

## ANTICIPAZIONI

---

### VINCENZO NICO D'ASCOLA

#### L'arresto del Parlamentare\*

La riforma della custodia cautelare compiuta con la legge n. 47/2015 ne ha accentuato il carattere di *extrema ratio*. Peraltro i casi nei quali è consentito l'arresto del Parlamentare evidenziano peculiarità del tutto proprie che ne restringono ulteriormente l'uso. Non si tratta, con ogni evidenza, di una violazione del principio di uguaglianza, ma della necessità di bilanciare le esigenze investigative con l'interesse costituzionale al mantenimento della integrità del *plenum*.

*The arrest of the Parliamentarian*

*The reform of pre-trial detention carried out with law no. 47/2015 has accentuated the character of extrema ratio. Moreover, the cases in which the arrest of the Parliamentarian is allowed show great peculiarities that further restrict their use. This is clearly not a violation of the principle of equality, but need to balance investigative interests with constitutional principle of maintaining plenum integrity.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. Qualche considerazione di ordine generale sulla disciplina delle misure cautelari personali. - 3. Le peculiarità del giudizio relativo alla richiesta di arresto del parlamentare. - 4. Integrità del *plenum* vs. effettività del giudizio? - 5. Il *fumus persecutionis*: una categoria dai confini incerti, sospesa tra i piani del diritto e della opportunità politica. - 6. Il passaggio dall'autorizzazione a procedere all'autorizzazione *ad acta*. - 7. Contenuto e limiti del sindacato delle assemblee.

1. *Premessa.* La richiesta di arresto di un parlamentare ci introduce all'interno di una complessa vicenda giuridica che si caratterizza per i diversi, spesso confliggenti, settori del diritto che concorrono a delinearne la disciplina.

Preliminarmente si pone un problema di analisi del regime della custodia cautelare in carcere, per come significativamente modificato dalla legge n. 47/2015. Ciò in quanto la via obbligata per comprendere davvero le limitazioni frapposte al sacrificio della libertà personale di un parlamentare, è costituita dall'analisi del trattamento riservato in generale a ogni cittadino.

Rappresentando la garanzia prevista dall'art. 68 comma 2 Cost. una componente aggiuntiva rispetto alla disciplina comune, in quanto posta a tutela della libertà personale di chiunque, è ovvio che l'analisi di questa normativa costituisce la precondizione perché si possa adeguatamente discutere dell'arresto del parlamentare.

È ovvio peraltro che qui non si pone soltanto un problema di precomprensione del tema generalista della libertà personale e della sua tutela a livello costituzionale, ma per di più occorre adeguare e coordinare la disciplina codicistica all'art. 68 comma 2 Cost. e a agli altri principi costituzionali che ne rappresentano la sostanza.

Ma i problemi non finiscono qui, dal momento che le questioni non si limitano ai temi giuridici che sinora abbiamo posto. Si tratta infatti di comprende-

re anche il contenuto e i limiti del potere di autorizzazione previsti dall'appena citato art. 68 comma 2 Cost.

Sul punto una cosa è certa. Quest'ultima norma non fornisce alcuna indicazione circa i presupposti e i limiti dell'autorizzazione, prefigurando una sorta di potere del tutto discrezionale del Parlamento, apparentemente sganciato da ogni tipo di controllo.

Ma proprio in ciò risiede una ulteriore complicazione del tema. La Corte costituzionale in più occasioni ha chiarito che il potere del Parlamento non è arbitrario, dato che deve essere esercitato entro i limiti derivanti dalla convivenza con gli altri poteri dello Stato<sup>1</sup>.

In altri termini la Corte costituzionale richiama l'attenzione sul fatto che il potere di autorizzazione delle Camere pone difficili problemi di bilanciamento con altri principi costituzionali contrapposti, come quelli dell'autonomia della magistratura e dell'effettività del processo. Riflessioni, queste, che già escludono che le garanzie delle quali discutiamo possano costituire il riflesso di un privilegio personale, deponendo invece a favore di una garanzia oggettiva posta a tutela delle funzioni che sono esercitate. Funzioni dietro le quali si intravede addirittura il principio fondamentale costituito dalla sovranità popolare, dal quale discende lo stesso interesse al mantenimento della integrità del *plenum* come espressione della inalterabilità del risultato elettorale.

È pertanto chiara la difficoltà di effettuare un bilanciamento nel quale confluiscono principi tutti dotati di indubbio rango costituzionale, quali la libertà personale, la sovranità popolare e l'indipendenza degli organi che la rappresentano, l'autonomia della magistratura e la intangibilità della sfera di competenza a quest'ultima esclusivamente riservata.

Giusto per richiamare ulteriori ragioni a dimostrazione della complessità del quadro, vi è da osservare che con la legge costituzionale n. 3/1993 l'art. 68 Cost. è stato riformato e, per la parte che qui ci interessa, si è passati da un regime di autorizzazione a procedere ad un regime di autorizzazione *ad acta*.

Non serve poi a chiarire i termini della questione, né tanto meno a semplificarla, l'istituto prasseologico e di diritto parlamentare costituito dal *fumus persecutionis*.

Vi si ricorre per giustificare i casi nei quali si ritiene di respingere la richiesta

---

\*Lavoro pubblicato nella raccolta di Scritti in onore del Prof. Mauro Ronco

<sup>1</sup> Vale, infatti, anche dopo la riforma dell'art. 68 Cost., il principio enunciato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1150 del 1988 (in *Giust. pen.*, 1989, I, 241), secondo la quale «il potere valutativo della Camera non è arbitrario o soggetto soltanto ad una regola interna di *self-restraint*».

di arresto, in quanto frutto di un chiaro intento persecutorio, ovvero di vicende processuali che ne giustificano il sospetto.

Per come meglio vedremo in seguito anche questo istituto riflette una certa tendenza a nascondere sotto la coperta costituita dal brocardo latino il vero nocciolo della questione. Ossia se il Parlamento possa - e se sì, sino a qual punto - sindacare il provvedimento con il quale si richiede l'arresto del parlamentare.

*2. Qualche considerazione di ordine generale sulla disciplina delle misure cautelari personali.* Qualsiasi trattazione che riguardi la restrizione della libertà personale del parlamentare, al di fuori dei casi di flagranza del reato e di formazione del giudicato penale, non può prescindere da un'analisi della disciplina generale in tema di misure cautelari personali.

Abbiamo già segnalato che le norme sulla custodia cautelare, applicabili a tutti i cittadini, comportano un processo di adattamento alla disciplina dettata per soggetti particolarmente qualificati, in quanto titolari di specifiche garanzie costituzionali<sup>2</sup>.

Una premessa di ordine generale può farsi sin da subito.

La materia della libertà personale è retta dal principio di legalità, generandosi per questa via un monopolio del legislatore sul tema<sup>3</sup>. Monopolio di per sé dimostrativo dell'eccezionalità della vicenda cautelare<sup>4</sup>.

Ferma rimanendo nell'ambito della procedura cautelare incidentale la centralità del requisito valutativo costituito dai gravi indizi di colpevolezza, ossia il giudizio sintetizzato nella formula che figura nell'art. 273 c.p.p. con il quale si fa riferimento ad ogni elemento probatorio, di qualsiasi natura, tale da fare apparire probabile la responsabilità della persona sottoposta alle indagini in

---

<sup>2</sup> Come fa notare in termini generali FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in *Le misure cautelari personali*, a cura di Spangher, Santoriello, Torino, 2009, 5, «la tutela cautelare è ancora il luogo, nel quale, forse più di ieri, risulta impossibile definire un sistema di regole generali ed astratte che sia impermeabile alle contingenze». Rileva GASPARINI, *Misure cautelari personali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, Torino, 2000, 470, come la custodia cautelare sia «materia particolarmente magmatica, al centro di continue tensioni riformatrici, frutto forse di una congenita incapacità del nostro legislatore di mediare con efficacia logiche ispirate alla protezione di valori diversi e contrapposti». Sul tema, cfr. anche MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 60.

<sup>3</sup> L'art. 272 c.p.p., difatti stabilisce che le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del titolo I del libro VI c.p.p., dunque in ossequio ad un principio di tassatività per il quale, come evidenzia SPANGHER, *Misure cautelari personali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, 390, «la restrizione della libertà potrà essere disposta solo nei limiti in cui sia consentita dalla legge, solo nei casi in cui questa la preveda e solo nei modi da essa indicati».

<sup>4</sup> SPANGHER, *Misure cautelari personali*, cit., 390.

ordine ai fatti per i quali si procede<sup>5</sup>, è immediatamente percepibile che una disciplina delle misure cautelari personali che ne consentisse l'applicazione sulla base del semplice *fumus commissi delicti* non potrebbe trovare alcuna giustificazione<sup>6</sup>.

Ne è dunque scaturita la configurazione dei gravi indizi di colpevolezza alla stregua di elementi necessari ma da soli non ancora sufficienti, dato che il paradigma delle condizioni indispensabili per l'applicazione di una misura cautelare esige altresì che ricorra uno o più *pericula libertatis*<sup>7</sup>.

Le misure cautelari personali, dunque, costituiscono strumenti dotati di una specifica funzione cautelare rispetto all'effettività dell'esito del processo e la previsione contenuta nell'art. 274 c.p.p.<sup>8</sup> offre la dimensione esatta di uno scopo precauzionale che, sia pure tra motivate perplessità in relazione alla funzione di tutela della collettività rispetto al pericolo di reiterazione del reato<sup>9</sup>, assicura l'intrinseca razionalità di un sistema altrimenti dissonante rispetto ai principi costituzionali.

La logica cautelare che connota il sistema, in altre parole, «subordina (...) la legittimità della restrizione prima del giudizio definitivo all'esistenza di precise

---

<sup>5</sup> Si veda, nell'ambito di una giurisprudenza consolidata e risalente ed esclusivamente a titolo esemplificativo, Cass., Sez. I, 18 marzo 1992, Russo. Mediante la previsione del predetto requisito, fa notare MARZADURI, *Misure cautelari personali*, cit., 64, «si è data attuazione alla direttiva n. 59 della legge delega del 1987, nella parte in cui (...) subordinava l'esercizio del potere cautelare all'individuazione dei gravi indizi di colpevolezza e, conseguentemente, intendeva contenere in limiti accettabili il pericolo che l'iniziativa cautelare potesse incidere sulla libertà di soggetti poi non dichiarati colpevoli al termine del procedimento penale». Sul requisito in discorso v., anche al fine di reperire significativi riferimenti bibliografici, SPANGHER, *Misure cautelari personali*, cit., 391; DE CARO, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le misure cautelari*, Milanofiori Assago, 2008, 48.

