

Il legittimo impedimento: da Alcibiade alla sentenza 168/2013 della Corte costituzionale sul “caso Berlusconi”*

Fioravante Rinaldi **
(30 aprile 2014)

1. *Tra antico e contemporaneo: corsi e ricorsi del diritto costituzionale. Introduzione.*

Il legittimo impedimento, generalmente contemplato oggigiorno, anche per le cc.dd. «alte cariche» dello Stato¹, nella canonica ipotesi dell'art. 420-ter, c.p.p., parrebbe essere un istituto giuridico solo contemporaneo². Una peculiarità dello

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Il termine è qui usato in senso generico, avendo esso infatti assunto configurazioni soggettive diverse nelle varie leggi emanate in materia. Nella l. 51/2010, com'è noto, i soggetti protetti erano difatti, precisamente, il Presidente del Consiglio ed i Ministri. Venuta meno la protezione specifica concessa loro, sono anche tali cariche ricondotte al *genus* dell'art. 420-ter, c.p.p., pur con le peculiarità stabilite nella giurisprudenza della Corte costituzionale; ma sul punto v. senz'altro *infra* § 3 e ss.

² Nel recente passato com'è noto il legislatore aveva percorso prima la via della sospensione processuale con i due “lodi” del 2003 e del 2008 (art. 1, l. 140/2003, c.d. “lodo (Maccanico-)Schifani” e l. 124/2008, c.d. “lodo Alfano”) e solo successivamente – “in via subordinata” (v. altresì *infra* nt. 58) – quella del legittimo impedimento (l. 51/2010). Si ritiene peraltro che l'istituto processuale della sospensione del processo – nonostante il legislatore possa tendenzialmente disporre (Corte cost., sent. 24/2004, p. 3 *cons. in dir.*) – si debba reggere su valori di rango costituzionale (si pensi all'imparzialità del giudice nell'ipotesi della rimessione; cfr. Cass., SS.UU., 26 marzo 2003, n. 13687), al fine di evitare che lo stesso possa artatamente “infarcire” di cause di sospensione il processo a scapito della sua ragionevole durata. È peraltro dogmaticamente assestato, al di là del dato normativo, *ex art. 159 c.p.* (come novellato dall'art. 6, c. 3, l. 251/2005, c.d. *ex Cirielli*), che la sospensione processuale (a differenza dell'improcedibilità) si accompagni al blocco della maturazione della prescrizione, previsto non solo nei due lodi sopra citati (v., ad es., art. 1, c. 4, l. 124/2008) e nell'ipotesi del legittimo impedimento (v. art. 1, c. 5, l. 51/2010), ma anche – risalendo a ritroso nelle leggi processuali emanate dai governi di centro-destra – in quella della rimessione del processo per “*legittima suspicione*” nella versione novellata dalla l. 248/2002 (c.d. legge Cirami). Quest'ultima infatti prevede che, dopo il giudizio di ammissibilità della sezione filtro e la comunicazione da parte della Cassazione al giudice procedente, il procedimento (sia esso in udienza preliminare o in fase dibattimentale) rimanga sospeso prima dello svolgimento delle conclusioni e della discussione, così come i termini di custodia cautelare. In tale periodo non possono essere pronunciati il decreto che dispone il giudizio o la sentenza ed il procedimento ripartirà, in caso di inammissibilità ovvero di rigetto della richiesta di rimessione, dal giorno in cui avviene tale dichiarazione o, in caso di accoglimento, dal momento in cui il processo giunge allo stesso stato in cui si trovava al tempo della sospensione (art. 47, c.p.p.). Ciò, primariamente, per evitare che il *iudex suspectus* possa compiere atti che non siano quelli urgenti (cfr., volendo, per la ricostruzione della vicenda dei due lodi: F. RINALDI, *Lo scudo processuale alle «alte cariche dello Stato»: dal lodo “Maccanico-Schifani”, al lodo “Alfano”, al lodo “costituzionale”*, in www.forumcostituzionale.it e ivi ampia bibliografia). Si sa peraltro, vista l'irretrattabilità dell'azione penale, che le ipotesi di sospensione processuale sono tassativamente previste per legge (art. 50, c. 3, c.p.p.). Fra esse quelle in virtù di questioni pregiudiziali, *ex art. 3, c.p.p.*, ove la decisione sia subordinata alla soluzione di questioni attinenti lo stato di famiglia o di cittadinanza, non risolvibili *incidenter tantum*, come avviene di solito per le altre questioni pregiudiziali, e purché sussista effettivamente un rapporto di pregiudizialità (es. l'influenza su un'aggravante), nonché che la questione sia seria e sia già stata proposta l'azione a norma delle leggi civili o amministrative. In effetti un'eventuale pronuncia civile o amministrativa in contrasto di giudicato con quella penale aprirebbe, *ex*

Stato costituzionale, se non – al massimo – di quello liberale. Nel nostro Paese, per le cariche istituzionali, la “sentenza Previtì” ne sarebbe, di conseguenza, il punto di riferimento giurisprudenziale ed, *amplius*, il “paradigma” giuridico³, avendo chiarito – relativamente al rapporto magistratura-organo legislativo – come i poteri dello Stato possano esercitare (liberamente) le proprie funzioni e debbano cooperare in uno spirito di leale collaborazione⁴.

Proprio la leale collaborazione permea tale istituto giuridico. Essa presuppone che i poteri siano divisi e con eguale dignità di poter esercitare le loro rispettive competenze⁵. Non è quindi facile pensare che il legittimo impedimento abbia degli “antenati”, cioè lunga vita nella storia dell’uomo, tanto

art. 630, lett. b), c.p.p., la strada alla revisione. Ma si pensi anche alle questioni civili o amministrative in cui, se la controversia condiziona l’esistenza del reato ed è particolarmente complessa, il giudice penale può sospendere il processo (purché sia in corso il processo civile o amministrativo e le leggi civili o amministrative non pongano limiti alla prova della situazione controversa) in attesa della decisione (che confluirà nel materiale probatorio). È però possibile revocare – anche d’ufficio – l’ordinanza ove non si pervenga a conclusione del processo “*a quo*” nel termine di un anno. Infine si può aggiungere, *ad abundantiam*, al di là del più famoso caso dell’incapacità dell’imputato (art. 71 c.p.p.), l’ipotesi relativa alle *False informazioni al pm* (art. 371-bis, c. 2, c.p.) e quella relativa alle *False dichiarazioni al difensore* (art. 372-ter, c. 2, c.p.). Ma, per una classificazione tipologica delle sospensioni processuali, v. invece, *amplius*, Corte cost., sent. 24/2004, p. 3 *cons. in dir.*

Sappiamo inoltre come la sospensione, che può toccare uno solo degli imputati (si pensi al processo riguardante l’ex Presidente Berlusconi – sospeso in virtù del lodo Alfano – rispetto al coimputato Mills), porta alla separazione dei processi che erano precedentemente riuniti (art. 18, c. 1, lett. b), c.p.p.).

Nel quadro comparato, per un recente caso, di sospensione/differimento del processo, deciso dalla Corte suprema americana, nel *term* 2012, a causa dell’incapacità mentale dell’imputato che lo vede impossibilitato a comunicare nel dibattimento v. *Ryan, Director, Arizona Department of Corrections v. Valencia Gonzales*.

³ Per le sentenze che si limitano, *per praevalentiam*, alla citazione della “sentenza Previtì”: sent. 263/2003 (c.d. «caso Matacena»), p. 4 *cons. in dir.*; sent. 284/2004 (c.d. «caso Cito»), p. 4 *cons. in dir.* (pur con le peculiarità che verranno sottolineate *infra* nt. 61); sent. 451/2005 (c.d. «caso Previtì II»), pp. 3 e 7 *cons. in dir.* (pur con i necessari distinguo). Ma sul punto v., senz’altro, *infra* § 4.

⁴ Su tale principio v., nella giurisprudenza costituzionale, *ex pl.* sentt. 379/1992, in *Foro it.*, 1993, I, p. 689; 403/1994, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1423, con nota di E. MALFATTI. Nonché, specificamente in tema di legittimo impedimento, sentt. 225/2001; 263/2003; 284/2004; 451/2005; 23/2011 (spec. p. 5.2 *cons. in dir.*). Ma, *ad abundantiam*, su tale principio decc. 309 e 487/2000, 270/2002, 380/2003, 284/2005, 200/2006, 149/2007, 26/2008, 69, 106 e 241/2009, 188/2010, 317/2011, 87 e 88/2012.

⁵ È peraltro *doctrine* nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti – ed utile per l’analisi che qui di seguito si va ad effettuare (v. *infra* § 3) – che la demarcazione fra i tre poteri non sia rigida, preferendosi quella che la dottrina d’oltreoceano definisce *separated institutions sharing powers*; cfr., nella nutrita serie di precedenti, *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 376 U.S. 659 (1952); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 707 (1974); *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 443 (1977); *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 693-694 (1988); *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 380-381 (1989); *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997). In particolare in quest’ultima decisione, proprio in tema di immunità alle «alte cariche», la Corte di Washington non riconobbe, «sulla base dei precedenti», l’immunità temporanea da azioni civili per danni derivati da fatti occorsi prima dell’assunzione della carica da parte dell’allora Presidente Clinton (v. la decisione, tradotta da F. Salmoni, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2581). In effetti *Ferry v. Ackerman*, 444 U.S. 193 (1979), 202-204, aveva riconosciuto “semplicemente” che la giustificazione dell’immunità per i pubblici ufficiali è di «prevenire un’atmosfera di intimidazione che sarebbe in conflitto con la determinazione di svolgere le funzioni loro attribuite in maniera corretta» e la decisione *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731-755 (1982), aveva ribadito come «la

da poter risalire all'antichità classica greca e romana in cui una divisione dei poteri, paragonabile a quella odierna, non era configurabile. Certo il giurista attuale che volesse apprezzare gli esempi che qui di seguito verranno offerti deve togliersi gli "occhiali della contemporaneità" che lui stesso "incarna" nella sua *forma mentis*, accostandosi invece, *cum grano salis*, alla concezione istituzionale del potere e delle funzioni pubbliche dell'epoca e, soprattutto, visto il postulato posto, alla particolare "divisione" dei "poteri" esistente *temporibus illis*. Di conseguenza, in questo *flashback*, le ipotesi che verranno qui di seguito analizzate assumeranno di volta in volta una connotazione analogicamente simile all'attuale legittimo impedimento, alla sospensione processuale, alla contumacia, all'immunità e quant'altro. Forse il sottile *fil rouge* che unisce tali casi al presente è quello della paura di un'accusa con intento vessatorio⁶ e, altresì, di una condanna molto probabile, se non sicura, che avrebbe statuito una "verità processuale" diversa da quella reale. Addirittura – forzando la mano – si potrebbe pensare ad una sorte di archetipo di quella che sarebbe poi stata oltremodo razionalizzata nella dottrina del *fumus persecutionis*. Orbene, in ragione di questo assunto, come vedremo trasversalmente in questa analisi, a volte non si esiterà persino a forzare le regole "costituzionali" per sfuggire al processo o, viceversa, per celebrarlo, a scapito dell'esercizio della funzione istituzionale.

Fra i casi più emblematici, due primeggiano. Sono quelli che hanno visto come protagonisti Alcibiade per il periodo greco e Verre per quello romano. Il primo pare essere un vero e proprio caso di legittimo impedimento, se non di sospensione processuale; il secondo un caso di fuga dal processo a causa della soverchiante accusa. Al di là di queste due ipotesi, più confacenti, se ne possono aggiungere altre due databili alla fine della Roma repubblicana, nell'oramai prossimo avvento della fase imperiale del principato di Ottaviano Augusto. Ci si riferisce qui precipuamente alla questione relativa alle riforme agrarie dei Gracchi ed allo scontro fra Cesare e Pompeo in cui delle forzature del "quadro costituzionale" saranno evidenti. Queste due fattispecie, come il caso di Verre, assumono, da un certo punto di vista, più il carattere di ipotesi forse lontanamente accostabili ad una sorte di legittimo impedimento, anche se in parte legate da un "connubio" con i temi del privilegio istituzionale, dell'immunità o, comunque, del particolare peso dato ad una certa carica istituzionale.

Infine – scendendo dal piedistallo delle "alte cariche" istituzionali e tornando al "comune" cittadino (v. *retro* nt. 1) – si può solo accennare, per completezza, alla peculiare "fuga" dal processo che si ebbe, nella storia romana, quando l'imputato, sotto una soverchiante accusa, decideva di suicidarsi, evitando con

sfera delle azioni protette deve essere strettamente connessa ai fini che giustificano l'immunità». Quindi, nelle parole dei giudici di Washington, nulla nei precedenti della Corte sembrava sostenere la tesi della sospensione dei processi durante il mandato per illeciti, anche antecedenti, extrafunzionali.

⁶ V. *infra* i casi di Alcibiade, principalmente, e, in parte, di Gaio Licinio Verre, che tenterà per lo meno di far apparire tale l'accusa nei suoi riguardi.

la soluzione più drastica, cioè con la morte, la possibile/probabile condanna e, quindi, declinandosi la (sua) situazione giuridica ulpianamente al vecchio brocardo *crimen extinguitur mortalitate* che, oggi, in base all'art. 69 c.p.p., porta – a rigore – ad una pronuncia ex art. 129 del codice di rito, alla luce dell'art. 150 del c.p.; quindi ad una causa di estinzione del reato.

2. Il periodo antico greco-romano. Dai casi di Alcibiade e Verre alle ipotesi di Tiberio Gracco e Giulio Cesare.

Cominciamo dal processo ad Alcibiade, più conosciuto come *scandalo delle erme*. Si trattava di un particolare evento accaduto ad Atene durante la guerra del Peloponneso (431-404 a.C.); cioè di un processo che voleva punire la mutilazione delle erme, statue apposte lungo le strade e raffiguranti il dio Ermes. Di tale gravissimo reato⁷ fu accusato – a torto o a ragione⁸ – Alcibiade, il quale, nonostante chiedesse di essere giudicato prima dell'imbarco⁹, fu provvisoriamente esentato dal processo, per volere dei suoi avversari, al fine di permettergli di partecipare ad un impegno "istituzionale" essenziale e superiore. Era infatti fondamentale la sua partecipazione alla spedizione militare ateniese in Sicilia durante la guerra e, di conseguenza, necessario garantirgli una sorte di "legittimo impedimento"¹⁰ (o "sospensione processuale") al fine di processarlo

⁷ Si trattava del reato di empietà nei riguardi delle dee eleusine.

⁸ Pare a torto. Infatti se è vero che il colpevole non venne mai scoperto, la conclusione, alla fine più o meno accettata ad Atene, fu che si fosse trattato di un atto di vandalismo da parte di giovani miscredenti ubriachi (cfr. A.R. BURN, *Storia dell'Antica Grecia*, Milano, Mondadori, 1991, p. 320). Non trovò invece credito fra la folla l'idea che autori di tale crimine fossero stati i Corinti, i quali, per evitare i Siracusani, coloni della loro città, avrebbero puntato sui presagi al fine di trattenere e distogliere gli Ateniesi dalla guerra (v. in tema PLUTARCO, *Vita di Alcibiade*, in *Vite parallele*, vol. 1, Milano, Mondadori, 1984, p. 758). Ma sulle diverse tesi emerse nella storiografia v. D. MUSTI, *La Grecia classica, Storia universale*, vol. II, Milano, Rcs Quotidiani Spa, 2004, p. 294 ss.

⁹ Infatti Alcibiade, che aveva capito la malizia che si celava dietro la "sospensione", «insisteva ch'era assurdo sotto l'incubo di quella accusa, prima che in tribunale si emettesse un verdetto risolutore, affidargli il comando di un'armata così ingente» (cfr. sul punto: TUCIDIDE, *Storie*, a cura di E. PICCOLO, Napoli, Senecio, 2009, p. 374).

