in atto un colpo di stato od una sovversione all'ordine democratico attraverso l'uso deviato delle Forze armate.

4. Le immunità presidenziali alla luce della giurisprudenza.

Appare opportuno concludere il discorso relativo alle immunità del Presidente della Repubblica facendo riferimento ad un'importante pronuncia della Corte costituzionale: la numero 1 del 2013.

La sentenza richiamata ha posto importanti principi in tema di immunità del Capo dello Stato. In tale occasione la Corte ha risolto un conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente Giorgio Napolitano (in violazione degli artt. 3 e 90 Cost., nonché dell'art. 7, l. 219/1989, anche con riferimento all'art. 271 c.p.p.) contro la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo che aveva, nel corso di indagini a carico del senatore Mancino, intercettato casualmente una conversazione avvenuta tra questi ed il Presidente.

Si trattava delle indagini relative alle presunte trattative Stato-Mafia avvenute negli anni 1992 e 1994 in rapporto delle quali era stato ipotizzato il reato di violenza o minaccia aggravata ad un Corpo politico dello Stato. In particolare, nel periodo tra il 7 novembre e il 9 maggio 2012, sono state intercettate sulle utenze del sen. Mancino, 9295 telefonate, quattro delle quali hanno avuto come interlocutore il Capo dello Stato. Alla luce delle risultanze investigative, la Procura di Palermo aveva deciso di rinviare a giudizio solo alcuni degli indagati. A tal proposito, la Procura aveva deciso di utilizzare le sole intercettazioni ritenute utili per l'instaurazione del giudizio, non comprendendovi i colloqui che vedevano coinvolto anche il Capo dello Stato. Nelle interlocuzioni tra il Quirinale e la Procura della Repubblica, da una parte il Pubblico Ministero dott. Messineo sosteneva che nessuna norma nell'ordinamento prescrive o autorizza l'immediata cessazione dell'ascolto delle registrazioni quando, nel corso di un'intercettazione regolarmente disposta, siano state captate casualmente conversazione tra l'indagato e la persona nei confronti della quale non erano state disposte le intercettazioni medesime. Rilevava inoltre il Procuratore che la successiva distruzione delle conversazioni dovesse avvenire solo dopo la ritenuta valutazione del contenuto delle captazioni stesse e solo se esse risultassero irrilevanti ai fini delle indagini. Distruzione che va disposta dal GIP e sentite le parti (art. 268 c.p.p.). Secondo la Procura, la corretta lettura dell'art. 90 Cost. ostava a ritenere che *"l'irresponsabilità del Presidente si estendeva ai reati extrafunzionali"*. In sostanza, la Procura affermava che spettasse ad essa valutare la rilevanza processuale delle

Costituzione, Padova, 1995, p. 240 ss.

conversazioni casualmente captate e procedere pertanto, solo dopo questa valutazione, alla distruzione delle conversazioni, secondo la procedura partecipata di cui all'art. 268 c.p.p.

Di contro, la tesi dell'Avvocatura dello Stato affermava l'assoluta illegittimità (con conseguente inutilizzabilità ex art. 271 c.p.p) delle intercettazioni medesime.

Si sosteneva infatti che, la sfera delle immunità che la Costituzionale riserva al Capo dello Stato sono strettamente connessi ai compiti che egli è chiamato a svolgere. Per il corretto espletamento del mandato presidenziale occorre che egli sia libero e che venga tutelata la sua riservatezza. Secondo l'Avvocatura quindi, vi sarebbe stata una lesione delle prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica, quantomeno sotto il profilo della menomazione. L'immunità funzionale di cui all'art. 90 Cost. *“non consisterebbe solo in una irresponsabilità giuridica per le conseguenze penali, amministrative e civili eventualmente derivanti da atti tipici compiuti nell'esercizio delle funzioni, ma anche in una irresponsabilità politica, diretta a garantire la piena libertà e la sicurezza di tutte le modalità dell'esercizio delle attribuzioni presidenziali”*⁸⁴. A detta dell'Avvocatura tali immunità sono strumentali alla carica ricoperta ed alle funzioni svolte dal Presidente della Repubblica in modo da garantire *“il massimo della libertà di azione e riservatezza”*. Da ciò consegue che le intercettazioni casuali di cui è stato protagonista il Presidente della Repubblica dovessero essere immediatamente distrutte; questa distruzione troverebbe giustificazione negli artt. 90 Cost. e 7, l. 21971989. Inoltre, non si sarebbe potuto invocare l'art. 6, l. 140/2003 (dichiarata incostituzionale) relativo alle intercettazioni dei membri del Parlamento, in quanto vi è una eterogeneità di fondo tra le cariche (ciò che sostenne anche la Corte Costituzionale nella dichiarazione di incostituzionalità del Lodo Schifani).

La Corte risolveva il conflitto di attribuzione nel senso che *“spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo di valutare la rilevanza delle intercettazioni di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica; e che non spettava alla stessa Procura, di omettere di chiedere al giudice l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni indicate dall'art. 271, comma 3, del codice di procedura penale, senza la sottopsizione della stessa al contraddittorio tra le parti e con modalità da assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate”*.