<sup>6</sup> MARZADURI, *Misure cautelari personali*, cit., 70. Come mette in evidenza DE CARO, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, cit., 5, la limitazione della libertà personale durante lo svolgimento del procedimento penale, prima cioè della sua definizione, «costituisce un'evenienza - non rara purtroppo - oggettivamente eccentrica rispetto al sistema ideale costituzionalmente orientato». Ma, a ragione, rileva ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1138, come «[s]ulla carta [...] il divieto di anticipazione della pena e il principio della custodia cautelare in carcere come *extrema ratio* è intangibile, ma viene sistematicamente aggirato attraverso l'introduzione di presunzioni di pericolosità e automatismi applicativi».

<sup>7</sup> MARZADURI, *Misure cautelari personali*, cit., 70. Evidenzia SPANGHER, *Misure cautelari personali*, cit., 392, come le situazioni integranti le singole esigenze siano stringenti e inderogabili.

<sup>8</sup> Sulle specifiche esigenze cautelari tipizzate dall'art. 274 c.p.p., cfr., ancora una volta, DE CARO, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, cit., 62. Si veda anche FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, cit., 55.

<sup>9</sup> SPANGHER, *Misure cautelari personali*, cit., 392. Come mette in evidenza DE CARO, *op. cit.*, 72, l'esigenza di cui all'art. 274, lett. c), c.p.p. è considerata dalla dottrina «come una discrasia rispetto all'impalcatura costituzionale in tema di libertà personale».

e rilevanti ragioni di tutela, ancorando a questa peculiarità l'essenza della vicenda *de libertate*, la quale si sviluppa esclusivamente in funzione di specifiche esigenze da salvaguardare e cessa al loro venir meno»<sup>10</sup>.

La connotazione del sistema cautelare quale sistema ispirato al principio del pluralismo delle misure personali<sup>11</sup> - è noto a tutti che il codice processuale distingue tra misure cautelari coercitive ed interdittive<sup>12</sup> - si salda con la soluzione fornita al problema della distribuzione delle competenze giudiziarie nella dinamica applicativa delle misure: la previsione secondo la quale le misure cautelari personali sono disposte dal giudice competente su richiesta del pubblico ministero (art. 291 comma 1 c.p.p.) «riflette quella netta ripartizione dei ruoli tra organo dell'accusa ed organo della decisione, che rappresenta uno dei punti di forza dell'intero sistema processuale»<sup>13</sup>.

Entrambi i profili della disciplina delle misure cautelari personali, poi, si legano indissolubilmente alla «scelta compiuta a favore di un regime cautelare completamente affidato al corretto esercizio del potere discrezionale»<sup>14</sup>, di talché la mancata previsione di rigidi automatismi inerenti alla fase dell'applicazione non poteva non accompagnarsi alla previsione, già a livello normativo, di criteri finalizzati ad orientare la scelta del giudice nell'ambito della pluralità delle misure previste dal codice<sup>15</sup>.

Soluzione normativa non casuale e, si badi, a sua volta tutt'altro che discrezionalmente individuabile, trattandosi di materia che incide sul versante della libertà personale, presidiata, a tacer d'altro, dalla previsione costituzionale della inviolabilità e, dunque, dalla caratterizzazione in termini di eccezionalità delle relative restrizioni<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> DE CARO, *op. cit.*, 57.

<sup>11</sup> Per un'analisi compiuta delle singole misure cautelari v., soprattutto, DIDI, *Misure cautelari personali. Tipologia di misure*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le misure cautelari*, cit., 96. V., inoltre, CERQUA, *La tipologia delle misure cautelari personali*, in *Le misure cautelari personali*, a cura di Spangher, Santoriello, Torino, 2009, 359.

<sup>12</sup> DE CARO, *op. cit.*, 77.

<sup>13</sup> MARZADURI, *Misure cautelari personali*, cit., 79.

<sup>14</sup> MARZADURI, *op. cit.*, 72. Ma v., altresì, DE CARO, *op. cit.*, 78, per il quale la scelta della misura più aderente al caso concreto «evoca, naturalmente, un forte discrezionalità che, per quanto delimitata da numerosi paletti, coinvolge un territorio significativamente ampio». V., inoltre, FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, cit., 73.

<sup>15</sup> D'altra parte, già nel corso dei lavori preparatori era emerso il ruolo del principio di immediatezza quale logico ed essenziale corollario della scelta accentuatamente pluralistica ribadita nella direttiva n. 59 della legge di delega. V., a tale proposito, CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 699. Evidenza SPANGHER, *Misure cautelari personali*, cit., 390, come il carattere discrezionale del provvedimento del giudice vada inteso nel senso di una discrezionalità vincolata.

<sup>16</sup> Come mirabilmente posto in evidenza, invero, tra le conquiste giuridiche più significative del secolo

Il quadro d'insieme appena delineato esalta, dunque, la centralità del principio-guida dell'adeguatezza, previsto dall'art. 275 comma 1 c.p.p.<sup>17</sup>, per il quale il giudice che dispone le misure deve, in sede di scelta tra le diverse previste dal codice, tenere conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. Con l'ovvia conseguenza che «dovrà venire scelta la misura meno gravosa per l'imputato, fra quelle di per sé idonee a fronteggiare le suddette esigenze»<sup>18</sup>. Il criterio, cosa che è di tutta evidenza, pone al vertice del momento selettivo la considerazione del rapporto intercorrente tra la tipologia e l'entità del pericolo che la situazione concreta manifesta rispetto alle esigenze cautelari e le caratteristiche strutturali delle diverse misure cautelari, dando vita ad una interrelazione che il giudice deve valutare e, infine, tradurre in materiale vicenda restrittiva secondo il principio fondamentale del sacrificio minimo della libertà della persona<sup>19</sup>. Principio dal quale è scaturita la fondamentale impostazione culturale<sup>20</sup> che colloca la custodia in carcere nella dimensione di un momento restrittivo gravissimo ed estremo, al quale fare ricorso esclusiva-

---

scorso sono sicuramente da annoverare «la (raggiunta) consapevolezza del valore rappresentato dalla persona umana intesa in senso ampio, comprensiva di due versanti, uno statico ed uno dinamico (la personalità), correlati tra loro, e la necessità di qualificare l'ordinamento giuridico attraverso l'individuazione e la tutela complessiva dei diritti fondamentali ad essa riconducibili. Tra questi rientra a pieno titolo, in posizione peraltro primaria, il diritto alla libertà personale a cui la Costituzione e le Convenzioni internazionali riservano un ruolo centrale nell'economia generale della tutela soggettiva». In tal senso, si veda DE CARO, *op. cit.*, 5.

<sup>17</sup> La norma deputata alla regolamentazione del momento valutativo afferente alla scelta delle misure, mette in rilievo DE CARO, *op. cit.*, 78, è «una delle disposizioni più martoriante nell'ambito della disciplina codicistica in materia di libertà personale».

<sup>18</sup> MARZADURI, *Misure cautelari personali*, cit., 73. Evidenza ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, cit., 1139, che eclissare il criterio dell'adeguatezza «significa far coincidere il giudizio cautelare con un giudizio anticipato di probabile colpevolezza, pure necessario ma certo da solo non sufficiente per restare in linea con la presunzione di cui all'art. 27 comma 2 Cost.».

<sup>19</sup> Il principio cardine del 'minimo sacrificio necessario' della libertà personale viene evocato in maniera autorevolissima da C. cost., sent. n. 265/2010, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 3169. «Un effettivo rispetto della libertà personale», fa notare DE CARO, *op. cit.*, 79, «impone di limitarla (sempre) nel modo meno gravoso possibile e con uno sguardo fisso sul futuro per evitare di creare danni ineliminabili e gratuiti».

<sup>20</sup> Messa, tuttavia, in discussione dal d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991 n. 203. Con la modificazione dell'art. 275, comma 3, c.p.p., infatti, si è previsto che quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine a determinate tipologie di reati, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Con questo intervento normativo, sottolinea MARZADURI, *Misure cautelari personali*, cit., 73, «non solo è stata eliminata ogni rilevanza del principio di adeguatezza, per cui la persona gravemente indiziata o viene incarcerata o viene lasciata libera, senza limitazione alcuna, ma [...] è stata altresì introdotta una regola di giudizio particolarmente impegnativa, essendo stata subordinata l'astensione dal provvedimento restrittivo alla presenza in atti della prova positiva della mancanza delle esigenze cautelari».

mente allorquando «tutte le altre imposizioni non consentono una risposta adeguata»<sup>21</sup>.

Opera su di un terreno diverso, invece, il principio di proporzionalità, il quale, previsto dall'art. 275 comma 2 c.p.p., genera una correlazione tra la misura cautelare da applicare, l'entità del fatto e la sanzione che sia stata ovvero si ritiene possa essere irrogata<sup>22</sup>.

A completamento della dinamica valutativa che conduce all'adozione del provvedimento restrittivo della libertà personale si pone, in conformità con quanto disposto dall'art. 13 Cost., l'obbligo di motivazione del provvedimento cautelare, il quale, sul punto specifico, consente il sindacato sulla congruità del sacrificio imposto alla libertà della persona<sup>23</sup>.

Se, come già detto, il principio del sacrificio minimo sorregge la dinamica valutativa afferente alla scelta della misura da applicare in concreto, è ben comprensibile che il legislatore, sostenuto dalle recenti prese di posizione della Corte costituzionale che, sulla scorta di una rivalutazione del principio predetto, hanno profondamente ridimensionato il meccanismo presuntivo delineato dall'art. 275 comma 3 c.p.p.<sup>24</sup>, abbia inteso percorrere la strada dell'incentivazione dell'impiego delle misure cautelari diverse dalla custodia in carcere. Così ponendo al centro del sistema cautelare le misure diverse da quella della custodia in carcere e, secondo una logica di gradualità, collocando la misura degli arresti domiciliari al vertice degli strumenti di protezione a fronte di esigenze cautelari peculiarmente accentuate; nonché, infine e conseguentemente, correlando la carcerazione esclusivamente all'accertata sussistenza di esigenze cautelari di natura e intensità eccezionalmente qualificate<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> DE CARO, *op. cit.*, 80.