¹⁰ L'ipotesi del legittimo impedimento è diffusa nell'attuale codice di rito. Essa è prevista, come detto, all'art. 420-ter, c.p.p., cui fa rinvio l'art. 484, c. 2-bis, c.p.p. (cfr. in tema per riferimenti: P. MOSCARINI, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999, n. 479)*, a cura di F. Peroni, Padova, Cedam, 2000, p. 298). Peraltro l'art. 142, disp. att. c.p.p., prevede, in tema di citazione dei testimoni, periti, interpreti, consulenti tecnici e imputati di un procedimento connesso, che l'atto di citazione debba contenere tra le altre cose «l'avvertimento che, in caso di mancata comparizione non dovuta a legittimo impedimento, la persona citata potrà, a norma dell'art. 133 del codice, essere accompagnata a mezzo della polizia giudiziaria e condannata al pagamento di una somma da euro 51 a euro 516 a favore della Cassa ammende e alla rifusione delle spese alle quali la mancata comparizione ha dato causa».

L'art. 420-ter, c.p.p. è collocato all'interno della fase dedicata all'udienza preliminare; è altresì applicato nel processo, subito dopo la verifica della regolarità della *vocatio in iudicium*. Effettivamente esso trova applicazione, precipuamente, nella specifica parte dedicata alla scelta fra rinvio a giudizio (429 c.p.p.) e sentenza di non luogo a procedere (art. 425 c.p.p.), ma anche in svariate ipotesi fuori dal libro V. In

quando la questione militare avesse avuto un termine, cioè fosse venuto meno il “supremo” impegno istituzionale. In realtà, a quanto pare, tale sospensione doveva servire anche per consentire ai suoi avversari di continuare la ricerca delle prove senza la presenza dell’esercito dove Alcibiade era piuttosto popolare. Al suo ritorno si sarebbero così stabiliti i giorni del processo. Orbene, i cattivi esiti dell’operazione militare, oltre al fatto che ad Atene si fossero raccolte prove che davano l’idea del *fumus commissi delicti* e, quindi, sembravano sufficienti a perorare tale accusa, fece sì che Alcibiade fosse accompagnato a bordo di una trireme di Stato ateniese, la Salamina, verso Atene per il

particolare si ritiene che l’udienza di convalida delle misure precautelari (arresto in flagranza o del fermo) si debba svolgere anche in caso di legittimo impedimento dell’imputato, stante i tempi previsti dall’art. 13 Cost. (cfr. F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, V ed., Padova, Cedam, 2010, p. 529); invece, a pena di nullità, ex art. 179 c.p.p., è prevista la presenza necessaria del difensore (sul punto v. Cass. SS.UU., 26711/2013). Nelle indagini preliminari, se non vi è legittimo impedimento, il pm può disporre l’accompagnamento coattivo per l’interrogatorio ex artt. 375 e 376 del soggetto. Così anche per la citazione di persone informate sui fatti, su richiesta del pm a norma dell’art. 377, c. 2, lett. c).

Per le udienze in camera di consiglio, a norma dell’art. 127, c.p.p., vi è il rinvio dell’udienza ove l’imputato o il condannato non abbiano potuto essere sentiti per legittimo impedimento, dopo aver chiesto di esserlo personalmente, a meno che egli non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice (art. 127, c. 4, c.p.p.). Un orientamento giurisprudenziale ritiene applicabile il 420-ter per l’imputato anche all’appello. In effetti per il giudizio d’appello in camera di consiglio l’udienza è rinviata in ogni caso se sussiste un legittimo impedimento dell’imputato che ha manifestato direttamente e tempestivamente (cfr. Cass., II sez. pen., 9 febbraio 2010, n. 8040) la volontà di comparire (art. 599, c. 2, c.p.p.). Più dubbio per il procedimento camerale d’appello (all’infuori dell’art. 599, c. 3, c.p.p.), relativamente al difensore (art. 420-ter, c. 5, c.p.p.). Varie decisioni hanno infatti sostenuto l’inapplicabilità del 420-ter, c. 5, c.p.p., nei procedimenti camerali diversi dall’udienza preliminare, altresì ove la presenza del difensore sia prevista come necessaria (si pensi, ad esempio, all’orientamento della Cassazione sull’art. 666, c. 4, c.p.p., relativamente al procedimento di esecuzione e di sorveglianza; Cass., sez. I, sentt. 30 ottobre 2002, Lattanzi; 17 ottobre 2002, Ferraro; 13 marzo 2002, Scarlino). In tali casi si è riconosciuta l’operatività dell’art. 97, c. 4 del codice di rito. Vi è invece l’applicazione dell’art. 420-ter, c. 5, c.p.p. nel giudizio abbreviato di primo grado, visto il richiamo alle disposizioni sull’udienza preliminare previsto dall’art. 441, c. 1, c.p.p., ma non però nel giudizio camerale di appello di tale rito speciale (cfr. Cass., sez. V, 36623/2010). Nell’udienza preliminare, relativamente al difensore (ex art. 420-quinquies, c. 5, c.p.p.), pur essendone necessaria la presenza, la sua assenza per legittimo impedimento non è causa di rinvio dell’udienza se l’imputato ha un altro difensore che può essere presente ovvero il difensore abbia nominato un sostituto o ancora l’imputato acconsenta a che l’udienza preliminare proceda in assenza del difensore impedito (art. 102 c.p.p.).

Come accennato, anche negli atti introduttivi del dibattimento, quando – prima di dare inizio al dibattimento – il Presidente verifica la regolare costituzione delle parti, si prevede l’applicazione, in quanto compatibile, degli artt. 420 bis – 420 quinquies (art. 484, c. 2 bis, c.p.p.). In questa fase occorre ricordare che l’assenza dell’imputato per legittimo impedimento impedisce la dichiarazione di contumacia; l’assenza del difensore porta il Presidente a designare come sostituto, ex art. 97, c. 4, c.p.p., un altro difensore. È noto, vieppiù, come la disciplina dell’art. 127, c.p.p., trova applicazione in una svariata serie di ipotesi disciplinate nel corso del procedimento penale: procedura di riesame della misura cautelare (art. 309), sentenza di non luogo a procedere (art. 425), sentenza alla fine del giudizio abbreviato (art. 441), sentenza di applicazione della pena su richiesta della parti (art. 447), udienza d’appello (art. 599), udienza per l’incidente probatorio (art. 401, c. 1), udienza preliminare (art. 420, c. 1), udienza di innesto del giudizio abbreviato (art. 441), udienza di proscioglimento prima del dibattimento

processo¹¹. Luogo però in cui egli non arrivò, riuscendo a sbarcare nel Peloponneso e riparando poi presso i nemici di Atene, cioè gli spartani. Fu processato nel 399 a.C. come contumace¹² e la decisione fu di condanna a morte per lui ed i suoi seguaci. Esito della condanna fu la confisca dei beni a favore dell'erario e si decretò altresì che tutti i sacerdoti e le sacerdotesse delle città lo maledicessero pubblicamente¹³.

Come rilevato, diverso e contrario dal caso di Alcibiade, che avrebbe voluto essere processato subito¹⁴, sarà quello di Gaio Licinio Verre, il quale invece fuggirà dal processo a causa della preponderante accusa nei suoi confronti. Il famoso ex governatore siciliano si era macchiato di comportamenti scandalosi

(art. 469).

A ben vedere è causa di nullità assoluta la mancata presenza del difensore nei casi stabiliti dalla legge: interrogatorio di persona sottoposta a misura cautelare (art. 294, c. 4, c.p.p.; non è invece necessaria – pur essendoci la comunicazione al difensore – la presenza per l'interrogatorio del pm, ex art. 388, c.p.p., in tema di arresto in flagranza e fermo); sommarie informazioni assunte da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria dalla persona indagata che non si trovi in stato di arresto o di fermo ex art. 384 c.p.p. (art. 350, cc. 1 e 3); interrogatorio e confronto delegati dal pm alla polizia giudiziaria, cui partecipa la persona sottoposta alle indagini e che si trova in stato di libertà (art. 370, c. 1); udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo (art. 391, c. 1), udienza in cui si svolge l'incidente probatorio (art. 401, c. 1), udienza preliminare (art. 420, c. 1), udienza in cui è celebrato il giudizio abbreviato (art. 441), udienza per il proscioglimento prima del dibattimento (art. 469), udienza tenuta in camera di consiglio nel giudizio d'appello allorché si rinnovi l'istruttoria dibattimentale (art. 599, c. 3), udienza del procedimento di esecuzione (art. 666, c. 4; ma v. *supra* per la giurisprudenza di segno opposto), procedimento in Corte d'appello di estradizione passiva (art. 704, c. 2). A tali casi si aggiunge la presenza obbligatoria del difensore per il prelievo coattivo di campioni biologici (art. 224 *bis*, c. 7 e art. 359 *bis*). A volte, comunque, l'obbligatorietà della presenza del difensore è "relativa". Infatti una recente pronuncia della Cassazione ha rilevato come lo sciopero dell'avvocato "blocca" l'udienza anche se in quel procedimento la presenza del difensore non era obbligatoria (cfr. Cass., sez. VI, 1826/2014).

Va rilevato, in ultima analisi, che vi è separazione dei processi antecedentemente riuniti nel caso in cui uno o più imputati o uno o più difensori non sono comparsi al dibattimento per legittimo impedimento (art. 18, c. 1, lett. c) e d), c.p.p.).

¹¹ Cfr. sul punto: TUCIDIDE, *Storie*, cit., p. 389.

¹² È interessante notare anche il parallelismo con la dichiarazione di contumacia nel nostro processo penale. Infatti, essa va rilevata – grazie all'effetto della l. 479/1999 – nella fase dell'udienza preliminare (art. 420-*bis*, c.p.p., cioè nell'articolo antecedente a quello del legittimo impedimento) ovvero negli atti introduttivi del dibattimento, dopo gli atti preliminari e prima di iniziare il dibattimento. Nell'udienza preliminare il gup deve disporre – anche d'ufficio – la rinnovazione dell'avviso ove si provi (o appaia probabile) che l'imputato non ne abbia avuto conoscenza (salvo che non sia dovuto a sua colpa o vi sia stata notificazione mediante consegna al difensore). Tale decisione – a norma dell'art. 420-*bis*, c.p.p. – non è oggetto di discussione e motivo d'impugnazione. Diversamente se l'imputato non compare senza che vi siano cause di giustificative a norma dell'art. 420, c. 2, 420-*bis*, 420-*ter*, c.p.p., il giudice – sentite le parti – dichiara l'imputato contumace (art. 420-*quater*). Com'è noto, l'istituto della contumacia ha subito una forte revisione con la l. 60/2005 che ha modificato l'art. 175, c.p.p., al fine di adeguarsi alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in *Sejdović c. Italia* del 10 novembre 2004.

Per quel che riguarda gli atti introduttivi del dibattimento, va sottolineato che è possibile l'accompagnamento coattivo dell'imputato (art. 490, c.p.p.), assente o contumace, libero ovvero detenuto, la cui presenza è indispensabile per l'assunzione di una prova diversa dall'esame (per il quale invece è necessario il suo consenso, ex art. 208 c.p.p., salva l'eccezione sottolineata dalla Corte costituzionale nella sent. 361/1998, cioè l'esame su fatti concernenti la responsabilità di altri).

¹³ Così nella ricostruzione di PLUTARCO, *Vita di Alcibiade*, cit., p. 763.

nell'esercizio delle sue funzioni e, sicuro della difesa di Ortensio Ortalo, vero e proprio "principe del foro", pensava di sfuggire, nel processo, alla condanna. Ma egli non aveva considerato il fatto che a perorare l'accusa vi era Cicerone, il quale aveva peraltro già incrociato i bastoni con Ortensio Ortalo nell'81 a.C. in difesa di Publio Quinctio (orazione *Pro Quinctio*¹⁵) e nell'80 a.C. (nel processo per parricidio a carico di Sesto Roscio Amerino). Bastò così solo un piccolo assaggio delle doti oratorie di Cicerone nella *Divinatio in Caecilium* (che smontò la macchinazione orchestrata a danno delle accuse, tesa a trasformare il processo in farsa) e nella celeberrima *Actio prima in Verrem* per portare Verre a preferire l'esilio. Il processo proseguì in contumacia e Cicerone rese comunque note le sue orazioni, contenenti le malefatte di Verre, nella *Actio secunda in Verrem* (la quale si divide in cinque orazioni: *de praetura urbana, de praetura Siciliensi, de frumento, de signis, de suppliciis*)¹⁶. Il corpus delle tre forma le famose *Verrine*.

Dopo la situazione *sui generis* di Verre, rimanendo nel periodo romano ma risalendo a ritroso, e volendo un po' lasciarci prendere la mano, potremmo pensare al caso di Tiberio Gracco. Egli fu eletto tribuno della plebe nel 133 a.C. e fu fautore di una celebre riforma agraria, un plebiscito da sottoporre all'approvazione dei comizi. Tale proposta (la quale prevedeva che non si potesse avere più di una certa quota di iugeri di *ager publicus*) si scontrò con la netta opposizione degli *Optimates* e l'altro tribuno Ottavio, più vicino ai senatori, oppose l'*intercessio*¹⁷. Tiberio Gracco, forzando il quadro "costituzionale", chiese così una nuova assemblea per deporre Ottavio (c.d. *abrogatio imperii*), visto che il tribuno del popolo che agiva contro il popolo non meritava di permanere in carica ed Ottavio, avendo votato contro, si era dimostrato avversario più che tribuno della plebe. Il tentativo di Tiberio Gracco riuscì, Ottavio fu estromesso e la legge agraria passò¹⁸. Era un primo atto rivoluzionario¹⁹ e Quinto Pompeo avrebbe voluto accusare Tiberio Gracco, ma doveva attendere la fine della carica, realizzata l'immunità riconosciuta ai

¹⁴ ... sebbene anch'egli, alla fine, similmente a Verre, si diede alla "contumacia". Certo, a differenza di Verre, pare, come detto, che Alcibiade fosse invero innocente ed, in effetti, come visto *supra*, egli aveva chiesto di essere processato prima dell'imbarco.

¹⁵ Si trattava di una causa di diritto privato riguardante una proprietà.

¹⁶ Esse raccontavano le forti illegalità commesse da Verre prima e nel corso dell'amministrazione siciliana: requisizioni di grano e opere d'arte ecc ..., ma, generalmente, malversazione e concussione (*de pecuniis repetundis*). Sul punto sottolineava però V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, (1957), VII ed., Napoli, Jovene, 2006, p. 233, «per un Verre che Cicerone portò all'esilio ed alla gogna, quanti Fonte e Scauri non fece assolvere egli stesso, che si erano macchiati dello stesso delitto?».

¹⁷ «... con che il problema agrario si trasformava in problema costituzionale» (cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., p. 190).

¹⁸ Certo però l'anno di tribunato non sarebbe bastato a Tiberio Gracco per attuare la riforma.

¹⁹ Come ricordava V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., p. 190, nt. 1, un caso di *abrogatio imperii* c'era stato pochi anni prima, nel 137 a.C., in persona del proconsole M. Emilio Lepido, anche se la cosa dovette apparire, ricorda l'Autore, costituzionalmente lecita, visto che si trattava di un *imperium prorogatum*, giuridicamente revocabile in qualunque momento.

tribuni²⁰. Si riteneva infatti che Tiberio avesse travalicato la legalità per operare le riforme. Così, alla fine della carica, quest'ultimo, contrariamente alla regola (che aveva avuto un'unica eccezione duecento anni prima), si ricandidò per essere eletto tribuno della plebe, nel 132 a.C., portando anche all'accusa di illegalità della rielezione, appurato – come detto – che nessuno da due secoli si era più ricandidato l'anno successivo. Com'è noto, alla fine prevarranno i fatti al diritto e Tiberio, nel corso di un tumulto, verrà ucciso.