Il giudice delle leggi motivava la decisione suddetta attraverso un'interpretazione sistematica delle norme che disciplinano le immunità del Presidente della Repubblica. In particolare la Corte, ha osservato come dalle funzioni che sono state attribuite al Capo dello Stato discende una posizione che si colloca *“al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, neutralmente, al di sopra di tutte le parti politiche. Egli dispone pertanto di competenze che incidono su ognuno di tali poteri (...)”*. Proprio in virtù di questa collocazione nel sistema, del suo ruolo di equilibratore del gioco politico, di garante della Costituzione e di rappresentante dell'unità nazionale, il Presidente deve essere tutelato nella sua riservatezza. Afferma la Corte infatti che *“il fondamento della tutela della riservatezza delle comunicazioni presidenziali, non è l'espressione di una presunta – e inesistente – immunità del Presidente per i reati extrafunzionali, ma consiste nell'essenziale protezione delle attività informali di equilibrio e raccordo tra poteri dello Stato, ossia tra soggetti che svolgono funzioni, politiche o di garanzia, costituzionalmente rilevanti, allora si deve riconoscere che*

⁸⁴ Punto 1.2 del Ritenuto in fatto, Corte Cost. 1/2013, in Giurcost.it.

*il livello di tutela non si abbassa per effetto della circostanza, non prevista dagli inquirenti e non conosciuta ovviamente dallo stesso Presidente, che l'intercettazione non riguardi una utenza in uso al Capo dello Stato, ma quella di un terzo destinatario di indagini giudiziarie*⁸⁵.

La Corte pertanto rintraccia la natura di tale sottrazione non in un'immunità ma semplicemente dall'interpretazione delle norme costituzionali dalle quali emerge la posizione di superiorità formale del Presidente della Repubblica.

Essendo poi le intercettazioni avvenute in modo casuale, esse non ricadrebbero nella procedura partecipata di cui all'art. 268 c.p.p.; secondo la Consulta, è l'art. 271, terzo comma, a dover essere considerato in quanto esso prevede il divieto di utilizzazione in quanto eseguite al di fuori dei casi consentiti dalla legge. Proprio l'occasionalità delle intercettazioni suddette fa ricadere le intercettazioni oggetto del conflitto nella disciplina dell'art. 271, terzo comma, c.p.p., per cui il giudice dispone la distruzione delle conversazioni. L'inutilizzabilità inoltre (quale vizio che attiene alle prove, art. 191 c.p.p. rubricato prove illegittimamente acquisite), nel caso di specie, troverebbe il suo fondamento nella riservatezza delle conversazioni dell'alta carica dello Stato. Qui si riscontrerebbe – a detta della Corte – una esigenza “rafforzata” di determinati colloqui “in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (...)”.

Da tale sentenza emerge la natura dell'immunità presidenziale quale salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica. L'effetto immunizzante discende dalla carica e dalla delicatezza dei compiti svolti dal Capo dello Stato.

A tal proposito vale citare anche la recente sentenza n. 40347 del 2018 della Corte di Cassazione. In tale occasione, i giudici di legittimità hanno chiarito che a carico di parlamentari non può configurarsi il delitto di corruzione propria non essendo la fattispecie di reato compatibile con “la sfera di libertà del parlamentare, ben diversa da quella di chi svolge la funzione amministrativa in senso stretto”. Infatti, l'attività del membro del parlamento non è riferita a garantire il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.) “essendo egli libero, del resto, di esprimere nel modo che preferisce, l'interesse della Nazione”. La Corte ha chiarito che le condotte di corruzione relative al caso di specie, non sono assorbite né dalla autonomia della funzione parlamentare né dall'operatività dell'immunità. L'autonomia del Parlamento, di cui l'immunità ai suoi membri è espressione, “influisce sulla qualificazione del suo esercizio, precludendo la possibilità di conferirle una connotazione in termini di contrarietà ai doveri”. Tale orientamento giurisprudenziale pare confermare la tesi secondo cui le immunità, essendo collegate alla carica ricoperta, non fungono da sottrazione all'obbligatorietà della legge penale in una prospettiva di *legibus solutus*, quanto piuttosto di una posizione elevata dei soggetti immuni. Posizione che si ritiene incompatibile con la *non soggezione alla legge penale*⁸⁶.

Va in ultimo ricordata la giurisprudenza della Corte costituzionale, in particolare la sentenza n. 379 del 1996, secondo cui l'immunità di cui all'art. 68 Cost. non ha solo la funzione di garantire il libero esercizio delle funzioni del singolo parlamentare quale rappresentante della Nazione, ma anche quella, elevata, di assicurare il buon andamento della funzione legislativa nel suo complesso. Tale ragione impone,

⁸⁵ Punto 14 del Considerato in diritto, Corte Cost., 1/2013.

⁸⁶ GAROFOLI, *Manuale cit.*, p. 319.

secondo la Corte costituzionale, che la repressione di reati commessi da parlamentari sia riservata ai regolamenti parlamentari, precludendo l'esercizio della giustizia penale.

Concludendo appare preferibile, a detta di chi scrive, la tesi che colloca le immunità nella categoria dell'esclusione della punibilità in senso stretto. Tale esclusione discenderebbe dalla carica ricoperta che, per ragioni politico-costituzionali, sottrae il soggetto dalla pretesa punitiva dello Stato. Con riferimento poi al Presidente della Repubblica, la sua funzione di garanzia nel panorama costituzionale italiano, andrebbe tenuta indenne (salvi i casi limite dei reati presidenziali) proprio per preservare gli equilibri costituzionali di cui egli è espressione.