<sup>22</sup> Di talché «[s]e il fatto non è particolarmente grave, (...) la valutazione cautelare dovrà essere necessariamente negativa [e] identico sarà il destino della scelta se la pena da irrogare rientra in limiti non particolarmente elevati». In questo senso, DE CARO, *op. cit.*, 84.

<sup>23</sup> Un esame puntuale dei requisiti contenutistici dell'ordinanza cautelare può rinvenirsi in BENE, *Misure cautelari personali. Forma ed esecuzione dei provvedimenti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le misure cautelari*, cit., 161.

<sup>24</sup> Un nuovo corso della giurisprudenza costituzionale che, secondo ILLUMINATI, *Introduzione alla riforma*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, XIX, «può essere inteso come ulteriore indice di un intervenuto cambiamento del clima ideologico sul delicato tema della detenzione prima del giudizio». Il ruolo fondamentale della Corte costituzionale rispetto alle iniziative riformistiche della disciplina delle misure cautelari è messo in evidenza, altresì, da VALENTINI, *Le premesse e i lavori preparatori*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, 5, secondo la quale il Giudice delle leggi ha «stilato un decalogo fondamentale, che, spazzando via le ambiguità riscontrabili in un suo ingombrante precedente, ha restituito il giusto risalto alla sinergia che lega gli artt. 3, 13 e 27 comma 2 Cost.».

<sup>25</sup> Come evidenzia ILLUMINATI, *Introduzione alla riforma*, cit., XXI, la misura degli arresti domiciliari (con braccialetto elettronico) dovrebbe divenire la misura di elezione, da applicare tendenzialmente in

Si è mosso in questa direzione, come è noto, l'intervento novellistico attuato con la già citata l. 16 aprile 2015 n. 47, chiaramente «animato dalla volontà di rinforzare e ridare vigore al principio di adeguatezza, restituendo centralità al giudice chiamato a decidere sulle restrizioni *ante iudicium*»<sup>26</sup>.

Ed infatti, è oltremodo sintomatica del quadro assiologico che fa da sfondo alle soluzioni normative contenute nella richiamata legge di riforma la modifica dell'art. 275 comma 3 c.p.p., nel cui ambito non soltanto viene ridisegnato il meccanismo presuntivo correlato alle specifiche ipotesi di reato ivi compendiate<sup>27</sup>, ma, per quel che più interessa in questa sede, viene specificato che la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate.

Si tratta di una previsione di indiscutibile rilievo e qualificante dell'intero intervento riformatore, dal momento che introduce una generalizzata possibilità di applicazione di misure eterogenee che «dovrebbe fornire al giudice strumenti cautelari più articolati e plasmabili sulle esigenze del singolo caso, consentendo davvero di individualizzare il trattamento cautelare»<sup>28</sup>.

Come se non bastasse, il nuovo art. 275 comma 3-*bis* c.p.p. vincola il giudice ad uno specifico onere motivazionale che – è stato evidenziato – sembra «[g]iustificato probabilmente dalla volontà di richiamare il giudice al dovere di rendere realmente residuale il ricorso alla custodia cautelare in carcere, ricorrendo a strumenti tecnologici di c.d. sorveglianza elettronica»<sup>29</sup>.

Stabilendo, invero, che il giudice, allorché disponga la misura della custodia cautelare in carcere, deve indicare le 'specifiche ragioni' per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'art. 275-*bis* comma 1 c.p.p., la disposizione intende chiaramente rafforzare il principio di residualità già sancito dall'art. 275 comma 3 c.p.p., ribadendo il «richiamo al giudice affinché consideri tutte le alternative possibili per escludere il ricorso alla custodia carceraria»<sup>30</sup>.

Ed allora, pur non potendosi concludere nel senso dell'introduzione di una

---

prima battuta, in quanto strumento che la legge reputa egualmente idoneo a tutelare le esigenze cautelari.

<sup>26</sup> SPAGNOLO, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, 85. V., inoltre, ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, cit., 1139.

<sup>27</sup> Sulle peculiarità del meccanismo presuntivo disciplinato dall'art. 275 comma 3 c.p.p. v., in generale, FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, cit., 77.

<sup>28</sup> SPAGNOLO, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, cit., 87.

<sup>29</sup> ID., *op. ult. cit.*, 97.

<sup>30</sup> ID., *op. loc. ult. cit.*

sorta di presunzione di adeguatezza della misura degli arresti domiciliari, appare comunque corretto ritenere che la riforma condivide l'arresto giurisprudenziale secondo il quale, alla luce del principio di eccezionalità della custodia in carcere, la misura meno gravosa può essere ritenuta inadeguata soltanto in presenza di elementi specifici, inerenti al fatto, alle motivazioni di esso ed alla personalità del soggetto che facciano ritenere costui propenso all'inosservanza dell'obbligo di non allontanarsi dal domicilio a fini criminosi, perseguiti ad ogni costo, in violazione delle cautele impostegli<sup>31</sup>.

Nel complesso, dunque, la relazione che di fatto si è venuta a generare tra le diverse misure cautelari dovrebbe subire un sostanziale ribaltamento<sup>32</sup>.

La svolta, è chiaro, deve essere innanzitutto culturale posto che «fin quando le misure cautelari vengano tendenzialmente utilizzate come anticipazione della pena, la custodia in carcere rest[a] lo strumento d'elezione»<sup>33</sup>.

### 3. *Le peculiarità del giudizio relativo alla richiesta di arresto del parlamentare.*

Le problematiche inerenti ai presupposti legittimanti la privazione della libertà personale del parlamentare chiamano in causa peculiari profili di procedura penale che si intersecano - ma sarebbe meglio dire, subiscono i riflessi - con esigenze di rango costituzionale del tutto irrilevanti per i cittadini che del Parlamento non fanno parte.

Naturalmente, il parlamentare è innanzitutto 'persona' ed è noto che «la nostra legge fondamentale ha posto la "persona" al centro di una serie di "attenzioni", tradotte, poi, in una pluralità di diritti e di libertà costituenti l'impalcato di garanzie costituzionali, ritenute indispensabili per la tutela dell'individuo e per rendere concreta la piena esplicazione della personalità, proiezione "dinamica" ("in movimento") del valore di riferimento»<sup>34</sup>.

Ne deriva che anche rispetto all'appartenente ad una delle Camere la libertà personale costituisce un valore essenziale, la cui forza si proietta in quell'insieme di norme di rango costituzionale che ne esaltano la dimensione di diritto inviolabile. Si tratta di una figura soggettiva del tutto peculiare, anche se è ovvio che la tematica non coinvolge privilegi connessi ad un determinato *status*<sup>35</sup>, privilegi i quali, tra l'altro, sarebbero inspiegabili alla luce del princi-

<sup>31</sup> Cass., Sez. IV, 5 novembre 2002, Shaiti, in *Dejure*.

<sup>32</sup> ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie*, cit., 1139.

<sup>33</sup> ID., *op. ult. cit.*, 1145.

<sup>34</sup> DE CARO, *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 1, Torino, 2005, 832.

<sup>35</sup> Lo *status*, appunto, di parlamentare. Espressione con la quale, rileva ZANON, *Parlamentare (status di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 616, si indica «la condizione giuridica di coloro che sono stati

pio costituzionale di uguaglianza.

Essa, al contrario, pone al centro della sistematica processuale penalistica l'esigenza di rendere effettiva una garanzia che, prevista dall'art. 68 comma 2 Cost., si pone al servizio dell'integrità del Parlamento<sup>36</sup> e, in ultima analisi, della forma esplicativa massima di quella sovranità popolare tramite la quale vive nell'ordinamento il supremo valore della democrazia<sup>37</sup>.

Di talché, di fronte ad una richiesta di privazione della libertà personale del parlamentare «ai due interessi (contrapposti ed entrambi protetti costituzionalmente) che devono essere valutati nei casi riguardanti cittadini “comuni” [...] si aggiunge un ulteriore interesse del più alto livello: quello a che non sia alterata la composizione che la volontà del corpo elettorale ha dato al Parlamento»<sup>38</sup>.

Prevedendo la norma costituzionale la necessità dell'autorizzazione della Camera di appartenenza al fine di pervenire ad una qualunque forma di restrizione della libertà personale del parlamentare, la salvaguardia dell'integrità dell'organo di rappresentanza politica viene collocata al vertice di una scala di valori che si riversa immediatamente nell'ambito delle prerogative parlamentari.

Quella che ci occupa costituisce una prerogativa dai tratti peculiari, potendo l'esercizio di essa, se non strettamente vincolato a precise coordinate assiologiche, tradursi in un pericoloso strumento di frizione con la sfera funzionale della magistratura.

Come è ovvio, quest'ultima costituisce il soggetto costituzionalmente titolare dei poteri connessi all'instaurazione di un procedimento penale e, dunque, all'applicazione delle disposizioni del codice processuale penale, in particolare di quelle afferenti alla materia cautelare personale.

Intesa in questi preliminari termini la questione che ci occupa, sarebbe corretto escludere la legittimità di qualsiasi interferenza da parte di soggetti appartenenti a poteri diversi.

L'interpretazione, ossia l'individuazione della norma da applicare al caso concreto, e l'applicazione, ossia la verifica di corrispondenza dei fatti rappresentati alle specifiche fattispecie astratte, delle disposizioni (anche processuali) – salvi i casi particolari disciplinati dalla legge – costituiscono infatti l'essenza

---

eletti alla carica di deputati o senatori, in seguito allo svolgimento di elezioni politiche».

<sup>36</sup> ZANON, *Parlamentare (status di)*, cit., 637.

<sup>37</sup> Come osserva efficacemente ZANON, *op. cit.*, 619, «il complesso delle prerogative parlamentari è posto a tutela diretta della funzione parlamentare, e non invece dei parlamentari singolarmente considerati».