Un altro caso che si avvicina ad una sorte di “legittimo impedimento” o, comunque, di immunità *lato sensu* è quello che vide protagonista Giulio Cesare, parente di Mario. È noto che nel 70 a.C. la *Lex Pompeia Licinia de tribunicia potestate*, proposta da Pompeo Magno e Licinio Crasso, futuri triumviri, restituiva agli ex tribuni della plebe delle magistrature curuli il vecchio potere²¹. Di fatto i proconsoli sfruttavano le vittorie conseguite e l'obbedienza dei soldati per formarsi un potere personale da contrapporre al potere del Senato. Così fece Giulio Cesare cui, nel 59 a.C., fu dato un *imperium* quinquennale per conquistare le Gallie²². Nel 55 la *Lex Pompeia Licinia de provincia Caesaris*, che prorogava per altri cinque anni il comando tenuto da Cesare nelle Gallie, gli accordò altre quattro legioni e stabilì che prima della scadenza del quinquennio il Senato non potesse provvedere alla nomina del suo successore. Ma nel 52 i difensori delle istituzioni democratiche (fra cui Catone e Cicerone) – per opporsi al forte potere di Cesare – misero nelle mani di Pompeo il governo, *consul sine collega*. In quel consolato, che aveva violato il principio costituzionale di collegialità consolare, si approvarono varie leggi. In particolare la *Lex Pompeia de provinciis* imponeva l'intervallo di un quinquennio fra la titolarità della magistratura e l'assunzione della promagistratura e l'obbligo per i candidati alle magistrature di essere presenti a Roma²³. Tutto ciò contrastando con il “legittimo impedimento”, legato all'imposizione ai proconsoli di permanere in provincia (cioè un impegno per Roma oltre frontiera) che fu concessa a Cesare in un precedente plebiscito. Ciò portò allo scontro fra Cesare (che – basandosi su un primo plebiscito – voleva essere eletto console mentre si trovava ancora a capo dell'esercito) ed il Senato che, essendo pacificata la Gallia, voleva che lui lasciasse il comando dell'esercito prima della votazione. Se avesse rinunciato alla carica militare egli, ritornando a Roma – come semplice cittadino – per candidarsi alle elezioni, sarebbe sicuramente stato chiamato a rispondere

²⁰ Scriveva lucidamente T. MOMMSEN, *Storia di Roma*, vol. 5, *La rivoluzione. Parte prima (Fino alla prima Restaurazione di Silla)*, Roma, Aequa, 1938, p. 156: «... certo è che Gracco vedeva la sua salvezza solo nella carica che lo proteggeva e di cui chiedeva ai cittadini la proroga per un anno ancora, e che per ottenere questo prolungamento illegale metteva innanzi ulteriori riforme».

²¹ Accanto ad essa vi fu anche la *Lex Aurelia iudiciaria* che inseriva nelle giurie giudicanti, assieme ai senatori, cavalieri e *tribuni aerarii* (cfr. la ricostruzione di A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*, III ed., Torino, Utet, rist. 2005, p. 134 ss.).

²² In particolare la *Lex Vatinia de provincia Caesaris* assegnava a Cesare per cinque anni la Gallia Cisalpina e l'Illirico con tre legioni; su proposta di Pompeo il Senato aggiunse la Gallia Narbonense ed una quarta legione.

²³ Cfr. anche la *Lex de iure magistratuum*.

(come privato) alle numerose violazioni costituzionali attribuitegli. Fra esse le modalità con le quali egli aveva protratto il potere proconsolare²⁴.

Nel mezzo dello scontro vi fu la scadenza del potere proconsolare e Cesare non si dimise, cercando di coprire l'incostituzionalità con l'*intercessio* opposta dai tribuni della sua parte a tutte le deliberazioni relative alle province galliche²⁵. Le successive vicende, compreso il celebre passaggio del Rubicone, segnarono l'ascesa di Cesare e furono l'epilogo di tale tormentata fase.

A chiudere sommariamente il quadro si può solo accennare alla particolare "fuga" dal processo che si aveva quando l'imputato decideva di suicidarsi, ponendo fine (*mors omnia solvit*) alla propria vicenda processuale (prima della sentenza) con l'evento più drastico, cioè con la morte²⁶. Inoltre nella storia si ricorda una celebre sospensione dei processi cui i romani fecero ricorso quando a Roma, nel 399 a.C.²⁷, scoppiò una forte epidemia. Impauriti e convinti che ciò

²⁴ Scriveva elegantemente A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*, cit., p. 137, «In effetti Cesare che avesse ottenuto nel 59 l'*imperium proconsolare* per 5 anni, prorogatogli poi per un altro quinquennio, intendeva conservarlo sino al 49 e presentarsi candidato alle elezioni consolari per il 48, rispettando così l'intervallo decennale dal suo precedente consolato del 59, senza aver deposto il comando militare, sì da evitare il rischio di essere sottoposto a processo politico, il che sarebbe certamente accaduto se fosse rientrato in Roma, per presentarsi candidato alle elezioni, nella veste di semplice cittadino». Similmente: V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., p. 203, nt. 1.

²⁵ «... sicché al Senato non rimane(va) altro mezzo di difesa se non quello che circa ottant'anni prima aveva aperto la serie delle discordie civili, cioè di passar sopra all'*intercessio* tribunizia – non già deponendo i tribuni, come aveva fatto Tiberio Gracco, ma espellendoli dalla seduta (dicembre 50)» (V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., p. 203).

²⁶ Nella storia romana tale tipo di suicidio risultava tendenzialmente punito. Infatti il famoso frammento di Marciano (D. 48, 21, 3, forse alterato nella versione contenuta nella compilazione giustiniana) fa capire come il suicidio per l'*imminens crimen* (soverchiante accusa) privava il reo della possibilità di lasciare i beni ai successibili. Ciò che era punibile, ricorda Marciano, citando Papiniano, non era il crimine (che è morto con la persona; *crimen extinguitur mortalitate*, nelle parole di Ulpiano), ma il *metus conscientiae* (non *taedium vitae sed mala conscientia*, come ricordava Nerazio; Dig. 3.2.11.3 *Ulpianus* 6 ad ed.), quindi la «coscienza sporca» (*reus velut confessus*). Con l'uccisione si è "ammesso" il reato e, quindi, *confessus pro iudicato habetur*, dando via libera al Fisco per la *publicatio* o *ademptio bonorum*. Presumibilmente questa disciplina risale agli anni impazziti di Tiberio ed era – fino all'introduzione della *distinctio causarum* – una presunzione *iuris et de iure*. Interventi successivi mitigarono la rigidità della norma e Marciano, al riguardo, ci ricorda il rescritto di Antonino Pio (138-161), il quale ammorbidì tale disciplina (cioè portò ad una restrizione della causa) ai soli casi in cui la condanna comportasse la pena capitale o la deportazione. Dubbi invece vi sono sull'introduzione della *distinctio*; è vero che Marciano chiama in causa Antonino (in questo caso Caracalla, 211-217), ma pare (anche con la pur discussa casistica del padre che si uccise in quanto accusato di aver ammazzato il figlio nel rescritto di Adriano) che la disciplina fosse antecedente (probabilmente, chissà, posttiberiana). Fatto sta che se il suicidio fosse provato essere figlio del *taedium vitae*, cioè insopportazione del dolore (*vel alio modo*), portava alla possibilità di succedere. In pratica esso doveva essere provato (come "rescrissero" Settimio Severo e Antonino Caracalla ad Arista) non di fronte al giudice penale (prefetto a Roma ovvero il proconsole nelle province), ma al giudice fiscale. Per una ricostruzione accurata del tema ed un'analisi approfondita delle tesi qui solo accennate, v. A. MANFREDINI, *Il Suicidio. Studi di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2008, *passim*.

²⁷ ... lo stesso anno dell'epilogo processuale (in contumacia) di Alcibiade.

fosse segno dell'ira divina, essi, come testimonia Tito Livio, sospesero le liti ed i processi, arrivando fino a togliere le catene ai prigionieri²⁸.

Chissà se coloro che aspettavano di processare soggetti protetti da immunità, sospensioni processuali, legittimi impedimenti o quant'altro hanno, alla fine, detto anche loro – una volta caduti tali sbarramenti processuali – la frase che proferì Tacito allorché Domiziano, un imperatore romano di minore rilevanza, morì, lasciando posto a Nerva: «*Nunc demum redit animus*».

3. *Il legittimo impedimento negli anni duemila. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nel passaggio dal circolo vizioso al circolo virtuoso. Premesse per l'analisi della sentenza 168/2013.*

Ma arriviamo ad oggi. Cosa resta del passato? Come si è rilevato sopra il tema del legittimo impedimento è piuttosto delicato e rimarrebbe affatto incompreso se non fosse inserito nel più ampio ambito dei rapporti fra politica (*rectius*: organi politici) e magistratura²⁹. Negli ultimi anni tale relazione è parsa assumere, metaforicamente, le vesti di una lunga “partita a scacchi” i cui effetti rischiavano a volte, per assurdo, di portare allo stallo l'intero sistema processuale³⁰. A ben guardare, difatti, a partire dalla fine degli anni novanta³¹ si è avuta quasi l'apertura di una sorte di vaso di Pandora, alimentando il continuo ricorso a conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato di fronte alla Corte costituzionale³². Si pensi, a solo titolo d'esempio, in tema di insindacabilità, alla

²⁸ Cfr. TITO LIVIO, *Storie*, V, 13, 6-8.

²⁹ Su tali rapporti si possono vedere le attente riflessioni di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 57 e, per un prezioso riferimento al “corto circuito” che ha toccato le loro relazioni, M.A. CABIDDU, *La “Committimus” del Cavaliere: a proposito dell'eterno conflitto politica/magistratura*, in *Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 255 ss.

³⁰ In questo senso sono emblematicamente note le critiche ventilate al ddl sul c.d. “processo breve” ed al ddl sul c.d. “processo lungo” che impegnarono il Parlamento nella XVI legislatura (v., in tema, per una ricostruzione di tale ddl, C. FERRAJOLI, *La giustizia italiana tra “processo breve” e “processo lungo”*, in *Rivista Aic*, 2011, n. 4). A proposito di “processo lungo” fa oggi sorridere la previsione contenuta nelle XII Tavole dell'antica Roma che prevedeva tempi stringenti, quali il calar del sole, come termine finale della discussione/processo (cfr. Tab. I); certo in esse vi era già il riconoscimento di una sorta di legittimo impedimento, essendo scritto, alla Tabula II, «*Se vi è una malattia grave ... o è stato fissato un termine con uno straniero ... qualora uno di questi impedimenti vi sia per il giudice, l'arbitro o le parti, detto termine venga differito*».

³¹ Effettivamente l'*annus mirabilis* pare essere precisamente, *in species*, il 1998 (così nella ricostruzione di A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 265). Sulle problematiche inerenti ai conflitti di attribuzione nel periodo 2000-2002 ed, *in species*, a quelli tra organi politici e magistratura v. le interessanti riflessioni di A. SPADARO, *I conflitti tra il Governo e gli altri poteri dello Stato: la storia di un'irresistibile tendenza a sfuggire i controlli*, in *Giur. it.*, 2004, n. 1, p. 211 ss.

³² Non sempre però l'uso del conflitto di attribuzioni rappresenta la via corretta di risoluzione dei conflitti (sull'uso fisiologico del conflitto di attribuzioni per «garantire l'ordine nel nostro condominio pubblico» v. M. AINIS, *Conflitto di attribuzione? Non è uno scandalo*, in *Corriere della sera*, p. 50). È emblematico al riguardo il conflitto di attribuzioni sul c.d. “caso Ruby” (v. Corte cost., sent. 87/2012). In effetti l'interpretazione particolare data dalla Camera dei deputati (cfr. *Atti parlamentari*, Camera dei deputati,

lunga scia di pronunce del giudice delle leggi dalla “giurisprudenza Sgarbi” in poi³³ che possiamo porre quale (arbitrario) punto di partenza temporale per l’analisi qui effettuata³⁴. Perciù é evidente al riguardo che il conflitto di attribuzioni, come strumento processuale, sia stato a volte il “termometro” del “clima” politico-istituzionale e, quindi, della situazione sostanziale esistente.

Ma perché tutta questa ipertrofia di conflitti e quali le conseguenze nel caso del legittimo impedimento? Le spiegazioni possibili sono varie e certo non approfondibili completamente in questa sede. In parte un ruolo importante è dovuto alla fisionomia propria dello Stato costituzionale, caratterizzata dalla “condivisione” dei poteri, dalle inevitabili “zone grigie” ed i consequenziali

XVI legislatura, *Domanda di autorizzazione ad eseguire perquisizioni domiciliari*, Doc. IV, n. 13-bis/A, relazione della Giunta per le autorizzazioni a procedere, rel. Leone, 14 gennaio 2011, p. 5) alla sentenza 241/2009 della Corte costituzionale, sul c.d. “caso Matteoli”, non aveva trovato conforto già prima dell’esito del processo costituzionale, sia nella giurisprudenza di legittimità (cfr. Corte di cassazione, VI sez. pen., 10130/2011, sul c.d. “caso Mastella”) che nella letteratura giuridica (cfr. A. PACE, *La Camera dei deputati può, attualmente, sollevare un conflitto tra poteri contro il P.m. e il Tribunale di Milano per il c.d. caso Ruby?*, *Rivista Aic*, 2011, n. 1; ID., *Il conflitto inesistente*, in *La Repubblica*, 4 marzo 2011, p. 1). Infatti se è vero che l’affermazione della Corte secondo cui «All’organo parlamentare ... non può essere sottratta una propria, autonoma valutazione sulla natura ministeriale o non ministeriale dei reati ...» (Corte cost., sent. 241 cit., p. 4.4 *cons. in dir.*; esplicitato poi meglio nella sent. 87/2012, p. 5.3 *cons. in dir.*) si prestava ad ambigue interpretazioni (soprattutto se isolata dal resto della sentenza), è altresì evidente – come ha ricordato la Cassazione nel c.d. “caso Mastella” – che tale affermazione «... non può essere intesa ... nel senso di negare all’autorità giudiziaria procedente la potestà esclusiva di qualificare la natura del reato ovvero di attribuirgli, sullo stesso piano, al Parlamento» (cfr. Corte di cassazione, sent. 10130 cit., p. 6.4). In tale ipotesi si deve invece percorrere, *ex art. 21 ss. c.p.p.*, la via del conflitto di competenza. In conseguenza di ciò, ove la competenza venisse riconosciuta essere del Tribunale dei ministri, il diniego da parte della Camera di appartenenza all’autorizzazione a procedere (es. per interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un interesse pubblico preminente, *ex art. 9, c. 3, l. cost. 1/1989*) porterebbe all’assenza di una condizione di procedibilità.

Non va peraltro sottaciuto come alla presentazione del conflitto di attribuzioni sul c.d. “caso Ruby” si fosse ventilato l’accostamento di un emendamento (c.d. «blocca-Ruby») all’allora ddl sul c.d. “processo lungo”. Tale emendamento prevedeva la sospensione del processo non appena il conflitto fosse stato depositato alla Corte costituzionale (e, quindi, senza nemmeno attendere la pronuncia di ammissibilità); cfr. in tema la ricostruzione giornalistica di D. STASIO, «*Blocca-Ruby*» a effetto immediato, in *Il Sole 24 ore*, 16 aprile 2011.

³³ Cfr., relativamente alla c.d. “giurisprudenza Sgarbi” le sentt. 10 e 11/2000 della Corte costituzionale, in *Giur. cost.* 2000, annotate da A. PACE, *L’art. 68 comma 1 e la “svolta” interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000*, *ivi*, p. 85 ss. e, per un taglio di carattere generale, A. SAIITA, *Conflitto di attribuzioni, poteri dello Stato, garanzia dell’insindacabilità e tutela costituzionale del singolo parlamentare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, n. 2, p. 305 ss.