<sup>38</sup> *Id.*, *op. ult. cit.*, 638.

della funzione giurisdizionale. Sicché non è in discussione la prerogativa dell'autorità giudiziaria di accertare in concreto i fatti che giustificano la sussistenza delle condizioni legali di applicabilità di una determinata misura cautelare.

Non va dimenticato, come detto in precedenza, che già su di un piano generale, ossia prescindendo dalla particolare materia costituita dalla libertà personale dei parlamentari, la disciplina cautelare costituisce, in ambito processuale penalistico, il terreno di scontro di esigenze di segno diverso e per lo più contrapposte, le quali coinvolgono, in particolare ma non solo, il valore dell'effettività della funzione del processo e quello della presunzione di non colpevolezza.

Il bilanciamento di siffatti valori, tutti di rilievo costituzionale, ha determinato episodiche ma significative ricollocazioni del baricentro sistematico della disciplina.

L'esigenza garantista che deve fare da sfondo al sistema di gestione della complessa e delicata materia cautelare è infatti uscita il più delle volte soccombente a fronte della necessità - tutta 'politica' - di fronteggiare con soluzioni emergenziali situazioni di allarme correlate a specifici episodi criminali<sup>39</sup>.

E dunque merita di essere ancora una volta ribadito che la novella introdotta dalla l. 16 aprile 2015 n. 47 ha inteso ridefinire il quadro assiologico di fondo del sistema cautelare, restituendo centralità ai diritti della persona e ponendo al vertice della dinamica cautelare il principio del sacrificio minimo della libertà personale<sup>40</sup>, per effetto del quale la libertà dell'indagato/imputato deve essere la regola mentre la sua coercizione non può che costituire l'eccezione<sup>41</sup>. Si tratta di principi e valori stringenti che, se non deformati da un atteggiamento di chiusura della giurisprudenza, sono inequivocabilmente destinati a ridare vigore al principio di adeguatezza e, per questa via, a ridimensionare profondamente la funzione cautelare della custodia, secondo un criterio di residualità che destina la stessa a costituire effettivamente l'*extrema ratio* del

---

<sup>39</sup> Come rileva, da ultimo, ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie*, cit., 1141, l'ampliamento del catalogo dei reati rilevanti ex art. 275, comma 3, c.p.p., attuato con il d.l. 23 febbraio 2009, n. 38, ha riguardato reati anche molto eterogenei tra loro, ma di «notevole impatto mediatico».

<sup>40</sup> Come già detto siffatto principio viene evocato, in maniera autorevolissima, da C. cost., sent. n. 265/2010, cit.

<sup>41</sup> V., come già detto, SPANGHER, *Misure cautelari personali*, cit., 390. Vi è pure da notare che la riforma della custodia cautelare rappresentava, sul piano della completezza e della razionalità del sistema, il completamento degli altri interventi legislativi volti alla soluzione dell'emergenza carceraria, quali i cosiddetti 'svuotacarceri'.

sistema.

Orbene, arrestando il discorso sul terreno squisitamente processuale, non v'è dubbio che le vicende cautelari concernenti i parlamentari devono ispirarsi ai principi generali che sovrintendono alla materia, essendo evidente – ma l'affermazione è talmente banale che potrebbe essere addirittura taciuta – che non può immaginarsi un deterioramento dei meccanismi valutativi ed applicativi in ragione dello *status* soggettivo in discorso se non al caro prezzo, peraltro non consentito sul terreno costituzionale, di contraddire la già ricordata affermazione secondo la quale il parlamentare è innanzitutto una 'persona'.

Sennonché, la guarentigia di cui all'art. 68 comma 2 Cost. determina la necessità di collocare all'interno del dinamismo applicativo di una misura restrittiva della libertà personale la funzione dell'autorizzazione parlamentare. Ciò al fine di acquisire una metodologia di giudizio che, in qualche modo, dia senso ad un intervento dell'organo politico il quale, altrimenti, rischia di tradursi in un grado di giudizio o, in senso del tutto rovesciato, in una presa d'atto di tipo 'notarile' delle determinazioni provenienti dal giudice della cautela penale.

Nel primo caso, è evidente, rischiano di uscire compromesse l'autonomia della funzione giurisdizionale ed il valore dell'effettività della funzione del processo, con uno scivolamento verso forme di esercizio in concreto della prerogativa parlamentare poco conformi alla *ratio* della previsione e difficilmente accettabili sul piano sociale.

Nel secondo caso, invece, ad entrare in crisi sarebbe l'effettività della verifica parlamentare stessa, ridotta alla stregua di un inutile adempimento di tipo formale.

Ed allora il punto di partenza di un'analisi delle intersezioni che si generano tra disciplina e finalismo del sistema cautelare penale, da un lato, ed esigenze connesse alle funzioni di parlamentare, dall'altro, può tranquillamente rinvenirsi nell'osservazione secondo la quale la Camera investita da una richiesta di privazione della libertà personale di un suo componente «dovrebbe giungere ad una decisione, coordinando la valutazione che le è consentita sulla vicenda riguardante il proprio membro, con l'esigenza (la quale potrà talvolta prevalere) che la sua integrità di composizione sia rispettata fin quando ciò appaia ragionevolmente ammissibile»<sup>12</sup>.

L'affermazione implica risvolti valutativi notevoli, dal momento che prefigura innanzitutto un giudizio nel quale devono essere bilanciate esigenze giuridico processuali – quelle, per intendersi, afferenti alla vicenda che riguarda il par-

---

<sup>12</sup> ZANON, *Parlamentare (status di)*, cit., 638.

lamentare - e necessità correlate a quel compiuto funzionamento del sistema democratico di cui l'integrità e la funzionalità del Parlamento costituiscono il portato principale.

Indica, inoltre, la necessità di rifuggire da logiche di bilanciamento precostituite, non potendosi escludere che, sia pure dinanzi a vicende razionalmente e plausibilmente configurate sul versante giuridico-processuale, l'esigenza politica di preservare l'integrità del *plenum* possa ritenersi valore preminente e, quindi, da salvaguardare.

Prima di andare oltre merita di essere richiamato, in via generale, l'insegnamento della Corte costituzionale secondo il quale, nell'ambito del sistema costituzionale, le disposizioni che sanciscono immunità e prerogative a tutela della funzione parlamentare, in deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione - principio che si pone alle origini della formazione dello Stato di diritto - devono essere interpretate nel senso più aderente al testo normativo<sup>43</sup>.

«L'art. 68 Cost.» - ha, pertanto, chiarito la Corte - «mira a porre a riparo il parlamentare da illegittime interferenze giudiziarie sull'esercizio del suo mandato rappresentativo; a proteggerlo, cioè, dal rischio che strumenti investigativi di particolare invasività o atti coercitivi delle sue libertà fondamentali possano essere impiegati con scopi persecutori, di condizionamento, o comunque estranei alle effettive esigenze della giurisdizione. La necessità dell'autorizzazione viene meno, infatti, allorché la limitazione della libertà del parlamentare si connetta a titoli o situazioni - come l'esecuzione di una sentenza di condanna irrevocabile o la flagranza di un delitto per cui sia previsto l'arresto obbligatorio - che escludono, di per sé, la configurabilità delle accennate evenienze. Destinatari della tutela, in ogni caso, non sono i parlamentari *uti singuli*, ma le Assemblee nel loro complesso. Di esse si intende preservare la funzionalità, l'integrità di composizione (nel caso delle misure *de libertate*) e la piena autonomia decisionale, rispetto ad indebite invadenze del potere giudiziario»<sup>44</sup>.

«In tale prospettiva» - continua il Giudice delle leggi - «l'autorizzazione pre-

<sup>43</sup> C. cost., sent. n. 390/2007, in *Cass. pen.*, 2008, 1, 47.

<sup>44</sup> C. cost., sent. n. 390/2007, *cit.* Mette in rilievo, sul punto, ZANON, *Parlamentare (status di)*, *cit.*, 638: «la necessità che sia rispettata l'integrità della rappresentanza parlamentare discende direttamente dal principio della sovranità popolare. Non si tratta di garantire un'integrità puramente numerica (giacché l'art. 64, 3° co., Cost. non richiede, per la validità delle deliberazioni delle Camere, la presenza di tutti i loro membri), né di salvaguardare la composizione o gli interessi dei singoli gruppi parlamentari: quel che conta è la garanzia della corrispondenza della composizione politica complessiva del Parlamento (considerando anche i rapporti maggioranza-opposizione) alla volontà espressa dal corpo elettorale».

ventiva - contemplata dalla norma costituzionale - postula un controllo sulla legittimità dell'atto da autorizzare, a prescindere dalla considerazione dei pregiudizi che la sua esecuzione può comportare al singolo parlamentare. Il bene protetto si identifica, infatti, con l'esigenza di assicurare il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti dei membri del Parlamento, e non con gli interessi sostanziali di questi ultimi (riservatezza, onore, libertà personale), in ipotesi pregiudicati dal compimento dell'atto; tali interessi trovano salvaguardia nei presidi, anche costituzionali, stabiliti per la generalità dei «sociati»<sup>45</sup>.

Le coordinate del giudizio sottostante la deliberazione della Camera di appartenenza vengono dunque individuate, seguendo un'impostazione di tipo classico, nella verifica del cd. *fumus persecutionis*, ossia di un intento persecutorio nei confronti del parlamentare che, manifestandosi nell'assenza dei presupposti di fatto integranti gli elementi delle fattispecie della dinamica cautelare costituite dai gravi indizi di colpevolezza e dalle esigenze cautelari, rende *ex sé* ingiustificata la restrizione della libertà personale.

Limitandoci per ora ad alcune considerazioni soltanto introduttive e rinviando ai paragrafi successivi una più articolata analisi sul punto, è ovvio che, identificandosi in quanto detto l'essenza del *fumus persecutionis*, la verifica parlamentare comporta la necessità di esercitare un controllo sui contenuti dell'accusa. Sotto questo aspetto, assume significato la previsione contenuta nell'art. 5, l. 20 giugno 2003, n. 140, secondo cui con la richiesta di autorizzazione all'esecuzione di un provvedimento limitativo della libertà personale, l'autorità competente enuncia il fatto per il quale è in corso il procedimento, indicando le norme di legge che si assumono violate, e fornisce alla Camera gli elementi su cui si fonda il provvedimento<sup>46</sup>.

Per come meglio vedremo in seguito, la necessaria disponibilità degli elementi che sostengono il provvedimento restrittivo rafforza l'effettività della verifica parlamentare, evocando l'esplicazione di una reale forma di controllo che, tuttavia, non può spingersi fino al punto di realizzare un'autonoma valutazione in fatto degli elementi di prova posti alla base dell'ordinanza cautelare.

Così intendendo il potere di verifica, invero, il Parlamento si sostituirebbe all'autorità giudiziaria divenendo esso stesso giudice della cautela, con un

<sup>45</sup> C. cost., sent. n. 390/2007, *cit.*

<sup>46</sup> La norma rievoca la previsione contenuta nell'art. 5, d.l. 16 maggio 1994, n. 291, provvedimento del quale fa salvi gli effetti. La disposizione in discorso, come si avrà modo di vedere, assume rilevanza centrale nella motivazione di C. cost., sent. n. 188/2010, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2221. In dottrina, al riguardo, CIAURRO, *L'arresto del parlamentare: esigenze cautelari vs integrità del plenum*, Napoli, 2011, 603 ss.

inammissibile azzeramento dell'intera fase giudiziale a tutto vantaggio di un momento valutativo che, assolutamente avulso dalle regole del procedimento penale, metterebbe in serio pericolo il principio costituzionale di uguaglianza e, ancora di più, quello dell'unicità della giurisdizione.

Sia pure limitatamente alla sola vicenda cautelare - dal momento che con la riforma introdotta dalla l. cost. 29 ottobre 1993, n. 3 si è sostituito l'istituto dell'autorizzazione a procedere con un sistema di autorizzazione *ad acta*, ossia avente ad oggetto specifiche attività procedurali - la Camera di appartenenza diventerebbe, infatti, il giudice del parlamentare. Una sorta di giudice 'speciale', non soltanto non previsto dalla Costituzione, ma da questa in via generale vietato e certamente non voluto nel momento in cui si è previsto che il Parlamento debba inserirsi nella vicenda cautelare attraverso l'adozione di un provvedimento che si correla al contenuto sostanziale dell'atto da autorizzare.

Potere di autorizzazione, lo scrivevamo già nella premessa, del tutto privo di ogni indicazione quanto alle forme del controllo ed al suo stesso perimetro di applicazione, al punto da rendere complessa l'interpretazione dell'art. 68 Cost. - sospeso per come esso risulta tra contrapposti principi tutti di livello costituzionale - ed accentuare il rischio che prevalgano, siccome estremamente semplici da formulare, soluzioni precostituite prospettabili da chi, in modo aprioristico, accetti di schierarsi dall'una ovvero dall'altra parte.

Pertanto se, come precisato dalla Corte costituzionale, l'autorizzazione preventiva contemplata dalla norma costituzionale postula un controllo sulla legittimità dell'atto da autorizzare, il criterio di giudizio che consente di realizzare il giusto punto di equilibrio tra prerogative parlamentari ed esigenze processuali potrebbe essere individuato nel paradigma che costituisce la sagoma del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione. Con riferimento, dunque, ai casi di ricorso previsti dall'art. 606 comma 1 c.p.p., nella parte in cui permettono di censurare la violazione di legge ovvero, e soprattutto, i difetti di motivazione del provvedimento.

Nell'ottica di una soluzione siffatta il Parlamento, dunque, non valterebbe le prove al fine di verificare la ricostruzione dei fatti offerta dall'autorità giudiziaria, ovvero - come sovente ribadisce la Corte di cassazione in relazione ai limiti del sindacato di legittimità - al fine di vagliare la congruità di costruzioni alternative. Ma esaminerebbe l'ordinanza e gli atti del procedimento cautelare perché da entrambi potrebbe, nei limiti del controllo di legittimità e, a titolo esemplificativo, rilevare: l'assenza dell'autonoma valutazione degli elementi di prova sui punti concernenti il ricorrere dei gravi indizi di colpevolezza e delle

esigenze cautelari, imposta dall'art. 292 comma 2 lett. c) e c-bis) c.p.p. nella versione riscritta dalla l. 16 aprile 2016, n. 47<sup>47</sup>; eventuali casi di travisamento della prova che risultino dagli atti<sup>48</sup>; i difetti motivazionali in punto di gravi indizi di colpevolezza; i difetti motivazionali in relazione a ciascuno degli elementi delle fattispecie descritte dall'art. 274 c.p.p.<sup>49</sup>.

Prefigurata questa soluzione al fine di ricondurre entro ambiti ragionevoli e costituzionalmente compatibili la verifica parlamentare sulla richiesta di restrizione della libertà personale, il discorso deve spingersi oltre, posto che, come già detto anche richiamando autorevoli prese di posizione della Corte costituzionale, alla valutazione sulla vicenda riguardante il proprio componente si sovrappone la considerazione dell'esigenza che l'integrità di composizione della Camera parlamentare sia rispettata<sup>50</sup>.

Il parametro di riferimento di siffatta valutazione - di secondo livello, se vogliamo definirla così - lo si può ricavare dalla complessiva sistematica motivazionale di una decisione costituzionale costituente anche oggi un ineliminabile strumento ricostruttivo delle questioni che la materia evoca.

La Corte costituzionale, difatti, in un caso relativo all'autorizzazione all'acquisizione ed all'uso di tabulati telefonici e, dunque, in relazione ad una materia certamente incisiva della sfera di libertà del parlamentare ma molto meno carica di effetti afflittivi rispetto a quella costituita dalla cautela personale, ha chiarito che «la delimitazione dei poteri, spettanti nella procedu-

<sup>47</sup> V., per l'incidenza delle modifiche predette, CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, 179.

<sup>48</sup> V., in relazione a siffatta tipologia di vizio della motivazione, Cass., sez. V, 25 settembre 2007, n. 39048: «in tema di motivi di ricorso per cassazione, a seguito delle modifiche dell'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p. ad opera dell'art. 8, l. n. 46 del 2006, mentre non è consentito dedurre il "travisamento del fatto", stante la preclusione per il giudice di legittimità di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella compiuta nei precedenti gradi di merito, è, invece, consentito dedurre il vizio di "travisamento della prova", che ricorre nel caso in cui il giudice di merito abbia fondato il proprio convincimento su una prova che non esiste o su un risultato di prova incontestabilmente diverso da quello reale, considerato che, in tal caso, non si tratta di reinterpretare gli elementi di prova valutati dal giudice di merito ai fini della decisione, ma di verificare se detti elementi sussistano».

<sup>49</sup> V., per chiarire la portata del controllo parlamentare sulla motivazione, Cass., Sez. III, 12 ottobre 2007, n. 40542: «nell'ipotesi di ricorso per mancanza o manifesta illogicità della motivazione, il sindacato in sede di legittimità è limitato alla sola verifica della sussistenza dell'esposizione dei fatti probatori e dei criteri adottati al fine di apprezzarne la rilevanza giuridica nonché della congruità logica del ragionamento sviluppato nel testo del provvedimento impugnato rispetto alle decisioni conclusive. Ne consegue che resta esclusa la possibilità di sindacare le scelte compiute dal giudice in ordine alla rilevanza ed attendibilità delle fonti di prova, a meno che le stesse non siano il frutto di affermazioni apodittiche o illogiche».

<sup>50</sup> ZANON, *Parlamentare (status di)*, cit., 638.

ra di autorizzazione, all'autorità giudiziaria procedente e all'organo parlamentare, si coglie nelle disposizioni dell'art. 5 e dell'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003. Esse stabiliscono il dovere della prima di indicare nella richiesta gli "elementi" su cui essa "si fonda", con ciò evocando, da un lato, le specifiche emergenze probatorie fino a quel momento disponibili e, dall'altro, la loro attitudine a fare sorgere la "necessità" di quanto si chiede di autorizzare. A fronte di ciò - e per converso - la Camera deve poter rilevare, dall'esame della richiesta (e degli eventuali allegati), che sussistono sia il requisito, per così dire, "negativo" dell'assenza di ogni intento persecutorio o strumentale della richiesta, sia quello, per così dire, "positivo" della affermata necessità dell'atto, motivata in termini di non implausibilità<sup>51</sup>.

La Corte costituzionale, nel caso che concretamente è stato sottoposto alla sua attenzione, ha pure avuto modo di specificare che «[l]a richiesta, poi, non propone all'organo parlamentare alcun elemento e argomento per apprezzare la "continenza" dell'atto nel rapporto tra esigenze di investigazione e esigenze - appunto - di "contenere" nei limiti della "necessità (assoluta)" l'incidenza sui valori costituzionali tutelati»<sup>52</sup>.

'Assoluta necessità' e 'continenza' sono criteri guida dal pregnante valore sistematico e la traslazione delle predette coordinate di giudizio - non a caso delineate dalla Corte costituzionale nell'ambito dell'impalcatura valutativa che sorregge nel suo complesso il sistema delle guarentigie previsto dall'art. 68 Cost. - consente di pervenire ad una prima conclusione circa i contenuti del controllo di secondo livello affidato al Parlamento.

La continenza nei limiti dell'assoluta necessità di travolgere l'integrità del consesso parlamentare è regola di giudizio che sovrappone la sua portata a quella delle ordinarie regole in materia di misure cautelari, circondando di specificità, sia sul versante dimostrativo che su quello argomentativo e motivazionale, il segmento valutativo delineato dalle predette regole.

Sembra oltremodo chiaro che la necessità - che si vuole sia assoluta - costituisce elemento di fattispecie dal quale non si può mai prescindere nell'*iter* procedimentale che, riguardando un parlamentare, prende avvio con la presentazione della richiesta e si conclude con la deliberazione della Camera di appartenenza.

Ma, ancora prima, essa produce i propri effetti restrittivi nel procedimento cautelare che dà vita al provvedimento da autorizzare, costituendo la valutazione di assoluta necessità un segmento ineliminabile del complessivo itine-

<sup>51</sup> C. cost., sent. n. 188/2010, *cit.*

<sup>52</sup> Cfr., ancora, C. cost., sent. n. 188/2010.

rio valutativo che il giudice della cautela deve seguire e del quale deve dare conto, con congruità e completezza, nel compendio motivazionale.