Sul fatto che il duemila sia una sorte di spartiacque lo dimostra il numero di conflitti di attribuzione fra i poteri registratisi nei decenni: 0 nel 1961, 2 nel 1981 (129 e 150) e 12 nel 2000 (sull’importanza di tale *escalation* v. M. AINIS, *Conflitto di attribuzione? Non è uno scandalo*, *cit.*). Ed in effetti, già nei primi anni di funzionamento della Corte, e quindi in tempi non sospetti, l’allora Presidente Azzariti rilevava come i conflitti fra i poteri dello Stato «riflettono rapporti nei quali profili politici di solito si intrecciano con quelli giuridici e le decisioni della Corte non potrebbero non tenere conto degli uni e degli altri, sebbene, naturalmente, sia la parte giuridica che deve costituire la base dei giudizi della Corte» (cfr. G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell’ordinamento dello Stato italiano*, in *Studi sulla Costituzione*, a cura del Comitato nazionale per la celebrazione del I decennale della promulgazione della Costituzione, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 457).

conflitti (da menomazione, interferenza ...). Specificamente, a differenza del periodo storico antico, sono oggi maggiormente affinati, alla luce delle caratteristiche proprie del *Verfassungsstaat* (divisione dei poteri, creazione di un garante *ad hoc* del testo costituzionale), i protagonisti istituzionali delle contrapposizioni³⁵ (soggetti del conflitto, titolari di posizioni costituzionalmente rilevanti³⁶), le zone di “condivisione” del potere, la presenza di valori (costituzionali) di pari rango, meritevoli di bilanciamento, oltre alla razionalizzazione dei meccanismi di risoluzione dei conflitti stessi. In parte – come si è capito – tale inflazione è stata dovuta anche al contingente clima politico che, nella radicalizzazione dello scontro, ne ha alimentato gli aspetti più patologici.

³⁴ A conti fatti un continuo, quasi pedantesco, ricorso ai giudici di Palazzo della Consulta, divenuta protagonista involontaria – in quanto “giudice naturale” – di scontri ricchi di implicazioni politiche: “caso Previti” (sent. 225/2001), “Lodo Schifani” (sent. 24/2004), “Legge ex-Cirielli” (v., recentemente, sent. 251/2012), “Legge Pecorella” (sentt. 26/2007 e 85/2008), “Lodo Alfano” (sent. 262/2009), “legittimo impedimento” (sent. 23/2011), fino al ventilarsi della possibilità del giudizio incidentale sulla c.d. “legge Severino” (l. 190/2012 e d. lgs. 235/2012) relativamente all’ipotesi della decadenza del sen. Berlusconi. In quest’ultimo caso la discussione è stata particolarmente sostenuta in dottrina per tutto l’agosto del 2013, subito dopo la sentenza della Corte di cassazione sul caso Mediaset (si v. la lunga *querelle* emersa nel dibattito costituzionalistico sulla retroattività o meno della legge stessa a partire da due articoli: *Armaroli: legge inapplicabile perché il reato è anteriore*; *Capotosti: ma a contare è la data della sentenza*, in *Corriere della sera*, 5 agosto, 2013, p. 6). Ma sul tema v. da ultimo la “semplice” pronuncia di ammissibilità della Corte Edu sul “parallelo” “caso Miniscalco” e l’inammissibilità della richiesta di sospensione delle pene accessorie dell’ex Presidente Berlusconi, al fine di permettergli di partecipare alle elezioni europee del 25 maggio 2014, emanata dallo stesso giudice a metà aprile 2014.

³⁵ ... tanto che non esiste un *numerus clausus* dei poteri.

³⁶ I casi di legittimo impedimento sono così venuti in auge nella cronaca nostrana. Nel luglio 2012 il consigliere regionale lombardo Nicole Minetti rivendicava la necessità di partecipare ad una contemporanea seduta del Consiglio regionale relativa alla discussione sul bilancio regionale quale legittimo impedimento per non partecipare all’udienza presso il Tribunale di Milano. Diverse furono invece le ipotesi riguardanti l’ex Presidente del Consiglio, Berlusconi. In primo luogo, il 16 luglio 2012, egli oppose il legittimo impedimento alla richiesta di presentarsi come testimone presso i giudici di Palermo relativamente ai rapporti Stato-mafia. Inoltre si possono ricordare il diniego del legittimo impedimento oppostogli dalla Procura partenopea nel c.d. *caso De Gregorio*, relativamente ad un incontro per un interrogatorio da tenersi presso una caserma della Guardia di finanza di Roma (cfr. S. DI MEO, *Caso De Gregorio, no all’impedimento di Silvio Berlusconi*, in *Il Sole 24 ore*, 6 marzo 2013, p. 17) e la visita fiscale inviata allo stesso ex Presidente, ricoverato presso una struttura ospedaliera, nel corso del processo per i diritti televisivi Mediaset (v. *infra* nt. 91); nonché il c.d. “caso Mills”, ove – già il 27 novembre 2006 – per problemi di salute fu necessario il rinvio di quattro giorni dell’udienza. In tale situazione, l’on. Berlusconi, benché ancora impedito, acconsentì a che l’udienza si celebrasse anche in sua assenza (cfr., per tale ultima ipotesi, *Memoria ai sensi dell’art. 10, c. 1 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte*, a firma Niccolò Ghedini e Piero Longo, p. 3). Ma su tutti emblematico è stato il c.d. “caso Brancher” ove l’allora ministro per l’attuazione del federalismo, Aldo Brancher, rinunciò al legittimo impedimento per essere presente all’udienza del processo Bpi-Antonveneta del 5 luglio 2010. Il rinvio chiesto in un primo tempo dall’ex ministro era stato “postillato” da una nota del Quirinale (25 giugno 2010), la quale rilevava che, essendo stata la ragione rivendicata riguardante la «organizzazione del ministero», ed essendo il ministro senza portafoglio, sembrava un “controsenso” addurre in questo caso una tale ipotesi di legittimo impedimento (cfr., per una ricostruzione di carattere giornalistico, P. CACACE, *Brancher, lo stop di Napolitano: non c’è legittimo impedimento*, in *Il Mattino*, 26 giugno 2010, p. 2).

In particolare, relativamente al legittimo impedimento, si è realizzato un vero e proprio circolo vizioso. In primo luogo il coinvolgimento del legislatore nel cercare la ragionevolezza della soluzione nella generalità e astrattezza delle disposizioni normative (l. 51/2010³⁷). Conseguenzialmente, il giudizio incidentale chiamava in causa il giudice costituzionale per verificare la costituzionalità della scelta operata dal legislatore (sent. 23/2011), visti i “dubbi” sollevati dai giudici *a quibus*³⁸. E, come detto, la Corte costituzionale è stata interpellata non solo relativamente alla legittimità della legge nel giudizio incidentale, ma anche nei conflitti di attribuzione fra i poteri³⁹ (antecedenti o

³⁷ Com'è noto la legge 51/2010 aveva definito, genericamente, il legittimo impedimento a comparire nelle udienze dei procedimenti penali come il «concomitante esercizio di una o più delle attribuzioni previste dalle leggi o dai regolamenti ...» oltre alle «... relative attività preparatorie e consequenziali, nonché di ogni altra attività comunque coesistente alle funzioni di Governo» per il Presidente del Consiglio (art. 1, c. 1, l. *de qua*) e come «esercizio delle attività previste dalle leggi e dai regolamenti che ne disciplinano le attribuzioni, nonché di ogni attività comunque coesistente alle funzioni di Governo» per i ministri (art. 1, c. 1, l. *de qua*). L'errore del legislatore, puntualmente considerato illegittimo dalla Corte, era stato quello di prevedere, all'art. 1, c. 4, l'attestazione dell'impedimento in via unilaterale (cfr. in tema i rilievi critici di P. FARAGUNA, *Legge n. 51/2010: legittimo impedimento ministeriale o «immunità in senso lato»?*, in *Studium iuris*, 2010, n. 12, p. 1251 s.; in tal senso v. anche: A. PACE, *L'illegittimo impedimento*, in *La Repubblica*, 9 aprile 2010, p. 1; sul fatto che il rinvio operato dalla l. 51/2010 fosse fatto «*ad pompam*», in quanto il successivo c. 4 dell'art. 1 disdiceva quanto affermato al c. 1 del medesimo articolo v. G. MARINUCCI, *Impedimento a comparire in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri: davvero 'legittimo'?*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1). Così se la Presidenza del Consiglio dichiarava che il legittimo impedimento era «continuativo e correlato allo svolgimento delle funzioni di cui alla (presente) legge», il giudice doveva rinviare il processo ad udienza successiva al periodo indicato, non superiore però a sei mesi (cc. 3 e 4); per l'intera durata del rinvio la prescrizione rimaneva sospesa. Su esso, com'è stato detto, l'interpretazione della Corte nella sent. 23/2011 ebbe modo di spiegarsi, riportando lo sbilanciamento ad “equità” e riconoscendo così il ruolo del giudice nel vagliare in concreto l'esistenza o meno di tale impedimento alla luce dell'art. 420-ter, c. 1, del codice di rito. Infatti la previsione contenuta nella l. 51/2010 era fin da subito parsa una presunzione assoluta di legittimo impedimento, in violazione del giudicato costituzionale, espresso *inter alia* nella sent. 262/2009. Ed in effetti – a ben pensare – il giudice non poteva e non può essere vincolato ad un'attestazione unilaterale della segreteria di Palazzo Chigi, ma solo, *ex art. 101, c. 2, Cost.*, alla legge (... finché, naturalmente, essa sia legittima).

In secondo luogo si registrava il fatto che la l. 51/2010 si autoqualificasse quale disciplina provvisoria (per diciotto mesi) in attesa di una legge costituzionale *in subiecta materia*. Quindi, vi era implicitamente o tacitamente l'ammissione che ci si stava muovendo su un terreno “riservato” alla legge costituzionale ovvero che incideva su valori costituzionali (sul punto A. PUGIOTTO, *Inutile o incostituzionale (Sul destino della legge n. 51 del 2010)*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 566, ragionava di *excusatio non petita, accusatio manifesta*).

³⁸ Si v., al riguardo, le ord. di rimessione del Tribunale di Milano 173, 180 e 340 del 2010.

³⁹ È logico che per essere ammissibile il conflitto non deve risolversi in un mezzo improprio di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale (così una risalente giurisprudenza: Corte cost., decr. 27/1999, 359/1999), non essendo la Corte costituzionale un giudice d'appello. Effettivamente, essa non si occupa degli *errores in procedendo*, lasciati ai normali mezzi di gravame (cfr. Corte cost., sent. 225/2001, p. 2 *cons. in dir.*), ma del “cattivo uso” del potere che tocca la lesione delle attribuzioni costituzionali di un altro potere (sul tema v. *infra* § 5 sulla sent. 168/2013). Si tratta così di quella specie di conflitti caratterizzata dalla «residualità», cioè l'unica *chance* data al potere di difendere le proprie attribuzioni (cfr. in tema, relativamente, all'*affaire* Previti: N. ZANON, *Il “caso Previti”: conflitto tra i poteri dello Stato o questione “privata”?*; F. RIGANO, *Tre domande*; entrambi in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO

successivi alla legge 51/2010)⁴⁰. Quindi, in ultima analisi, tutte le “porte” di accesso a Palazzo della Consulta sono state interessate: sia nella generalità astrattezza della disposizione normativa/norma, sia nei concreti-individuali comportamenti dei magistrati rispetto al legittimo impedimento, invocato dai parlamentari, dai ministri o, nel caso su cui ci si fermerà *infra*, dal Presidente del Consiglio *pro tempore*⁴¹.

Nel suo lavoro “pontificale”, per passare dal circolo vizioso a quello virtuoso, la Corte ha così dovuto fare da “ponte” fra legislatore e giudice del caso concreto, cioè fra astrattezza-generalità del dettato positivo e concretezza-individualità del caso sottoposto al giudice di merito⁴². Di conseguenza essa ha avuto modo di creare un “*humus* giurisprudenziale”, costruendo, sentenza dopo sentenza, la matrice di un vero e proprio ragionamento giuridico per gli organi istituzionali chiamati al “seguito”, una volta incanalati nel circolo virtuoso⁴³. Ed

– P. VERONESI (a cura di), *Il «caso Previti». Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Torino, Giappichelli, 2000, rispettivamente pp. 1 e ss. e 183 s.; G. BRUNELLI, *La sentenza Previti: una decisione “ritagliata” sul caso*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1; ma ampiamente sul tema della legittimazione in tale caso: M.A. CABIDDU, «*Ceci n'est pas l'arrêt Previti*», o del surrealismo costituzionale, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2005 ss.). Ed in effetti proprio il ricorso individuale di Cesare Previti era stato dichiarato inammissibile per carenza di residualità e dei necessari requisiti soggettivi ed oggettivi (ex art. 37, cc. 3 e 4, l. 87/1953) con ord. 101/2000 (cfr. in tema i rilievi di G. BRUNELLI, «*Caso Previti*»: ultimo atto (del conflitto), in *Giur. Cost.*, 2001, p. 2015 ss.). Ammissibile è stato invece il ricorso della Camera di appartenenza (cfr. Corte cost., ord. 102/2000). In tale secondo caso, cioè relativamente alla Camera di appartenenza, il requisito soggettivo (organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene) e quello oggettivo (lesione della sfera di attribuzione costituzionalmente garantita) sono stati ritenuti sussistenti. Infatti, spiegava il giudice costituzionale, la legittimazione spetta solo agli organi dei poteri confliggenti e subisce un'unica deroga (e non era questo il caso) quando l'esito di tale giudizio possa definitivamente pregiudicare le posizioni di un soggetto ad esso estraneo (sent. 342/2004); v. in tema, altresì, Corte cost., sent. 451/2005, p. 4 *cons. in dir.*

⁴⁰ V. *retro* nt. 4. Ed in effetti parte della dottrina sosteneva come dopo la sent. 23/2011 la storia non fosse chiusa. Specificamente veniva sottolineato come vi sarebbe stato l'insorgere di nuovi conflitti di attribuzione fra governo e autorità giudiziaria di fronte al mancato riconoscimento del legittimo impedimento (v. T. GIUPPONI, *L'illegittimo impedimento e la tutela della funzione di governo, tra vecchi e nuovi conflitti*, in www.forumcostituzionale.it, p. 2).

⁴¹ Non era all'epoca escluso peraltro il fatto che la stessa Corte costituzionale avesse potuto operare come giudice *a quo* ove la l. 51/2010 fosse stata (prima naturalmente del sollevamento che ha portato alla sent. 23/2011) alla base di un conflitto d'attribuzione fra i poteri (cfr., in tema, già le riflessioni di A. PUGIOTTO, *Inutile o incostituzionale ...*, cit., p. 566). Con ciò si dimostra il legame – anche processuale – esistente fra caso concreto e fattispecie astratta nel tracciare il circolo virtuoso da parte del giudice costituzionale.

⁴² ... a dimostrazione che si è dubitato della ragionevolezza delle scelte tanto nella generalità ed astrattezza delle disposizioni normative, quanto dei comportamenti individuali e concreti assunti da imputati (parlamentari o governativi) e/o magistrati. Com'è stato opportunamente sottolineato infatti la discrezionalità del giudice è delimitata dalla ragionevolezza e dal consolidarsi degli indirizzi giurisprudenziali (cfr. Corte cost. sent. 178/1991) e, in specie, del principio di leale collaborazione espresso nella giurisprudenza costituzionale, sul quale, nell'ormai ricca giurisprudenza costituzionale, v. *retro* nt. 4.

⁴³ Per una tale visione della giurisprudenza v. volendo: F. RINALDI, *La rima obbligata alla giurisprudenza costituzionale e le sue possibili conseguenze processuali. Uno breve spunto riflessivo dalla sent. 110/2012 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it. Naturalmente il termine “seguito” è qui peculiare, in quanto, com'è stato opportunamente sottolineato dalla Corte nella sent. 451/2005, non si

infatti mentre di norma il legislatore può ben contraddirsi⁴⁴, dimostrandosi amletico, se non “sclerotizzato” nel suo atteggiamento simonpietrista⁴⁵, il giudice delle leggi è tendenzialmente coerente, mantenendosi fedele alla giurisprudenza creata. In questo caso – come sottolineato – si tratta di tutta quella serie di pronunce avutesi a partire dal “caso Previti”⁴⁶.

Quindi, vista la coerenza dimostrata (anche) in tema di legittimo impedimento, è fondamentale la giurisprudenza costituzionale o meglio la lettura giurisprudenziale del diritto positivo e, precipuamente, nel nostro caso, dell’art. 420-ter c.p.p., specie dopo che la funzione “nomofilattica” costituzionale della Corte ha ricondotto – con l’ablazione chirurgica del 2011 (a cui vanno aggiunti altresì gli esiti del referendum dello stesso anno) – anche la fattispecie giuridica delle cc.dd. «alte cariche», ex art. 3 Cost., entro tali confini⁴⁷.

tratta per il “giudizio *a quo*” di un ‘giudizio di ottemperanza’ del giudicato costituzionale, considerate le differenze soggettive ed oggettive fra processo costituzionale e processo penale. Sul punto v. anche *infra* nt. 61.