Sul punto, però, occorre essere chiari, dato che il giudizio che il Parlamento è chiamato ad enunciare in questo secondo momento della verifica sulla richiesta di autorizzazione non è sovrapponibile a quello che l'autorità giudiziaria esprime nel suo provvedimento e nella richiesta che ne segue: tecnico il secondo, conserva una matrice tecnico-politica il primo.

Ed allora, il parametro della necessità fa sì che il Parlamento non possa limitare il proprio approccio alla vicenda cautelare concernente il singolo membro delle Camere seguendo uno schema minimale che si concentri sulla verifica dei presupposti costituiti dalla sussistenza in concreto dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari, dovendo esso stesso compiere un 'proprio' vaglio di assoluta necessità della restrizione ed esporre in motivazione gli elementi che hanno costituito oggetto della valutazione, i criteri adottati ed i risultati conseguiti.

Il giudizio rimesso al Parlamento è dunque di natura politica, anche se in una sua prima fase - per come abbiamo più volte osservato - è di tipo giuridico, sia pure limitatamente agli aspetti di legittimità della richiesta. Si potrebbe pertanto definirlo come un giudizio in due fasi, dove il giudizio di natura politica addirittura può anche neutralizzare la presunzione di pericolosità sociale di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. Va da sé che in questi ultimi casi il requisito della inderogabilità è riferito alla necessità di tutelare il *plenum* e quindi le esigenze di natura politica devono risultare di eccezionale portata, data anche l'enorme gravità dei reati che impongono il ricorso all'art. 275 comma 3 c.p.p.<sup>53</sup>

È ora il caso di tirare le prime conclusioni.

Malgrado l'approccio utilizzato abbia talvolta privilegiato l'adattamento dell'autorizzazione di cui all'art. 68 comma 2 Cost. alla disciplina della custodia cautelare in carcere, alcuni risultati di non secondaria importanza sono già emersi anche con riferimento all'istituto alternativo degli arresti domiciliari.

---

<sup>53</sup> Sul punto si consideri la copiosa giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 275 c.p.p., la quale ha progressivamente ridimensionato la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere (cfr. sent. n. 265/2010, n. 264/2011, n. 231/2011, n. 57/2013, n. 213/2013, n. 232/2013, n. 48/2016, tutte in *Dir. pen. proc.* 2015, 1008, con nota di MAIELLO). Presunzione che, se è ragionevole ove si proceda in relazione al delitto di cui all'art. 416-bis c.p., non lo è rispetto ad altre ipotesi di reato alle quali tale presunzione era stata estesa al fine di soddisfare esigenze - per lo più simboliche - di potenziamento della carcerazione *ante iudicium*. In dottrina, tra i penalisti, cfr. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 1412 ss.

In particolare il tema della centralità degli arresti domiciliari nel contesto della disciplina generalista della custodia cautelare in carcere, del ruolo svolto in particolare, ma non solo, dall'art. 5 della l. n. 140/2003, ma soprattutto del testo dell'art. 68 Cost. che vieta l'autorizzazione nel caso di reato flagrante e di giudicato. Circostanza, questa, indicativa della inutilità dell'autorizzazione tutte le volte in cui la responsabilità è incontrovertibile perché coperta dal giudicato, ovvero perché assistita da prova evidente e quindi inconfutabile. Da questo dato testuale non ci si può esimere dal trarre conclusioni riconducibili allo schema del cd. *argumentum a contrario*. Infatti, se l'autorizzazione è superflua nei casi sopra citati, dal momento che non può essere valutato ciò che costituisce cosa giudicata o che invece è assistito da prova inconfutabile, è altrettanto vero che ove non ricorrano le categorie della incontrovertibilità o della certezza, ossia nei casi nei quali si deve autorizzare davvero, l'autorizzazione stessa implica un processo di valutazione. Processo senza il quale si smarrirebbe, non soltanto la razionalità dell'art. 68 comma 2 Cost., ma addirittura la sua stessa utilità.

I risultati ai quali siamo provvisoriamente giunti costituiranno la traccia per un ulteriore ampliamento della riflessione, ma anche - e forse più appropriatamente - i parametri da convalidare o confutare nel corso dei successivi paragrafi.

4. *Integrità del plenum vs. effettività del giudizio?* Si è già detto della complessità di un problema giuridico nel quale confluiscono principi costituzionali opposti, rendendo davvero difficile un giudizio di bilanciamento che attribuisca effettività all'art. 68 comma 2 Cost. e insieme tuteli l'autonomia della magistratura.

Se è vero che la natura anche 'politica' delle valutazioni rimesse al Parlamento ci garantisce circa la diversità di ampiezza del giudizio attribuito alle Camere rispetto a quello proprio dell'autorità giudiziaria, evitando il rischio di sovrapposizioni, è anche vero che la fase a contenuto giuridico non può risolversi in una sorta di sindacato sull'operato del giudice di merito compiuto mediante un accesso agli atti processuali talmente compenetrato sul fatto da consistere in una sorta di improprio giudizio di secondo grado, del tutto sostitutivo del precedente<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Sul punto, nell'ambito di una letteratura vastissima, oltre al classico studio di ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, Torino, 1979, 63 ss., si vedano, senza alcuna pretesa di completezza, AZZARITI, *Politica e processi*, in *Giur. cost.*, 2004, 837 ss.; BARBIERI, *L'autorizzazione ad acta nei confronti dei parlamentari*, in *Giust. pen.*, 2000, n. 8, pt. 3, 449 ss.; PIZZORUSSO, *Immunità parlamentari e diritti di*

Peraltro, anche a prescindere dall'ampiezza del potere di autorizzazione del Parlamento, non vi è dubbio che le Camere non possano decidere in maniera arbitraria, ma debbano munirsi di una plausibile regola di giudizio<sup>55</sup>. Plausibile perché capace di costituire un giusto punto di equilibrio tra contrapposti principi già richiamati, tutti però convergenti nel delineare la fisionomia della complessa vicenda della quale ci stiamo occupando.

Sul punto è anche il caso di ricordare quanto abbiamo già osservato, cioè che il principio della separazione dei poteri negli ordinamenti democratici è corretto dalla reciprocità del controllo e dal bilanciamento, nonché dalla necessità che i poteri convivano tra di loro<sup>56</sup>.

In un quadro così conflittuale il punto di partenza dell'intero ragionamento può essere costituito dal comprendere se la garanzia prevista dall'art. 68 comma 2 Cost. vada ascritta al parlamentare, così ricostruendola come un privilegio personale, ovvero alle assemblee. In quest'ultimo caso delineando al contrario i tratti di una prerogativa di tipo oggettivo perché connessa all'esercizio delle funzioni parlamentari, quindi a difesa dell'intera istituzione parlamentare.

Anche sulla scorta delle considerazioni già esposte non sembra potersi dubitare che quest'ultima soluzione sia preferibile rispetto alla prima, in quanto del tutto coerente con i principi costituzionali regolativi della materia.

La soluzione alternativa, infatti, si rivela subito in conflitto con il fundamenta-

---

*azione e di difesa*, in *Foro it.*, V, 2000, 302 e ss.; AZZARITI, ROMBOLI, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 247 ss.; CERASE, *Art. 68*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, II, Torino, 2006, 1310 ss.; DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, in AA.VV., *Il Parlamento*, a cura di L. Violante, Torino, 2001, 1009 ss.; PACE, *Immunità politiche e principi costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 385 ss.; PUGIOTTO, *Sull'immunità delle alte cariche*, in *Dir. e giust.*, 5/2004; ROMBOLI, *Alcune osservazioni sulla l. n. 140/2003 in tema di immunità parlamentari*, in *Foro it.*, 2003, I, 2158 ss.; ID., *Qualche riflessione sulle conseguenze di un'interpretazione "larga" dell'immunità penale sostanziale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli, 2004, 1919 ss.; SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, 2000, 656 ss.; MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, Milano, 2008, 121 ss.; BARTOLE, *La Corte costituzionale delimita l'inviolabilità parlamentare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 53 ss.; NEGRI, *Procedimento a carico dei parlamentari*, in AA.VV., *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di Orlandi e Pugiotto, Torino, 2005, 378 ss.; MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, 239 ss.; CICONETTI, *Diritto parlamentare*, Torino, 2005, 83 ss.; MAZZONI HONORATI, *Diritto parlamentare*, Torino, 2005, 131 ss.; MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano, 2010, 89 ss.

<sup>55</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 463/1993, in *Giust. pen.*, 1994, I, 100.

<sup>56</sup> Secondo SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, 2000, 65 ss., le sentenze nn. 462, 463 e 464 del 1993 (tutte in *Giust. pen.*, 1994, I, 100), pronunciate dopo la riforma dell'art. 68 Cost., hanno evidenziato (lo si è già sottolineato alla nota 1) che il potere parlamentare deve svolgersi entro i limiti derivanti dalla convivenza con gli altri poteri dello Stato.

le principio di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge. Vizio, questo, che si elimina solo se la garanzia è collocata in un contesto oggettivo-funzionale.

Peraltro l'idea opposta di un privilegio soggettivo e personale del parlamentare, come titolare di una sfera giuridica più dilatata rispetto a quella degli altri cittadini, non trova alcuna altra giustificazione compatibile con il nostro assetto costituzionale<sup>37</sup>.

Nella medesima direzione di una tutela del Parlamento e della integrità del suo *plenum* depone poi inequivocabilmente anche la non rinunciabilità della garanzia stessa. Circostanza, questa, del tutto ingiustificata in un contesto di privilegio personale<sup>38</sup>. In effetti il principio dell'integrità del *plenum*, nel senso che questo è tendenzialmente inalterabile, salvo il ricorrere di fatti eccezionali, è di chiara matrice politica. Ciò per l'ovvia ragione che esso prefigura un complesso di interessi che riguardano soltanto le assemblee in quanto titolari del potere politico, i quali poi minimamente rientrano nel campo di azione dell'autorità giudiziaria che non avrebbe nemmeno gli strumenti per valutarli<sup>39</sup>.

Anche da queste ultime riflessioni emerge ancora una volta la connotazione 'politica' del giudizio rimesso alla Camera di appartenenza. Conclusione, questa, alla quale tuttavia sarebbe agevole obiettare che così ragionando la soluzione del problema non sembrerebbe progredire, dal momento che una

<sup>37</sup> Secondo PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, 319, l'art. 68 comma 2 Cost. è stato sovente «l'espressione di un privilegio, utilizzato a favore degli interessi personali dei parlamentari piuttosto che di una prerogativa parlamentare propriamente detta, concepita dall'ordinamento per il migliore esercizio della rispettiva funzione».

<sup>38</sup> Cfr. C. cost., sent. n. 9/1970, in *Dejure*. In dottrina, sul principio dell'integrità del *plenum*, cfr., ad esempio, DI CIULO, CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2003, 107 ss.; GIGLIOTTI, *Immunità parlamentari versus autorità giudiziaria: il caso dell'illecito penale*, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, n. 4, 1 ss.; MONTAGNA, *Le autorizzazioni ad acta per i parlamentari*, in *Le immunità nel diritto interno e comparato*. Atti del Convegno di Perugia, 25-27 maggio 2006, a cura di Angelini e Oliviero, Torino 2014, 208 ss.; BRUNELLI, *Le immunità penali dei parlamentari in Italia*, in *Le immunità penali della politica*, a cura di Fumu e Volpi, Bologna, 2012, 197 ss.; CARCANO, *Le immunità penali della politica: aspetti processuali*, ivi, 211 ss.; LIPPOLIS, *Le immunità penali dei parlamentari in Italia*, ivi, 69 ss.

<sup>39</sup> Il caso di una richiesta avanzata dall'autorità giudiziaria nei confronti di un parlamentare che risponda in concorso con altri cittadini del fatto che gli viene addebitato, esemplifica bene, da un lato l'impossibilità che l'autorità giudiziaria si faccia carico di valutazioni di ordine politico, dall'altro la stessa necessità di avanzare la richiesta di arresto del parlamentare, non potendo la medesima autorità giudiziaria trattare quest'ultimo più favorevolmente rispetto a comuni cittadini. Sul tema, in generale, cfr. NEGRI, *Procedimento a carico dei parlamentari*, in AA.VV., *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di Orlandi e Pugiotta, Torino, 2005, 378 ss., secondo il quale i tempi, i modi ed i criteri utilizzati per deliberare il diniego dell'autorizzazione continuano a rappresentare il lato oscuro della garanzia dell'inviolabilità, ed è proprio dalle ambiguità di cui soffrono questi profili che nascono gli abusi nella gestione dell'istituto.

valutazione ‘politica’ è altrettanto inafferrabile quanto lo è il sostantivo ‘autorizzazione’<sup>60</sup>. In altri termini, aggettivare il giudizio come ‘politico’ non sembrerebbe aggiungere nulla alla già evidenziata indeterminatezza del testo dell’art. 68 comma 2 Cost.

Tuttavia qui il termine ‘politico’ non è usato in un’accezione generica, ma riflette la ben limitata esigenza di tutelare il risultato elettorale, la stabilità dell’azione legislativa e di governo e, quindi, prima ancora, lo stesso principio di sovranità popolare sul quale si regge ogni moderna democrazia<sup>61</sup>.

Il versante degli interessi politici rappresenta dunque l’elemento ulteriormente differenziale in grado di separare quella parte di valutazione che spetta alla magistratura rispetto a quella propria del Parlamento.

C’è però da aggiungere che, pur presentato in questi modificati termini, il problema non può ritenersi risolto. Infatti la valutazione politica, ancorché arricchita dei principi costituzionali richiamati, mancherebbe comunque di oggetto e resterebbe anche priva di ogni indicazione in grado di sorreggerne l’interpretazione. Tuttavia deve osservarsi che al di fuori e in assenza di un controllo sul contenuto degli atti sui quali si fonda la richiesta, non si riesce davvero a capire che senso abbia il richiamo ad una procedura autorizzativa alla quale è per definizione commesso l’esercizio di un potere di controllo<sup>62</sup>. Pertanto, nel dualismo tra ciò che deve essere oggetto del potere di autorizzazione e il criterio alla stregua del quale esercitare il controllo che prelude alla concessione ovvero al diniego dell’autorizzazione, siamo giunti alla conclusione – che anche in seguito risulterà confermata da ulteriori convergenti ri-

---

<sup>60</sup> Già in passato non si era mancato di segnalare in dottrina come le Camere negassero sistematicamente l’autorizzazione ponendovi a fondamento il carattere ‘politico’ dei comportamenti incriminati. In questa direzione, cfr. LOJACONO, *Le prerogative dei membri del Parlamento (art. 68 della Costituzione)*, Milano, 1954.

<sup>61</sup> Secondo ROMANO, *La rappresentanza politica come legittimazione politica*, in *Archivio di diritto costituzionale*, Torino, 1990, 235, la competenza della Camera di accordare o negare l’autorizzazione ha carattere prevalentemente politico, e quindi i criteri con cui può esercitarsi non possono essere soltanto di stretta giustizia, ma anche di semplice opportunità politica.

<sup>62</sup> Secondo SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Torino, 2009, 161-163, vi è una precisa disposizione di legge idonea a legittimare un controllo accurato del provvedimento volto all’ottenimento dell’autorizzazione all’arresto. Se nel codice di rito del 1988 figuravano i requisiti che il pubblico ministero avrebbe dovuto rispettare per un’idonea richiesta di autorizzazione (*id est*: enunciazione del fatto per il quale si intendesse procedere, indicazione delle norme di legge violate, elementi fondanti la richiesta di autorizzazione), a seguito della riforma dell’art. 68 Cost. ad opera della l. n. 140 del 2003 si è introdotta una norma specifica regolante il contenuto della richiesta di autorizzazione *ad acta*. Si tratta dell’art. 6 che, richiamando il contenuto dell’art. 5 della medesima legge, all’uopo adattato alle peculiarità delle intercettazioni indirette, prescrive che la richiesta debba contenere gli elementi sulla cui base si fonda e dovrà essere allegata copia integrale dei verbali, delle registrazioni e dei tabulati di comunicazione.

lievi – secondo la quale gli atti del procedimento, che costituiscono la base della richiesta, analogamente costituiscono l’oggetto intorno al quale si esercita il potere di controllo.

Resta ora da comprendere quali siano le regole alla luce delle quali compiere il complessivo giudizio di autorizzazione<sup>63</sup>. Giudizio che deve tener conto anche di interessi politici non tipicizzabili<sup>64</sup>.

5. *Il fumus persecutionis: una categoria dai confini incerti, sospesa tra i piani del diritto e della opportunità politica.* Il *fumus persecutionis* pone due problemi. Intanto quale sia la sua base normativa o, per meglio dire, se una base normativa esista davvero. In secondo luogo quali sono gli elementi dai quali si può trarre la prova della sua esistenza. Ciò è di particolare rilievo per il rischio che la categoria – a dire il vero già di per sé problematica – appaia del tutto astratta e indimostrabile<sup>65</sup>. Ovvero, peggio, talmente flessibile da risultare

---

<sup>63</sup> La giurisprudenza parlamentare, prima della riforma ad opera della legge n. 3/1993, opponeva il diniego all’autorizzazione a procedere alla luce di molteplici criteri, tra i quali esemplificativamente si segnalano: l’esistenza del *fumus persecutionis*; la manifesta infondatezza dell’accusa; il carattere ‘politico’ della stessa; la lieve entità del reato (tale da non giustificare la distrazione del parlamentare dalle sue funzioni); la mera natura indiziaria dei fatti di reato contestati; l’impossibilità di concedere la privazione della libertà personale del parlamentare in assenza di pericolo di fuga, di pericolo di inquinamento delle prove e di produzione di ‘allarme sociale’.

Prima del 1993 le Assemblee opponevano il diniego nella maggioranza dei casi, ravvisando un intento persecutorio dell’attività precedente, in modo da garantire l’integrità del *plenum*, a tutela del gruppo parlamentare di appartenenza e dell’esercizio della piena funzione parlamentare del singolo. La concessione veniva limitata ai casi di obiettiva gravità dei titoli di reato. Consta che le Camere, anche a seguito della riforma del 1993, hanno continuato a richiamare consolidate tradizioni parlamentari volte alla protezione dell’integrità della propria composizione. Fine, questo, giudicato prevalente e che, in quanto tale, può essere pretermesso solo in casi particolarmente gravi. Anche a seguito della riforma del 1993, l’attenzione delle Camere è stata infatti fondamentalmente orientata alla valutazione del *fumus persecutionis* e alla necessità di garantire il *plenum* assembleare alla luce del suo bilanciamento con le esigenze cautelari. Per una ricostruzione dei ‘criteri guida’, vd. già DOMINIONI, *Autorizzazione a procedere e salvaguardia del Parlamento: un rapporto in crisi*, in *Pol. dir.*, 1979, 27.

<sup>64</sup> Il tipo di controllo cui sono deputati rispettivamente Camere ed autorità giudiziaria è diverso: a riguardo delle valutazioni ‘di merito’, le Camere, pur compiendole, effettuano un’analisi politico-istituzionale, dovendo invece rimettersi all’autorità giudiziaria un controllo *stricto sensu* giuridico. I due ambiti non dovrebbero entrare in collisione. Il *fumus* si attegga alla stregua di ‘ragione più liquida’ attraverso la quale negare l’autorizzazione, vieppiù se si considera la possibilità da parte del parlamentare indagato di discutere sulla base di memorie difensive presentate in occasione dei chiarimenti alla Giunta, alla luce delle quali è invalsa la prassi dell’autorità giudiziaria di fornire integrazioni probatorie proprio per garantire una completa difesa da parte dell’indagato, nella quale, inevitabilmente, si affrontano questioni di merito all’interno di un anomalo contraddittorio. Secondo MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padova, 1999, 293 ss., se i confini del controllo parlamentare non vengono chiariti, è difficile evitare sbandamenti della prassi e arbitrii, con squilibrio nei rapporti tra Camere e magistratura.

<sup>65</sup> MONTAGNA, *Autorizzazione a procedere ed autorizzazione ad acta*, Padova, 1999, 313 ss.

compatibile anche con le più opposte esigenze, rafforzando così il sospetto di un istituto in grado di soddisfare ogni esigenza, proprio perché privo di contenuti.