⁴⁴ Cfr. al riguardo le condivisibili riflessioni di L. PEGORARO, *Classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale e nomen della materia di studio*, in E. FERRER MAC-GREGOR, *Diritto processuale costituzionale. L’origine scientifica (1928-1956)*, Bologna, Bononia University Press, 2010, p. 11, il quale sottolinea opportunamente come «... a chi fa le leggi a volte capita ... di scordarsi del passato, a chi le studia ciò non è permesso». Ma sul punto v. similmente anche le riflessioni di G. AZZARITI, *La derivazione “regionale” di una quota di giudici della Corte costituzionale: corsi e ricorsi storici*, in www.costituzionalismo.it. Certo non si vuole così negare che a volte la stessa dottrina possa pervenire a ricostruzioni differenti in temi delicati come lo è stato per il legittimo impedimento (allora l. 51/2010); si v. al riguardo i diversi punti di vista espressi da Mario Bertolissi e Niccolò Zanon nell’intervista contenuta in C. ZUCCONI MORGANI, *L’impedimento? «Così è legittimo» «No: è retroattivo»*, in *Il Giornale di Vicenza*, 8 giugno 2011, p. 6. Ed ancor recentemente, come si è ricordato, in tema di potere di decisione della Giunta per le autorizzazioni ed applicabilità temporale della “legge Severino”, la discussione dottrinale è rimasta per lungo tempo aperta (v. *retro* nt. 34).

⁴⁵ È noto che a tale “amnesia” dà risposta – in caso di fonti di pari grado – il principio di efficacia delle disposizioni normative nel tempo ove, in virtù dell’abrogazione tacita, la disposizione/norma più recente prende il posto di quella più vecchia, segnandone l’abrogazione.

⁴⁶ E si sa che il giudice delle leggi può anch’esso invero “contraddirsi”, portando ad un *revirement* della sua stessa giurisprudenza, ma solo seguendo i canoni dell’argomentazione che portano, secondo razionalità e non emotività, alla confutazione del vecchio paradigma interpretativo (per un riferimento alla razionalità come base delle decisioni del giudice di Palazzo della Consulta in contrapposizione al legislatore che sfugge spesso da tali canoni e da tale logica, v. A. PUGIOTTO, *L’altra faccia dell’eguaglianza (e dell’amore)*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 276 ss.).

⁴⁷ L’incoerenza del legislatore non era solo rispetto ai principi, spesso fondamentali, della Costituzione, ma invero anche alla stessa legislazione. Si pensi al rapporto di incoerenza fra la l. 51/2010 e l’art. 420-ter c.p.p., sottolineato dalla Corte nella sent. 23/2011. Essa aveva, infatti, rilevato, richiamando la “sentenza Previti”, come la posizione dell’imputato (parlamentare) «non è assistita da speciali garanzie costituzionali» e nei suoi confronti trovano piena applicazione «le generali regole del processo» (v. sent. 23/2011 p. 4.1 *cons. in dir.*; sent. 225/2001, pp. 3 e 5 *cons. in dir.*). Così ora anche per le cc.dd. “alte cariche”, il «termine di riferimento» è l’art. 420-ter c.p.p. (sent. 23/2011, p. 4.2 *cons. in dir.*). La riconduzione anche per le «alte cariche» all’eguale sottoposizione (di tutti i cittadini) alla legge ed alla giurisdizione (Corte cost., sent. 24/2004) voleva in effetti evitare l’introduzione di «regole speciali, derogatorie del diritto comune» (cfr. M.L. BALZAROTTI, *Impedimento a comparire (diritto processuale penale)*, voce, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2008, p. 466). Si può in tal senso rilevare l’aggancio che il giudice costituzionale ha posto al diritto processuale comune, quale *fil rouge* che unisce le varie

Sommariamente, grazie alla giurisprudenza della Consulta, si è così evitato che quel che dovrebbe essere il bilanciamento fra due valori costituzionali si traducesse in privilegio dell'uno o dell'altro dei poteri. Ed in effetti – in assenza o in violazione della giurisprudenza costituzionale – tale oscillazione si è “empiricamente” verificata: da una parte il giudice di merito ha dato a volte troppo peso alle esigenze processuali a scapito dei paralleli impegni parlamentari (ipotesi censurata dalla Corte nei conflitti⁴⁸); dall'altra il legislatore ha dato troppo peso, mediante un «meccanismo automatico e generale»⁴⁹, cioè una presunzione *iuris et de iure*, agli impegni istituzionali (ipotesi censurata dalla Corte nel giudizio incidentale). Di conseguenza, entrambe le ipotesi hanno dimostrato come la bilancia della ragionevolezza non può essere viziata da apriorismi, realizzato il pari grado dei valori costituzionali in gioco⁵⁰. E, come dimostrato, nonostante la provenienza da “canali” processuali diversi le risposte della Corte si sono mosse in una linea di sostanziale coerenza con questo assunto⁵¹.

Questo per il diritto. Ma arriviamo ora al fatto. Alla base del conflitto di attribuzioni sollevato dal Presidente del Consiglio, e culminato nella sent. 168/2013, contro l'ordinanza del giudice di Milano, vi era come “protagonista” non il parlamentare, soggetto prevalente delle precedenti decisioni della Corte, ma il Presidente del Consiglio che non si era visto riconosciuto il legittimo impedimento in udienza. Specificamente il giudice milanese aveva ritenuto che un impedimento per un'udienza già concordata non potesse prescindere quantomeno dalla specifica *inderogabile necessità* della sovrapposizione dei due impegni. In particolar modo il 24 febbraio 2010 era stata fissata una riunione del Consiglio dei ministri per il 1° marzo coincidente con l'udienza già concordata.

Se l'ipotesi valutata dal giudice del caso concreto fosse stata corrispondente a quelle scrutinate dalla Corte nella sua giurisprudenza pregressa il problema sarebbe stato di “automatica” soluzione con una mera applicazione sillogistica, in sostanziale coerenza, del modello giurisprudenziale tracciato dalla Corte⁵².

pronunce in tema, in quella che giustamente un'attenta dottrina ha definito fin da subito «... preoccupazione della Corte di non stabilire – nell'ipotesi di imputato parlamentare – eccezioni alla regola ...» (cfr. G. BRUNELLI, *La sentenza Previti: una decisione “ritagliata” sul caso*, in www.forumcostituzionale.it). Ma sul punto v. *infra* nt. 67.

⁴⁸ V. *infra* § 4 sul “caso Previti”, ma similmente il “caso Matarca”.

⁴⁹ Cfr. Corte costituzionale, sent. 262/2009, p. 7.3.2.1 *cons. in dir.*; ma invero contro ogni meccanismo «automatico e generale» v. sentt. 225/2001; 39 e 391 del 2004; 451/2005.

⁵⁰ Da ciò emerge, quindi, trasversalmente nell'analisi storico-costituzionale qui effettuata (v. anche *retro* §§ 1 e 2), il pericolo della forzatura delle regole costituzionali.

⁵¹ Sul punto v. senz'altro *infra* § 4.

⁵² Sul tema v. U. DE SIERVO, *Ma le proteste non hanno fondamento*, in *La Stampa*, 20 giugno 2013, p. 1 e 31. In dottrina si era peraltro sottolineata la peculiarità della risposta data dalla Corte sull'*affaire Previti* (cfr. G. BRUNELLI, *Prefazione*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Il «caso Previti»*, cit. p. IX s.), impedendo di «formulare previsioni sulla possibile soluzione di analoghe controversie» che in futuro sarebbero approdate al giudice costituzionale (cfr. G. BRUNELLI, *La sentenza «Previti»: una decisione ritagliata sul caso*, in *Il «caso Previti»*, cit., p. 10 s.; nonché ID., «*Caso Previti*»:

Invece la diversità di posizione costituzionale fra il “comune” parlamentare e il Presidente del Consiglio rendeva impraticabile *a priori* un tale automatismo e, quindi, necessaria una serie di ulteriori precisazioni e distinguo che la Corte è stata chiamata a dare, dopo aver necessariamente richiamato la “sentenza Previti” e le altre sentenze in tema di legittimo impedimento⁵³.

Dando ordine all’analisi. In questo studio partiremo dalla ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di legittimo impedimento alla luce della “storia costituzionale” di tale istituto negli ultimi tredici anni, che funge sicuramente, come detto, da “via maestra” al caso qui analizzato⁵⁴. Dopodiché, appurato il fatto che essa è stata tarata specificamente sul parlamentare, vedremo fino a che punto il *reasoning* della Corte possa applicarsi “analogicamente” al Presidente del Consiglio, stante la specificità delle sue attribuzioni. Infine si cercherà di trarre un quadro di sintesi dell’istituto, alla luce della giurisprudenza costituzionale che cerchi di “positivizzare” almeno i casi più evidenti in cui presumibilmente pare esservi legittimo impedimento.

Effettivamente – ponendo in via anticipata la nostra teoria – affinché l’impegno istituzionale sia opponibile e, quindi, condivisibile dal giudice, portando al rinvio dell’udienza, occorre evidentemente dimostrarne l’*infungibilità*⁵⁵. Quindi, in sostanza, che esso si riveli essenziale e improcrastinabile (anche solo a breve termine) ovvero che sia, nelle concrete circostanze di fatto, *inesigibile* imporre la presenza dell’imputato al processo per quell’udienza. Di conseguenza, in tali ipotesi, il giudice che rifiutasse il legittimo impedimento terrebbe un comportamento che si qualificherebbe in violazione del principio di buona fede e di leale collaborazione fra gli organi istituzionali, permettendo (visto il «cattivo uso del potere») il ricorso al conflitto di attribuzione di fronte alla Corte. Dall’altra parte, soprattutto, il criterio base deve essere quello della *buona fede soggettiva* nella pianificazione dell’impegno istituzionale che impone un primo vaglio già, nel nostro caso, allo stesso Presidente del Consiglio nel fissarlo, ancor prima del rilevante (e necessario, alla luce della sent. 23/2011) controllo del giudice di merito⁵⁶.

ultimo atto (del conflitto), cit., p. 2012) e, di conseguenza, i dubbi sull’efficacia del giudicato costituzionale (cfr. M.A. CABIDDU, «Ceci n’est pas l’arrêt Previti», o del surrealismo costituzionale, cit., p. 2009).

⁵³ V. *infra* §5.

⁵⁴ V. *infra* §4.

⁵⁵ Ed invero è proprio grazie ad un giusto rigore nella valutazione giudiziale dell’esistenza e dell’attualità del legittimo impedimento, gravando l’*onus probandi* sul soggetto che lo invoca, che si vogliono evitare pratiche distorte o artatamente dilatorie della parte stessa, solo in parte “parabili” con il blocco della prescrizione del reato; v., in tema, Cass. SS.UU., 28 novembre 2007, in *Riv. pen.*, 2007, p. 547.

⁵⁶ Ma sul punto v. senz’altro *infra* § 5.

4. Il “caso Previti” come pietra miliare della giurisprudenza costituzionale sul legittimo impedimento per le cariche politiche.

Come accennato la decisione che la Corte costituzionale ha dato nella sent. 168/2013 si legava ad un complesso, quanto definito, quadro giurisprudenziale che fungeva da base strutturante⁵⁷, tanto per la valutazione individuale e concreta dei giudici nei singoli contesti, quanto per il legislatore (futuro) che fosse desideroso di (ri)regolamentare la materia nella generalità ed astrattezza. Un intervento, quello del legislatore, va subito sottolineato, non necessario⁵⁸, visto che in questa ipotesi non vi era e non vi è il pericolo di un *horror vacui*.

⁵⁷ Sulla funzione strutturante che assume la giurisprudenza, capace di legarsi come *norma* alla *disposizione normativa* e vincolando così (per quel che riguarda le sentenze della Corte) il legislatore ed il giudice, v. F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 329 ss.

⁵⁸ Pare infatti improbabile, ed oggi ipotesi sostanzialmente desueta, l'idea di una legislazione *ex novo* in tema di sospensione processuale (nonostante fosse circolata per un po' di tempo l'idea di un nuovo “lodo Alfano”), in forma – necessariamente – costituzionale. I dubbi di costituzionalità sul c.d. “lodo Alfano” costituzionale risalgono alla sent. 262/2009 che, pur annullando la legge 124/2008, non aveva effettivamente chiarito se una legge costituzionale bastasse *in subiecta materia*, vista l'incisione dei principi supremi che tale normativa comporta(va) (sulla necessità, e non già anche la sufficienza, di una legge costituzionale per creare delle prerogative ai titolari di cariche pubbliche, cfr. Corte cost. sentt. 24/2004, 120/2004, 149/2007, 262/2009; sul tema in dottrina v. almeno: A. RUGGERI, *Il “lodo” Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale (a margine di Corte cost. n. 262 del 2009)*, in www.federalismi.it e ora in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, p. 395 ss. e bibliografia a nt. 9).

A guardarla dall'inizio questa storia sembra assomigliare nel percorso al gioco dell'oca dove ogni passo rimanda al successivo: per alcuni studiosi la sent. 24/2004 non aveva detto (cfr. la ricostruzione rinvenibile in G. NORI, *Dopo la sentenza sul legittimo impedimento: la ricerca di un punto di equilibrio*, in *Rass. Avv. St.*, 2011, n. 3, p. 253) se si potesse porre in essere la sospensione processuale per le “alte cariche” con lo strumento della legge ordinaria ovvero se fosse necessaria la forma costituzionale ed il legislatore aveva a suo modo interpretato la sentenza del 2004, ritenendo possibile normare la materia con legge ordinaria; la sent. 262/2009 non aveva infine detto se si potesse altresì regolamentarla con legge costituzionale, anche se la pregressa giurisprudenza in tema di diritti fondamentali sembrerebbe essere preclusiva.

Invero il ddl costituzionale sul nuovo “scudo”, circolato in un primo tempo nella vecchia legislatura (2008-2013), aveva trovato anche degli ostacoli di carattere soggettivo. Esso infatti aveva ridotto le cc.dd. “alte cariche” a due e la missiva del Presidente della Repubblica al Presidente della Commissione affari costituzionale del Senato Vizzini aveva costretto la maggioranza a rivedere altresì l'opportunità (o, viste le censure additate, la legittimità) di mantenere il Presidente della Repubblica, rischiando di rendere di conseguenza il ddl “*ad munus*”, se non, secondo alcune voci critiche, *ad personam*. In particolare era in discussione il ddl 2180/S («*Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato*»), d'iniziativa dei sen. Gasparri, Quagliariello, Bricolo e al., il quale prevedeva che sia il Presidente della Repubblica (al di fuori delle ipotesi *ex art. 90 Cost.*) che il Presidente del Consiglio (al di fuori dell'ipotesi *ex art. 96 Cost.*) potessero beneficiare della sospensione del processo in base rispettivamente al voto del Parlamento in seduta comune per il Presidente della Repubblica e della singola Camera per il Presidente del Consiglio (art. 1, cc. 1 e 2, ddl 2180/S).

Posizione più favorevole, alla luce delle modifiche, sarà espressa dal Presidente il giorno 30 ottobre 2010 dalla Cina, in cui era in visita. Nella lettera però il Presidente aveva affermato come la norma incidesse «sullo status complessivo del Capo dello Stato, riducendone l'indipendenza nell'esercizio delle funzioni». In particolare il Quirinale postillava il fatto che il Parlamento potesse «essere chiamato a pronunciarsi a maggioranza semplice sulla prosecuzione dei procedimenti penali» che lo riguardassero; per alcuni dubbi

Difatti, l'art. 420-ter, c.p.p. spiega pienamente i suoi effetti anche per le cc.dd. "alte cariche". Inoltre il ricco tappeto di precedenti steso dalla Corte costituzionale non lasciava senza appoggio la loro specifica situazione giuridica di legittimo impedimento⁵⁹ e ciò soprattutto relativamente alla valutazione di quell'*interesse apprezzabile*, evidenziatosi fin dalla sent. 24/2004⁶⁰.

Rilevante è, in particolar modo, la *ratio decidendi* espressa nella sent. 225/2001 (c.d. «caso Previti») e poi (ripresa) nelle sentt. 263/2003 (c.d. «caso Maticena»), 284/2004 (c.d. «caso Cito»)⁶¹ e 451/2005 (c.d. «caso Previti II»)⁶², sino alla sent. 23/2011⁶³, passando per le decisioni sui cc.dd. «Iodi» (sentt.

sulla fondatezza di tali preoccupazioni cfr. M.A. CALABRÒ, *I giuristi d'area: il Quirinale? C'era anche nel vecchio testo*, in *Corriere della sera*, 23 ottobre 2010, p. 5. Così, in via subordinata, si ripiegò sull'istituto del legittimo impedimento, séguito anch'esso dell'annullamento del "Iodo Alfano", come testimoniava la stessa relazione all'allora progetto di legge 3013 (Vietti). Per un efficace riepilogo delle vie percorse dal legislatore nel corso degli ultimi anni relativamente alle immunità penali extrafunzionali v. A. PACE, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia*, in *Rivista Aic*, 2011, n. 11, p. 9 ss. spec.

⁵⁹ Così la legge, originariamente pendente fra inutilità ed incostituzionalità (così in dottrina: A. PUGIOTTO, *Inutile o incostituzionale ...*, cit.; per una diversa ricostruzione v., invece, G. GUZZETTA, *Legittimo impedimento: un'interpretazione della l.n. 51/2010 conforme a Costituzione è possibile e non inutile*, in www.forumcostituzionale.it), pareva nei fatti aver dato prevalenza alla prima delle due opzioni, soprattutto dopo che l'aveva resa una sorte di "nudo scheletro" la pronuncia della Corte costituzionale del 2011. Ad essa, come rilevato, si aggiunse il coevo referendum abrogativo, quale pietra tombale che ridimensionava "formalmente" la specifica situazione giuridica processuale delle cc.dd. «alte cariche» ivi elencate (ma sul punto v. senz'altro *infra* nt. 68 e già *retro* nt. 1).

⁶⁰ Il termine "apprezzabile" è ricorrente in tema di "alte cariche dello Stato" (cfr. la terminologia adoperata nella sent. 24/2004 ed i rilievi di L. CARLASSARE, *La tutela del sereno svolgimento dell'attività delle alte cariche nello Stato di diritto*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il Iodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 66 s.); sul fatto che tale "interesse apprezzabile" non fosse di rango costituzionale v. D. NEGRI, *Presunzione di legittimo impedimento e ragionevole durata del processo*, ivi, p. 197 ss.

⁶¹ V. in merito la nota di P. VERONESI, *Il "caso Cito": La Corte, i conflitti e il giudicato*, in *Dir. giust.*, 2004, fasc. 32, p. 12 ss. Nel "caso Cito", specificamente, il conflitto toccava una sentenza oramai passata in giudicato. Aspetto quest'ultimo sicuramente possibile alla luce della sent. 285/1990 della Corte costituzionale. Ed in effetti la Corte, nonostante considerasse violato il principio di leale collaborazione relativamente al legittimo impedimento del parlamentare, non annullò (*tamquam non esset*) i provvedimenti giudiziari impugnati facendo cadere il giudicato. Al riguardo essa sostenne: «L'avvenuto esaurimento della vicenda processuale con la formazione del giudicato, impedisce che, nella specie, questa Corte possa dare alla propria pronuncia concernente uno specifico episodio interno al processo, un contenuto tale da riaprire quella vicenda, rimettendo in discussione rapporti e situazioni giuridiche (concernenti non solo l'imputato, ma anche la parte civile) consolidatisi per effetto appunto del giudicato» (cfr. p. 6 *cons. in dir.*). Più precisamente nel c.d. "caso Previti II" (sent. 451/2005, p. 15 *cons. in dir.*) – essendoci stata una sentenza di primo grado – la Corte sottolineò come «Nessuna pronuncia di annullamento deve essere emessa da questa Corte nei confronti delle sentenze, non essendo esse affette da vizi rilevabili in sede di conflitto di attribuzione».

⁶² In *Cass. pen.*, 2006, p. 1316, con nota di F. PERONI, *Insindacabile la prova dell'impedimento parlamentare: quale giurisdizione per l'imputato politico?*

⁶³ In effetti la "sentenza Previti" è stata molto citata, a dimostrazione della sua essenzialità, nel ricorso per conflitto di attribuzioni proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso il diniego di legittimo impedimento della prima sezione penale del Tribunale di Milano e culminato nella sent. 168/2013 della

24/2004 e 262/2009⁶⁴). A tali sentenze si aggiunge la sent. 168/2013 qui di seguito analizzata⁶⁵.

Fra le sentenze degne di nota spicca prevalentemente il c.d. “caso Previti”, “pietra miliare” (mutuando la terminologia invalsa nella giurisprudenza della Corte suprema americana⁶⁶) di ogni valutazione, seppur anch’esso non privo di critiche⁶⁷ e di ulteriori “correzioni” in corso d’opera nella giurisprudenza costituzionale successiva⁶⁸ per meglio ponderarla a precisi contesti (passaggio in giudicato della sentenza nel processo “a quo” nelle more del giudizio costituzionale, peculiarità dell’alta carica ecc ...).

Corte costituzionale (cfr. Reg. conf. poteri n. 2 del 2011, pubbl. in G.U. del 18/01/2012 n. 3). Va sottolineato peraltro che la “sentenza Previti” era stata successivamente “applicata” nel processo a quo (cfr. Tribunale di Milano ordd. 17 e 21 novembre 2001) ed il Senato della Repubblica, ritenendo tale “applicazione” errata nel merito, aveva addirittura votato, il giorno 5 dicembre 2001, una mozione, criticando fortemente l’operato della magistratura milanese (sul punto v. la posizione polemica verso tale mozione contenuta nell’*Appello dei professori universitari sulla giustizia*, a firma S. Chiarloni, M. Dogliani, P. Ferrua, R. Weigmann, del dicembre 2001).

⁶⁴ Sulla sentenza 262/2009 v. le note di R. ORLANDI, *Illegittimi privilegi*; A. PUGIOTTO, *La seconda volta*, entrambi in *Cass. pen.*, 2010, p. 29 ss.; nonché A. PACE, *Il giudicato implicito della sent. n. 24 del 2004 relativamente alla inidoneità della legge ordinaria a disciplinare ipotesi di improcedibilità penal-processuali in deroga agli artt. 3 e 24 Cost.*; L. CARLASSARE, *Indicazioni sul “legittimo impedimento” e punti fermi sulla posizione del Presidente del Consiglio in una decisione prevedibile*; G. GIOSTRA, *Repetita non iuvant*; tutti in *Giur. cost.*, 2009, n. 5, rispettivamente pp. 3702 ss., 3705 ss., 4708 ss.

Rileva un ponte fra i due lodi ed il futuro (poi non approvato) lodo costituzionale P. FARAGUNA, *Legge n. 51/2010: legittimo impedimento ministeriale o «immunità in senso lato»?», cit.*, p. 1250; così anche: P. MOSCARINI, *Commento a Corte cost.*, sent. 25 gennaio 2011, n. 23, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 3, p. 305.

⁶⁵ V. *infra* § 5.

⁶⁶ Cfr. almeno, nei recenti anni, *Boulware v. United States* 552 U.S. 421 (2008); *Burgess v. United States*, 553 U.S. 124 (2008).

⁶⁷ Sul punto si sottolineò il fatto che la Corte avesse suggerito nella sent. 225/2001 «alcuni e non esaustivi “criteri guida”»; v. P. VERONESI, *Il “caso Cito”: La Corte, i conflitti e il giudicato*, cit., p. 12 s. Per G. SPANGHER, *Funzione giurisdizionale e attività parlamentare alla ricerca di possibili contemperamenti*, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 23/2008, suscitava «qualche perplessità» il fatto che il giudice costituzionale non avesse enucleato una regola derogatoria del diritto comune. Ed in effetti si è sottolineato come «la “vera regola”, lungi dal costituire un problema di interpretazione, risultava assente» (cfr. M.A. CABIDDU, «*Ceci n’est pas l’arrêt Previti*», o del surrealismo costituzionale, cit., p. 2011; ma per una critica di ampio respiro alle prerogative che si verrebbero a creare in base alla “sentenza Previti” v. T. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 358). Invece sulla creazione dalla “sentenza Previti” in poi di una «sorta di “binario separato”» per l’imputato deputato (appartenga egli alla Camera dei deputati o al Senato); v. M.L. BALZAROTTI, *Impedimento a comparire (diritto processuale penale)*, cit., p. 450.

⁶⁸ In tal senso spicca la peculiarità della successiva sent. 451/2005, sopra rilevata (v. *retro* nt. 61). Ma anche la stessa sent. 23/2011 non pareva essere armoniosamente legata alla sent. 262/2009, relativamente all’applicabilità dell’art. 420-ter c.p.p. per le “alte cariche” dello Stato. Infatti, lasciando “adeguatamente” vivo il c. 1 dell’art. 1, l. 51/2010 rimaneva altresì viva l’elencazione delle ipotesi in esso indicate (cfr. in tema l’attenta ricostruzione di A. PACE, *La svolta della Corte costituzionale in tema di legittimo impedimento e l’ambiguo richiamo all’art. 138 Cost. Osservazioni a Corte cost.*, sent. n. 23/2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it e ora anche in *Giur. cost.*, 2011, n. 1). In effetti, nella sent. 23/2011, si è dato vita ad una sentenza in parte riduttiva, in parte interpretativa di rigetto, evitabile a rigore se la Corte, come sottolineava Pace, avesse, con una lettura sistematica, usato l’incostituzionalità

Il *dictum* che è uscito dalla sent. 225/2001 è sostanzialmente chiaro; cioè la necessità da parte del giudice di «apprezzamento degli impedimenti invocati» dall'imputato parlamentare «tenendo conto non solo delle esigenze delle attività di propria competenza, ma anche degli interessi, costituzionalmente tutelati, di altri poteri»⁶⁹. Quindi l'evidente scopo di «garantire» alla persona titolare della carica «il sereno svolgimento delle funzioni» e, nella *ratio* dell'art. 420-ter c.p.p., il diritto, quale imputato, di partecipare alle udienze, che non devono quindi coincidere con le sedute relative all'esercizio delle sue funzioni costituzionali, si da rendere effettivo (e non affievolito) il diritto inviolabile alla difesa di cui all'art. 24 Cost.⁷⁰. In quel caso, specificatamente, si trattava di calendarizzare,

conseguenziale mediante l'art. 27, l. 87/1953 e/o usato un più stretto sindacato di ragionevolezza, postulando il carattere *ad personam* della legge (così: A. PACE, *ult. op. cit.*, p. 3), cioè uno *strict scrutiny of constitutionality*. Infatti, a nostro avviso, tale tesi è avvalorabile, poiché era stata la Corte stessa a considerare la legge unitaria nel suo complesso razionale, visto che con la sent. 29/2011 aveva ammesso il referendum sulla legge *in toto*; quindi bastava solo che il giudice costituzionale fosse coerente con se stesso considerandola un *unicum* ed annullandola, se la riteneva incostituzionale, completamente; invece l'uso di una tecnica decisoria sofisticata, quale quello della sent. 23/2011 non ha fatto altro che rendere tale legge inutile (v. *retro* nt. 59). Viepiù l'uso della sentenza interpretativa di rigetto non impediva nuovi sollevamenti, limitatamente alle parti mandate “assolte” dalla Corte nella sent. 23/2011, seppure sarebbe stato a rigore difficile pensare ad un nuovo sollevamento che non finisse, vista l'identità dei *petiti* e delle argomentazioni additabili, in un'identità di *quaestio* e, quindi, in una pronuncia di inammissibilità, anche manifesta. Fortunatamente l'esito del referendum del 2011 ha reso tale riflessione evanescente. Anche se, nonostante l'ablazione delle disposizioni per le alte cariche, non vi è una piena riconducibilità delle stesse al *quisque de populo*, realizzato che, di norma, il cittadino non può far valere (a differenza dell'alta carica) i propri impegni di lavoro come legittimo impedimento.

In ultima analisi occorre sottolineare come la presenza nella Costituzione di valori (anche) antitetici porta, inevitabilmente, al loro bilanciamento. È logico, però, che il bilanciamento deve avvenire fra fonti di pari rango (cfr. D. NEGRI, *op. cit.*). Quindi, a nostro avviso, l'eventuale “ultrattività” dell'art. 1, c. 1, l. 51/2010, prima della definitiva ablazione referendaria e, quindi, della sua perdita di efficacia, non doveva portare a considerare il contenuto di quella disposizione di eguale peso dei principi costituzionali di ragionevole durata del processo se non forse limitatamente a quelle funzioni che godono di una (anche indiretta) copertura costituzionale. Ma sul punto v. senz'altro *infra* nt. 71.

⁶⁹ Cfr. altresì Corte cost., sent. 225/2001, p. 5 *cons. in dir.*; Corte cost., sent. 23/2011, p. 4.1 *cons. in dir.* Si tratta, quindi, di un «ragionevole bilanciamento fra le due esigenze [...] della speditezza del processo e della integrità funzionale del Parlamento» (cfr. Corte cost. sent. 263/2003).

Nel processo riguardante l'ex Presidente Berlusconi si era rilevato il mancato bilanciamento concreto fra i due interessi contrapposti, a tutto danno della funzione istituzionale, visto che la *quaestio legitimatis* che riguardava l'allora l. 51/2010 (culminata con la pronuncia 23/2011 della Corte costituzionale) era stata sollevata per un'udienza alla quale il Presidente non aveva potuto partecipare poiché (come dimostrato nel deposito del 12 aprile 2010) era in viaggio di Stato a Washington (così in *Memoria ai sensi dell'art. 10, c. 1 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte*, a firma Niccolò Ghedini e Piero Longo, p. 6; nonché *Atto di costituzione nel giudizio avanti alla Corte costituzionale*, a firma Niccolò Ghedini e Piero Longo, p. 5).

⁷⁰ Al tempo, come sottolineato, era stato dichiarato ammissibile solo l'intervento della Camera, non invece quello di Previti. La Corte costituzionale, infatti, nell'ord. 101/2000, aveva dichiarato inammissibile l'intervento dell'on. Previti, in quanto – nella sua qualità di imputato nei procedimenti penali e di destinatario delle norme impugnate – i correlati diritti di impugnazione e difesa erano suscettibili di essere fatti valere con gli ordinari strumenti processuali (cfr. anche: Corte cost., sent. 225/2001, p. 2 *cons. in dir.*; sul punto v. anche, in dottrina, G. BRUNELLI, «Caso Previti», *atto I: porte aperte alla Camera (e al Senato), porta chiusa (ma non del tutto) al deputato*, in *Giur. Cost.*, 2000, p.

secondo leale collaborazione, le udienze tenendo conto degli «impegni» dell'imputato (parlamentare)⁷¹.

Generalmente, visto il «pari rango costituzionale» dei valori costituzionali in gioco, il bilanciamento è così la chiave del problema. Esso comporta l'esigenza di contemperare la giusta durata del processo, il diritto alla difesa e la tutela della funzione istituzionale; tutti aspetti di sicura rilevanza costituzionale e, quindi, bisognosi di ponderazione e non di prevaricazione dell'uno all'altro. Il metro non può consistere in un eccessivo peso dato all'uno ovvero all'altro dei poteri in questione o agli interessi costituzionali che detti poteri rappresentano⁷²: né la negazione *a priori* di qualsiasi esigenza istituzionale (come aveva fatto la magistratura nel "caso Previti"), con una prevalenza unilaterale dell'organo giudicante, né la presunzione assoluta di legittimo impedimento "postulata" dalla legge 51/2010⁷³, il cui automatismo – rispetto alla sospensione processuale – era peraltro già stato censurato "ante litteram" nella sent.

965, la quale però sottolinea la «natura *non residuale* dei conflitti sollevati dal deputato»). Ed invero era risalente il fatto che il giudizio per conflitto di attribuzione non potesse essere usato quale strumento generale di tutela di diritti costituzionali ulteriore rispetto a quelli offerti dal sistema giurisdizionale (cfr. Corte cost., ord. 359/1999). Per la giurisprudenza costituzionale tesa invece a riconoscere al singolo parlamentare il diritto a far valere la propria irresponsabilità con il ricorso al conflitto di attribuzioni cfr., *ex multis*, Corte cost., decc. 178, 179, 284, 388, 389 e 446 del 1998; 131/1999; 101/2000; 126/2002; 263/2003; 451/2005; 329/2006 e 195/2007.

⁷¹ Sul punto era critico V. GREVI, *Riconosciuta la parità di rango costituzionale resta il rebus sui termini di prescrizione*, in *Guida al diritto*, 21 luglio 2001, n. 28, p. 33, che rilevava come, quasi smentendo la «parità di rango» dei valori costituzionali coinvolti, si «finisce in sostanza per far gravare esclusivamente al passivo dell'attività processuale l'incidenza di eventuali impegni dell'imputato in quanto membro del Parlamento». E precisamente lo stesso giudice costituzionale sottolineava però come il legittimo impedimento dovesse concernere solo le attività «coessenziali alle funzioni di governo» che avessero riguardo ad un «preciso puntuale impegno» e non invece ad «impegni politici non qualificati ... non riconducibili ad attribuzioni coessenziali alla funzione di governo», sebbene astrattamente «prevista da leggi o regolamenti» (Corte cost., sent. 23/2011); conforme a tale interpretazione sarà poi il diritto vivente (v. *infra* nt. 87).

⁷² Quindi, nelle parole della Corte, il «termine di riferimento», alla luce dell'art. 420-ter, c.p.p., veniva così formalizzato: «l'impedimento dedotto dall'imputato non può essere generico e il rinvio dell'udienza da parte del giudice non può essere automatico» (v. Corte cost., sent. 23/2011, p. 4.2 *cons. in dir.*; nonché: Corte cost., sent. 262/2009, p. 7.3.2.1 *cons. in dir.*). Ovviamente, quindi, si tratta di un bilanciamento da operare caso per caso ed in concreto; cfr., nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 9 febbraio 2004, Maroni, in *Dir. giust.*, 2004, fasc. 13, p. 18 con nota di M. CERASE; Cass., 18 settembre 2009, Novello, in *Foro it.*, 2010, II, p. 76, con nota di A. DI LANDRO; Cass., 24 settembre 2008, S., in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 7, p. 78; Cass., 2 febbraio 2010, P. in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 14, p. 75.

Proprio tale canone valutativo della Corte è stato richiamato dalla difesa dell'ex Presidente Berlusconi, rilevando, in particolare, che il giudice dovesse «... contemperare, in tema di legittimo impedimento del parlamentare o del Ministro, la funzione istituzionale e lo svolgimento del processo in tempi e modi ragionevoli» (cfr. *Memoria ai sensi dell'art. 10, c. 1 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte*, a firma Niccolò Ghedini e Piero Longo, cit., p. 2).

⁷³ Su tale legge v. le riflessioni di P. FARAGUNA, *Legge n. 51/2010: legittimo impedimento ministeriale o «immunità in senso lato»?», cit.*; A. PUGIOTTO, *Inutile o incostituzionale (Sul destino della legge n. 51 del 2010)*, cit., p. 565 ss.; G.M. SALERNO, *Il Parlamento affida ad una norma transitoria la regolamentazione del legittimo impedimento*, in *Guida al dir.*, 2010, n. 13, p. 17; G. GIOSTRA, *Con la sospensione di tutti i processi l'immunità si traveste da legittimo impedimento*, *ivi*, 2010, n. 9, p. 103.

262/2009 sul c.d. “Iodo Alfano”⁷⁴. In effetti il bilanciamento esclude automatismi ed apriorismi⁷⁵; tutto ciò anche perché, come ha sostenuto la Corte costituzionale nella sentenza 23/2011, il legittimo impedimento non è legato a «funzioni astrattamente» di impedimento, ma va valutato concretamente e, quindi, l’indicazione legislativa ha valore meramente indicativo per il giudice⁷⁶. Infatti, come si capisce leggendo la giurisprudenza costituzionale dal 2001, le due posizioni giuridiche sono alternative fra loro, ma non incompatibili; esiste infatti il metodo per contemperarle vicendevolmente, nel rispetto del principio di leale collaborazione. Da una parte, nell’astrattezza della pronuncia del giudice delle leggi, il criterio-base è che «l’impedimento dedotto dall’imputato non può

⁷⁴ Cfr. Corte costituzionale, sent. 23/2011, p. 7.3.2.1 *cons. in dir.*; ma invero anche: 225/2001, 391/2004 e 451/2005. Sull’esclusione di posizioni «aprioristiche» di prevalenza o soccombenza v. G. SPANGHER, *Funzione giurisdizionale e attività parlamentare alla ricerca di possibili contemperamenti*, cit., p. 2004; nonché P. FARAGUNA, *Legge n. 51/2010: legittimo impedimento ministeriale o «immunità in senso lato»?», cit., p. 1252. Si è infatti sottolineata l’esistenza di giorni usualmente di non lavoro parlamentare, quali la domenica, il lunedì ed il sabato (cfr. Corte cost., sent. 225/2001, p. 6 *cons. in dir.* e, in dottrina, v. le riflessioni di M.A. CABIDDU, «*Ceci n’est pas l’arrêt Previti*», o del surrealismo costituzionale, cit., p. 2005 ss.). Sul tema però V. GREVI, *Riconosciuta la parità di rango costituzionale resta il rebus sui termini di prescrizione*, cit., p. 33, rilevava l’impossibilità di svolgere udienze nei giorni festivi *ex art. 477, c. 1, c.p.p.* (per le udienze preliminari v., però, art. 14, d.m. 334/1989) e, in secondo luogo, per gli imputati di religione ebraica nel giorno di sabato. Così, a ben pensare, anche nella scelta dei giorni “liberi” c’è la necessità di un “bilanciamento”.*

⁷⁵ Sul punto già nel *Ricorso per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato della Camera dei deputati*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1999, si era sottolineata la violazione degli artt. 64, 68 e 72 della Costituzione nella decisione dei giudici di merito di non considerare assoluto impedimento di partecipazione alle udienze penali del parlamentare il diritto-dovere dello stesso di assolvere il mandato di parlamentare attraverso la partecipazione alle votazioni (p. 1991).

Leggendo la relazione che accompagnava il progetto di legge n. 3013 sul legittimo impedimento (poi l. 51/2010) il criterio del “pari rango” dei valori in gioco sembrava essere stato tenuto in conto. Infatti, l’*intentio legis* era la volontà di dar seguito a quella strada che la sent. 262/2009 della Corte costituzionale, dichiarativa dell’illegittimità costituzionale dell’art. 1, l. 23 luglio 2008, n. 124, permetteva; nonché, per certi aspetti, voler creare un “ponte”, in attesa della legge costituzionale, imposta alla luce della predetta sentenza in tale materia, tutelando nel *medio tempore* il Presidente del Consiglio ed i ministri. La relazione infatti sottolineava «la necessità di intraprendere un percorso che, tenendo nella massima considerazione gli esiti della pronuncia della Corte costituzionale, consentisse l’introduzione di un sistema di prerogative per le alte cariche dello Stato, con specifico riferimento al Presidente del Consiglio». Certo, come si è capito, tale atto soffriva del peccato originale di voler regolamentare con legge ordinaria (seppur *pro tempore*) una materia di competenza costituzionale (su tale aspetto v. le critiche di A. PACE, *L’illegittimo impedimento*, cit.; P. FARAGUNA, *Legge n. 51/2010: legittimo impedimento ministeriale o «immunità in senso lato»?», cit.; A. PUGIOTTO, *Inutile o incostituzionale (Sul destino della legge n. 51 del 2010)*, cit., p. 565 ss.). E proprio l’impossibilità di un’interpretazione costituzionalmente orientata aveva portato il Tribunale di Milano (sez. I pen., ord. 19 aprile 2010, in *Foro it.*, 2010, II, p. 357 [ord. 180/2010]) a sollevare a suo tempo la *quaestio legitimatis (contra G. GUZZETTA, Legittimo impedimento: un’interpretazione della l. n. 51/2010 conforme a Costituzione è possibile e non inutile*, in www.forumcostituzionale.it, che invece riteneva possibile un’interpretazione conforme alla Costituzione della legge; in senso sostanzialmente conforme: G. PAONE, *Legge sul legittimo impedimento a comparire in udienza del Presidente del Consiglio e dei Ministri: incostituzionale? Forse no*, in www.dirittopenalecontempoaneo.it). D’altronde la stessa Corte ha più volte sostenuto come «l’univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (v., da ultimo, sentt. 78/2012 e 232/2013).*

essere generico e il rinvio da parte del giudice non può essere automatico»⁷⁷. Dall'altra, alla luce dell'art. 420-ter, c.p.p., nella concretezza, la ragionevolezza del caso concreto col ruolo del giudice, terzo ed imparziale, nel vagliare – dopo aver dato spazio alle ragioni delle parti – le specifiche esigenze del caso concreto, motivando secondo i canoni dell'argomentazione logica e razionale la scelta operata⁷⁸. Il “novello” Alcibiade dovrà quindi poter sottoporre il suo impegno istituzionale all'attenzione del giudice, ex art. 420-ter c.p.p., spiegando le ragioni che rendono necessario far prevalere quest'ultimo alla presenza processuale ed il giudice dovrà – argomentativamente – accettarla o respingerla. Come vedremo *infra* (§ 5), il conflitto di attribuzioni sarà possibile ove la decisione del giudice di merito abbia comportato un cattivo uso del diritto-dovere di verificare l'impedimento.

Per concludere, con l'abrogazione referendaria della l. 51/2010 si è rimossa la “specialità” prevista per i membri del governo permettendo così di agganciarsi, anche per loro, in modo “correttivo”, alla giurisprudenza di legittimità e cioè al diritto vivente, espresso per il comune cittadino⁷⁹. Naturalmente, come più volte sottolineato nel corso di questo scritto, tale “aggancio” va fatto tenendo conto delle peculiarità legate alla funzione istituzionale degli organi politici come delineate nella giurisprudenza costituzionale.

5. *Epilogo. La sentenza 168/2013 sul “caso Berlusconi”.*

Nella decisione riguardante il legittimo impedimento invocato dall'allora Presidente del Consiglio Berlusconi di fronte alla Corte costituzionale si poneva preliminarmente un interrogativo di fondo: ciò che si è stabilito

⁷⁶ Ma per un tentativo di casistica delle più rilevanti ipotesi v. senz'altro *infra* § 5.

⁷⁷ Cfr. Corte costituzionale, sent. 23/2011, p. 4.2 *cons. in dir.*

⁷⁸ Efficacemente era stato fin da subito sottolineato come il modello di soluzione debba essere quello del bilanciamento, cioè «... che nessuno dei valori in conflitto debba essere interamente sacrificato», individuando «il migliore temperamento ... secondo i canoni della ragionevolezza imposti dall'art. 3 Cost.» (cfr. *Ricorso per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato della Camera dei deputati*, cit., p. 1998; nonché per la tecnica in questione: G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, ed. provv., Roma, 1999, p. 377 ss.). Di conseguenza spetta al giudice del caso concreto, nell'applicare le comuni regole processuali, valutare l'assolutezza dell'impedimento, temperando le esigenze del processo con gli interessi, costituzionalmente tutelati, di altri poteri (cfr. M.A. CABIDDU, *«Ceci n'est pas l'arrêt Previti», o del surrealismo costituzionale*, cit., p. 2008). Sul punto è eloquente l'insegnamento dato dalla Corte costituzionale, nella sent. 225/2001, che rammentava la «parità di rango costituzionale degli interessi confliggenti» (p. 5 *cons. in dir.*; ma altresì sent. 263/2003, p. 4 *cons. in dir.*).

⁷⁹ Sull'applicabilità dell'art. 420-ter, c.p.p., alle cc.dd. «alte cariche», cfr. Cass., sez. VI, 9 marzo 2004, n. 10773 e, in letteratura, F. GIRELLI, *Legittimo impedimento del Presidente del Consiglio*, in *Giur. it.*, 2001, p. 247. In particolare, si è rilevato l'onere di tempestiva e completa allegazione da parte dell'imputato (cfr. Cass., sez. V, 30 settembre 1997, Cardella, in *C.E.D. Cass.*, 209265; Cass., sez. V, 26 febbraio 1997, Angeli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, p. 695; nonché, in dottrina, P. MOSCARINI, *Il Commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 10, p. 1146) e, consequenzialmente, il diritto-dovere (quindi potere ma non obbligo; Cass., sez. VI, 18 febbraio 2002, n. 7798) del giudice di accertare tale impedimento al fine di sondarne la legittimità; cfr. Cass., sez. I, 4 luglio 1997, Pastore, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, p. 271.

“giurisprudenzialmente” per il parlamentare, il quale non può fissare le sedute di riunione del Parlamento, vale anche per il Presidente del Consiglio che ha invece un potere di convocazione tendenzialmente libero dell’organo? È evidente che in questo secondo caso la questione sia più delicata⁸⁰ e che quindi non sia possibile una completa sovrapposizione del ragionamento sopra visto con mero rinvio *per relationem* alle precedenti decisioni in una semplice sentenza di “autocitazione”. Anzi lo stesso ricorso dell’Avvocatura dello Stato, nell’evidenziare tale potere del Presidente del Consiglio al fine di legittimarne, da un punto di vista normativo, la scelta fatta, metteva in luce – quale effetto *boomerang* – il possibile abuso.

Orbene, puntualmente nella sent. 168/2013, la Corte sottolineava le differenze, rilevando come il Consiglio dei ministri sia convocato dallo stesso Presidente, il quale può di conseguenza – al di là che il fatto costituisca o meno legittimo impedimento – tendenzialmente disporre il momento temporale⁸¹. Ma l’interrogativo è quindi: quando vi è legittimo impedimento per il Presidente del Consiglio dei ministri? È vero che la sentenza 168/2013 ribadisce come esso non vada valutato *in astratto*, ma *in concreto*, cioè – già nelle parole del giudice milanese remittente – «la specifica inderogabile necessità della sovrapposizione dei due impegni». Tale valutazione è sindacabile dal giudice di merito⁸², mentre alla Corte costituzionale comporta semplicemente acclarare, in caso di conflitto di attribuzioni, se la decisione (in concreto) del giudice di merito non abbia comportato un *cattivo uso* del diritto-dovere di verificare l’impedimento⁸³, secondo il metro di bilanciamento espresso nella

⁸⁰ Indirettamente una differenza fra il Presidente del Consiglio ed il (singolo) parlamentare veniva indicata già *illo tempore* nel *Ricorso per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato della Camera dei deputati*, cit., ivi, sul “caso Previti”, quando si rilevava che «il parlamentare non è certo *dominus* delle cause di impedimento, che derivano invece dall’oggettiva esistenza di una calendario dei lavori ch’egli è tenuto a rispettare e che non ha certo deciso da sé». Di conseguenza nella *Memoria ai sensi dell’art. 10, c. 1 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte*, a firma Niccolò Ghedini e Piero Longo, p. 8, e nel parallelo *Atto di costituzione*, cit., p. 9, si rilevava come il giudice non possa «sindacare il merito dell’attività di governo, giudicandola più o meno importante e necessaria»; ciò, in quanto, «... essendo essenzialmente politica deve essere libera sia nei fini che si prefigge sia nei mezzi attraverso i quali si propone di realizzarli».

⁸¹ Così in effetti il giudice costituzionale, dopo un’attenta analisi dei propri precedenti, sottolinea la «netta differenza rispetto ai casi in cui la possibilità di rinviare l’impegno dedotto sfugge interamente alla programmazione dell’imputato» (cfr. Corte Cost., sent. 168/2013, p. 4.2.1 *cons. in dir.*). Sul punto è rilevante – quale “*tertium comparationis*” – la situazione parallela dei componenti delle assemblee legislative: Corte cost.; sentt. 225/2001, 263/2003, 284/2004, 451/2005 e 23/2011, più volte citate nel corso di questo scritto (v. *retro* §§ 3 e 4, ma già § 1, nt. 3).

⁸² Cfr. Corte Cost., sent. 168/2013, p. 4.2.1 *cons. in dir.* Ed effettivamente se l’impedimento deve essere attuale (*arg. ex* Cass., 10 luglio 1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2560; Cass., 14 dicembre 2004, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2214), altresì deve essere attuale l’apprezzamento di tale requisito da parte del giudice di merito (Cass. SS.UU., 26 marzo 2003, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2566 ss.).

⁸³ Cfr. Corte Cost., sent. 168/2013, p. 1.2 *cons. in dir.*; ma v. senz’altro *retro* § 3. Specificamente, nella sent. 225/2001, p. 4, *cons. in dir.*, il giudice delle leggi aveva rilevato: «Non è compito di questa Corte, ma dei competenti organi della giurisdizione, stabilire i corretti criteri interpretativi e applicativi delle regole processuali: nemmeno, quindi, stabilire se e in che limiti gli impedimenti legittimi derivanti (...) dalla sussistenza di doveri funzionali relativi ad attività di cui sia titolare l’imputato, rivestano tale

giurisprudenza costituzionale. Ed in questo caso non si poteva dire, vista la mancanza di “allegazioni” del ricorrente, le quali dimostrassero la *non rinviabilità* dell’impegno governativo, che il giudice di merito avesse male esercitato il proprio potere di controllo.

Quali dunque gli spunti di riflessione che offre tale decisione? In primo luogo pare emergere che un tentativo astratto di classificazione delle ipotesi di legittimo impedimento (in questo caso) governativo non possa mai essere esaustivo⁸⁴ e come invece la valutazione debba essere acclarata semplicemente, come dice la Corte costituzionale, «caso per caso» dal giudice della fattispecie concreta⁸⁵. Una tale affermazione, condivisibile, non deve però inibire la dottrina dal provare ad indicare alcune ipotesi che possano indirizzare il giudice nella scelta, tanto per delineare almeno i confini massimi di tale zona grigia. Proviamo ad affrontare tale fardello.

Innanzitutto conviene rilevare come il legittimo impedimento non viene inteso in senso naturalistico (ostacolo materiale superiore a qualunque sforzo umano) e neppure come impossibilità oggettiva (cioè che prescinde dalle condizioni specifiche dell’individuo). Le parallele ipotesi di *caso fortuito* (caratterizzato dall’imprevedibilità) e di *forza maggiore* (caratterizzato dall’*irresistibilità*) paiono infatti assorbire il carattere *materiale*, lasciando al legittimo impedimento l’aspetto ostativo di carattere *giuridico, morale o sociale*⁸⁶.

Una sorte di “presunzione” *iuris tantum* dell’assenza di legittimo impedimento la si può sostenere se l’attività governativa viene appositamente posta *in limine* (una settimana o pochi giorni prima dell’udienza) e – soprattutto

carattere di assolutezza da dover essere equiparati, secondo il dettato dell’art. 486 del codice di procedura penale, a cause di forza maggiore». Invero però nel “caso Previti” la Corte era andata *ultra petita partium* quando aveva rilevato come non solo le votazioni in Assemblea dovrebbero computarsi come impedimento «assoluto», ma anche altre attività “connesse”. Di conseguenza si è venuto «trasferendo così sul giudice anche in simili ipotesi l’onere di motivare un’eventuale contraria valutazione, attraverso il superamento della presunzione di maggiore rilevanza dell’“interesse del Parlamento”»; cfr. V. GREVI, *Riconosciuta la parità di rango costituzionale resta il rebus sui termini di prescrizione*, cit., p. 30.

⁸⁴ Sul punto V. GREVI, *Sulla idoneità 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, fasc. 12, p. 4539, sottolineava la possibilità che il legislatore tipizzasse i casi, «ma qualsiasi specificazione della disciplina del legittimo impedimento non potrebbe che essere di generale applicazione, destinandosi a tutti gli imputati»; cfr. in tema anche P. FARAGUNA, *Legge n. 51/2010: legittimo impedimento ministeriale o «immunità in senso lato»?*, cit., p. 1254.

⁸⁵ Cfr. Corte Cost., sent. 168/2013, p. 4.1 *cons. in dir.*; in tale passaggio la Corte sottolinea, in virtù di una oramai notevole mole di giurisprudenza costituzionale in tema vista sopra (sentt. 225/2001, 263/2003, 284/2004, 451/2005, 262/2009 e 23/2011), come non vi possano essere «regole derogatorie, ma il diritto comune ... secondo il principio di leale collaborazione fra i poteri dello Stato».

⁸⁶ Cfr. in tema: P. MOSCARINI, *Commento a Corte cost.*, cit., p. 1146. Quindi l’indicazione di «altro legittimo impedimento» contenuta nell’art. 420-ter c.p.p. rappresenterebbe così – a fianco delle ipotesi di caso fortuito e forza maggiore – «una sorta di clausola di chiusura» (cfr. M.L. BALZAROTTI, *Impedimento a comparire (diritto processuale penale)*, cit., p. 455). Similmente nell’*Atto di costituzione*, cit., a firma di Niccolò Ghedini e Piero Longo, p. 10, si ragiona di un *tertium genus*, godendo il legittimo impedimento di uno «statuto concettuale autonomo».

– senza «specifica inderogabile necessità della sovrapposizione dei due impegni»⁸⁷. Un tale comportamento pare ledere il principio di leale collaborazione fra le istituzioni. Quindi – seppur previsto dalla normativa (l. 51/2010 e, oggi, art. 420-ter, c.p.p.) – il Presidente del Consiglio dovrebbe motivare l'*inderogabile necessità*, gravando su lui l'onere di dimostrare la non arbitrarietà della convocazione ed al giudice valutare la fungibilità o meno dell'impegno istituzionale⁸⁸. E, quindi, quali i casi in cui ciò può realizzarsi? È ovvio che affinché il giudice accolga il legittimo impedimento, è necessario che l'impegno istituzionale si dimostri *infungibile* (ad esempio un necessario incontro per programmare la strategia da portare in un altrettanto urgente incontro in sede europea o internazionale⁸⁹). In tale ipotesi, di norma, il rinvio dell'udienza pare doveroso.

⁸⁷ Naturalmente, va premesso, non è configurabile il legittimo impedimento se l'attività documentata fosse «un impegno non istituzionale e quindi non coesistente alla funzione tipica del Governo» (Cass. pen., VI sez., 9 marzo 2004, n. 10733, p. 8.9). Relativamente al parlamentare, la Cassazione ha peraltro rilevato che «l'impedimento è connesso all'esercizio delle funzioni parlamentari e non alla mera convocazione della Camera» (Cass. 18 febbraio 2002, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3037), stimando necessaria la prova della partecipazione ai lavori parlamentari il giorno dell'udienza. E proprio con le ord. 17 e 20 settembre 1999 il Tribunale di Milano non aveva considerato assoluto impedimento il diritto-dovere del deputato di assolvere il mandato parlamentare attraverso la partecipazione alle votazioni in Assemblea (scelta censurata dalla Corte cost. nella sent. 225/2001). Così lo stesso gip milanese (ord. 30 giugno 1999) aveva accolto la domanda di rinvio dell'udienza (in quanto convocato per votare su una legge costituzionale) solo dopo aver accertato presso la Presidenza della Camera l'effettivo impegno, non stimando sufficiente il deposito dell'ordine del giorno (cfr. *Ricorso dell'on. Previti*, in *Giur. Cost.*, 2000, p. 957).

⁸⁸ Per quel che riguarda la partecipazione del parlamentare alle sedute, essa è indirettamente presente nella Costituzione (*arg. ex art. 64, c. 3, Cost.*, per il quorum strutturale e funzionale; cfr. *Ricorso per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato della Camera dei deputati*, cit., p. 1996). È logico che tale partecipazione non si estrinseca solo nella votazione (diritto-dovere, non delegabile, da esercitarsi personalmente; cfr. Corte cost., ord. 102/2000), ma ingloba i diversi tipi di impegno parlamentare che rivestono pari dignità (cfr. in tema: G. BRUNELLI, *Sull'impossibilità di «frammentare» la funzione parlamentare*, in *Il «caso Previti»*, cit., p. 45 ss.; N. ZANON, *Il «caso Previti»: conflitto tra poteri dello stato o questione «privata»*, cit., p. 1 ss.; R. BIN, *Un esperimento mentale*, ivi, p. 37 ss.). Un ampio ventaglio di ipotesi di esercizio delle funzioni parlamentari si rinviene in G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1979, p. 41, che elenca la partecipazione ai dibattiti ed alle votazioni, all'attività di iniziativa (cioè presentazione di interpellanze, mozioni, progetti di legge, emendamenti ecc ...) oltre alle attività compiute fuori delle Camere, purché nell'esercizio delle funzioni derivanti dalla carica (es. delegazioni, indagini ed inchieste parlamentari che debbano svolgersi fuori dalle sedi parlamentari). In effetti proprio la sent. 225/2001 aveva un carattere *tranchant* visto che sembrava aver respinto quella «frammentazione» e «gerarchizzazione» interna alla funzione parlamentare che si agganciava alla separazione fra attività di votazione ed altre attività inerenti al mandato rappresentativo (cfr. in tema: G. BRUNELLI, *La sentenza Previti: una decisione «ritagliata» sul caso*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1, che cita al riguardo la sent. 379/1996 sui deputati «pianisti»).

⁸⁹ Si pensi ad un incontro urgente per decidere un intervento «umanitario-militare» (come si può ritenere relativamente alla questione siriana o per programmare un'urgente linea comune di politica estera, come nell'attuale questione ucraina), non delegabile ad altro ministro (anche degli esteri) per l'importanza politica della partecipazione del Presidente del Consiglio.

La fungibilità dell'impegno rende invece non necessario il rinvio, salvo il caso di eventi sopravvenuti che portino a ritenere l'impegno stesso preminente ovvero lo rendano infungibile. Ad esempio, si può pensare ad un evento politico straordinario ed imprevedibile dell'ultimo momento come una crisi di governo improvvisa non ancora formalizzata da un voto del Parlamento ed alla contestuale opportunità dell'adozione di un importante atto politico prima di tale voto. Quindi una situazione cui magari non potrebbe sopperire un governo in regime di ordinaria amministrazione. Certo – in tutte le ipotesi – il giudice potrebbe verificare *incidenter tantum*, nei limiti di ciò che gli è possibile, che si tratti di una situazione reale e non putativa. Un'ultima ipotesi in cui sarebbe pensabile il rinvio dell'udienza è quella che nel diritto privato prende il nome di *inesigibilità*⁹⁰. Essa include l'ipotesi in cui sarebbe legittimo chiedere la presenza dell'imputato al processo, ma inopportuno poiché contrario al principio di buona fede (qui di leale collaborazione); si può pensare alla "necessaria" presenza del Presidente del Consiglio o di un Ministro ad una riunione del Consiglio dei ministri cui voglia e possa partecipare per l'ultima volta un altro Ministro colpito, ad esempio, da una grave malattia in fase terminale⁹¹.

⁹⁰ Su tale istituto, nel diritto privato, è celeberrimo un precedente giurisprudenziale in cui figurava un inquilino che, durante l'occupazione nazista di Roma, non aveva pagato il canone di locazione perché costretto a rimanere nascosto (cfr. Cass., III sez., 18 gennaio 1947, n. 44, in *Giur. it.*, 1948, Parte prima, Sez. I, p. 79 ss.; e, nella manualistica, P. ZATTI, *Lineamenti di diritto privato*, XII ed., Padova, Cedam, 2009, p. 326). Effettivamente si ricordi che la dottrina tende a considerare il legittimo impedimento come un aspetto ostativo anche di carattere morale (situazione cui l'ipotesi qui scrutinata pare effettivamente collimare).

Anche nella procedura penale linguisticamente si parla di «inesigibilità» sotto il profilo giuridico, morale e sociale da parte di una cospicua dottrina relativamente all'istituto processuale del legittimo impedimento (v. M.L. BALZAROTTI, *Impedimento a comparire (diritto processuale penale)*, cit., p. 455 e nt. 39 per riferimenti dottrinali).

⁹¹ L'aspetto relativo ad una malattia non grave, in questo caso dell'imputato, dimostrata da certificato medico, permette maggiormente una libera valutazione del giudice di merito (cfr. Cass., sez. I, 15 dicembre 2004, S., in *C.E.D. Cass.*, 231410; Cass., sez. I, 22 settembre 1997, Petrichich, *Cass. pen.*, 1999, p. 1836). Il giudice può disporre discrezionalmente la visita medica (cfr. Cass., sez. VI, 26 febbraio 2008, De Maccéis, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, p. 526; Cass. sez. V, 15 dicembre 2004, Sabino, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2216). Proprio nei riguardi dell'on. Berlusconi, al tempo ricoverato presso il San Raffaele di Milano, fu richiesta dal Pg la visita fiscale nel processo d'appello per i diritti tv Mediaset e poi per il processo Ruby (v. in tema la ricostruzione giornalistica di G. GUASTELLA, *Processo Ruby, duello in aula. Il pm: visita fiscale a Berlusconi* e L. FERRARELLA, *I giudici: visita fiscale a Berlusconi. Il processo Mediaset va avanti*, entrambi in *Il Corriere della sera*, rispettivamente del 9 e 10 marzo 2013).

Relativamente al difensore la Corte di cassazione, sent. 6 novembre 2013, n. 44845, p. 1.3, ha ritenuto legittimo il provvedimento con cui il giudice di merito ritenga l'insussistenza del dedotto impedimento «anche indipendentemente da una verifica fiscale e facendo ricorso a nozioni di comune esperienza»; si trattava di un certificato medico che diagnosticava una gastrite del difensore con prognosi di tre giorni per la guarigione (sul punto v. la costante giurisprudenza della Cassazione: sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 4284, G.; sez. V, 14 dicembre 2007, n. 5540/08, Spanu; sez. VI, 26 febbraio 2008, n. 24398, De Maccéis).

In caso vi sia la richiesta di rinvio per legittimo impedimento dell'imputato o del difensore, essa non è irricevibile ovvero inammissibile se inviata a mezzo telefax in cancelleria, ma con l'onere per la parte, che intenda dolersi in sede di impugnazione dell'omesso esame della sua richiesta, di accertarsi del regolare arrivo del fax e del suo tempestivo inoltro al giudice competente (Cass., sez. II pen., 9030/2014); invece l'adesione del difensore di fiducia all'astensione dalle udienze proclamata dai competenti

6. *Conclusioni. Tra contemporaneo ed antico: un ritorno “virtuale” al passato?*

Non pare che indicare una tale ricostruzione casistica sia in qualche modo innovativo. Non si fa altro che tesoro, dopo l'*excursus* storico sopra fatto, dei principi comuni del processo (come rammentava la Corte costituzionale nel c.d. “caso Previti”⁹²), ma anche invero, volendo, della riflessione dottrinale sui rapporti obbligatori elaborata dai giureconsulti romani, particolarmente attenti al rispetto dei principi di buona fede e lealtà fra le parti. Quindi, nella congiunturalità degli eventi, ancora un ritorno all’antico (ed alla prima parte di questo saggio⁹³), al (circolo virtuoso che ci lega al) passato, come se esso in fondo non fosse poi così passato. Ed allora: *nihil sub sole novi?*

* Cultore di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Scienze politiche dell’Università di Padova. L’autore ringrazia l’avvocato Niccolò Ghedini, difensore dell’on. Silvio Berlusconi, per avergli gentilmente fornito le memorie difensive presentate alla Corte costituzionale nella questione di legittimità costituzionale sul legittimo impedimento che ha avuto seguito nella sentenza 23/2011.

organismi della categoria va comunicata in forma scritta e deve pervenire al giudice procedente almeno due giorni prima della data stabilita. Detto termine non può dirsi rispettato se l’atto è trasmesso all’ufficio due giorni prima dell’udienza, ma dopo il suo orario di chiusura (Cass., sez. II pen. 13215/2014).

⁹² V. *retro* §§ 3 e 4.

⁹³ V. *retro* §§ 1 e 2.