Quanto al primo dei problemi occorre notare come il *fumus persecutionis* non abbia alcuna base nel diritto. Piuttosto costituisce il frutto di soluzioni prasseologiche maturate all'interno della giurisprudenza parlamentare<sup>66</sup>.

Quanto, poi, agli elementi dai quali se ne dovrebbe trarre la prova, non può tacersi che proprio da questi sorgano i maggiori dubbi circa la plausibilità della soluzione<sup>67</sup>. Infatti, se la si analizza con riferimento a ciò che effettivamente implica, ci si avvede che il brocardo in realtà comporta il controllo degli atti posti a base della richiesta di arresto.

Per confermare il sospetto che dietro al *fumus* si celi altro basta riflettere sui tre casi che compongono la categoria<sup>68</sup>.

In primo luogo vi è l'effettiva intenzione del magistrato richiedente di strumentalizzare la propria iniziativa giudiziaria per cagionare un'indebita privazione della libertà personale del parlamentare.

Seguendo gli schemi del dolo intenzionale<sup>69</sup> questa fattispecie ricorrerebbe nel caso in cui si dimostrasse che la richiesta di arresto non sarebbe mai stata avanzata se il richiedente non fosse stato motivato dall'obiettivo di arrecare

<sup>66</sup> Sulla indeterminatezza del requisito del cd. *fumus*, CERASE, *Art. 68*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, II, Torino, 2006, 1310 ss., il quale sostiene che, anche dopo il 1993, nel valutare la congruità della richiesta dell'autorità procedente attraverso la categoria di elaborazione parlamentare del *fumus persecutionis*, questo è stato, nella prassi, interpretato non solo come intento soggettivamente persecutorio reso palese dall'atto, ma anche in senso oggettivo, guardando ai vizi procedurali o logici del provvedimento rimesso al vaglio autorizzatorio delle Camere.

Sull'evanescenza del concetto di *fumus*, cfr. anche GIUPPONI, *Le immunità della politica*, Torino, 2005, secondo il quale l'impossibilità di comprendere cosa sia il *fumus* in termini pratico-applicativi, determina uno sconfinamento del giudizio delle assemblee.

<sup>67</sup> ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, cit., 60, rileva come il *fumus* fosse ravvisato non a fronte di intenti persecutori in senso soggettivo ma oggettivamente desumibili dal provvedimento, così 'annacquando' i confini del controllo dell'autorità procedente rispetto a quello delle Camere, con il rischio di sovrapposizioni indebite.

<sup>68</sup> Per una illustrazione dei casi dimostrativi dell'intento persecutorio, si veda la nota successiva.

<sup>69</sup> Nell'ovvia impossibilità di richiamare, anche solo in via approssimativa, la sterminata letteratura penalistica sul dolo, ci si limita a rinviare a BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960; GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953, spec. 14 ss.; FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1987, 1306 ss.; EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, spec. 118 ss.; si vedano anche, soprattutto per i delicati problemi probatori implicati dal giudizio di accertamento delle componenti costitutive del dolo, MARAFIOTI, *Appunti in tema di dolo e regime della prova*, in *Giur. it.*, 2002, c. 653; MASUCCI, *Fatto e valore nella definizione del dolo*, Torino, 2004, 28 ss.; PIERDONATI, *Struttura del dolo e meccanismi di formazione della prova*, in Marafioti, Masucci (a cura di), *Responsabilità penale e scorciatoie probatorie*, Torino, 2006, 41 ss.

danno al parlamentare.

Il *fumus persecutionis* di secondo grado, ovvero ‘soggettivo’, si trarrebbe dai tempi e dai modi della iniziativa giudiziaria. Tempi e modi tali da ingenerare il rischio di una possibile persecuzione.

Infine, il *fumus* di terzo grado, ovvero ‘oggettivo’, sarebbe provato dalla manifesta infondatezza della pretesa punitiva, anch’essa dimostrativa, in quanto tale, di un intento persecutorio<sup>70</sup>.

Se questo è il quadro all’interno del quale si delineano i casi che costituiscono la categoria del *fumus persecutionis* sembrano del tutto chiare le conseguenze che se ne debbono trarre.

La prima ipotesi è del tutto teorica. Essa infatti darebbe luogo a vere e proprie forme di responsabilità penale, in relazione a diverse ipotesi di reato, del proponente. Oltretutto in un contesto caratterizzato da evidenti difficoltà probatorie che graverebbero il parlamentare di una prova diabolica, soprattutto se si considerano la brevità della fase autorizzativa, la scarsa disponibilità di elementi probatori nel senso di una preordinata e intenzionale attività persecutoria, nonché la incompletezza delle informazioni e la non verificabilità dei fatti tipiche delle fasi iniziali di un procedimento penale.

È chiaro peraltro che la dimostrazione di un intento realmente persecutorio rappresenta un caso che non contribuisce in alcun modo alla comprensione della regola di giudizio alla quale il Parlamento dovrebbe ispirarsi nell’autorizzare l’arresto ai sensi dell’art. 68 comma 2 Cost. In altri termini, il *fumus persecutionis* di primo grado non suggerisce alcuna regola di giudizio, dal momento che ne fa radicalmente a meno. Così evidente è, in simili casi, l’impossibilità di autorizzare una richiesta che in realtà costituisce reato.

Le altre due ipotesi di *fumus persecutionis* possono costituire invece oggetto di utili riflessioni circa i limiti e il contenuto dell’autorizzazione. In questi casi l’intento persecutorio è percepito soltanto a livello di rischio del tutto indiretto, ossia come mera ipotesi che si può trarre dal malgoverno di regole proces-

---

<sup>70</sup> Per una illustrazione degli indici rivelatori del *fumus*, cfr. Senato della Repubblica, doc. IV n. 96 e 97 A (Sen. Domenico Pittella - 15 giugno 1983), Senato della Repubblica, doc. IV n. 56 - A (Sen. Severino Citaristi - 5 marzo 1993); Senato della Repubblica, doc. IV n. 2-A/R (Sen. Carmine Mensorio - 19 dicembre 1995); Senato della Repubblica, doc. IV n. 4 - A (Sen. Giuseppe Firrarello - 12 luglio 1999); Senato della Repubblica, doc. IV n. 8 - A (Sen. Vincenzo Nespoli - 15 luglio 2010); Senato della Repubblica, doc. IV n. 12 - A/I (Sen. Alberto Tedesco - 20 maggio 2011); Senato della Repubblica, doc. IV n. 13 - A (Sen. Domenico De Siano - 18 febbraio 2016).

suali che caratterizzerebbero l'iniziativa dei magistrati.

Per essere più precisi le ipotesi delle quali ci stiamo occupando si risolvono in specifiche censure alla condotta processuale dei magistrati. Quindi in un giudizio fortemente ancorato agli atti posti a base della richiesta di arresto. Non si vede infatti come altrimenti possa intendersi un giudizio che abbia ad oggetto i tempi e i modi dell'agire processuale, ovvero la manifesta infondatezza della pretesa punitiva. È chiaro che qui si evocano precise categorie del procedimento e del processo, come anche del diritto sostanziale. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alla tempestività dell'iscrizione della *notitia criminis*, alle ipotesi di cd. 'contestazione a catena', all'illegittima esecuzione di intercettazioni telefoniche o ambientali ovvero alla erronea qualificazione giuridica dei fatti per come accertati<sup>71</sup>.

A questo punto è chiaro che è puramente retorico chiedersi alla stregua di quale unità di misura possa legittimamente verificarsi il *fumus*. Risultando del tutto evidente che il parametro è costituito dal diritto penale.

Oltretutto se indicassimo i diversi parametri della politica quale prisma attraverso il quale valutare il comportamento processuale del giudice, finiremmo per rendere non soltanto del tutto discrezionale, ma anche arbitrario il giudizio del Parlamento. Così cadendo in un evidente errore che ulteriormente confermerebbe l'esattezza di una soluzione strettamente connessa al diritto.

Pertanto, proprio al fine di conferire concretezza ed effettività all'autorizzazione rimessa al Parlamento mediante l'indicazione di sicuri parametri, è inevitabile concludere che anche per questa via è dimostrato come l'unità di misura non possa che essere il diritto, ossia un controllo di natura giuridica degli atti processuali.

Dunque, anche attraverso queste ulteriori riflessioni si convalida l'assunto già formulato. Nella sua prima fase il giudizio di autorizzazione *ex art. 68 comma 2 Cost.* avrà ad oggetto la conformità della richiesta alle norme sostanziali e

---

<sup>71</sup> Sulla tempestività della iscrizione della *notitia criminis*, cfr., per tutti, AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, Milano, 2000; ID., *La posizione del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, Milano, 1996.

Sul fenomeno delle cd. 'contestazioni a catena', tra i molti, LUDOVICI, *La disciplina delle "contestazioni a catena"*, Padova, 2012, 43. Nella giurisprudenza costituzionale, si veda la sent. n. 293/2013, in *Cass. pen.*, 2014, 4, 1202.

Sulla complessa disciplina delle intercettazioni, anche alla luce dei problemi posti dal ricorso alle più moderne ed invasive tecniche investigative (come quelle basate su programmi del tipo *trojan horse*), cfr., di recente, BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2016, 2274 ss.

processuali di riferimento. Ossia, per come abbiamo già anticipato, si risolverà in un giudizio di legittimità della richiesta. Ecco quindi che l'autorizzazione rimessa al Parlamento, proprio attraverso la critica alla soluzione apparentemente extranormativa e prasseologica del *fumus persecutionis*, si risolve invece nella verifica dell'avvenuto rispetto di regole normative.

In altre parole, quanto emerge dall'analisi del rischio di intenti persecutori ci riporta al punto di partenza.

Negando che il Parlamento possa valutare la conformità al diritto dell'agire della magistratura, si finisce invece per dovere ammettere un vero e proprio giudizio di legittimità.

Si deve aggiungere che la categoria del *fumus persecutionis* manifestava segni di maggiore vitalità e fondatezza sotto il regime dell'autorizzazione a procedere che di per sé implicava un più dilatato ed incerto rapporto con le norme giuridiche di riferimento.

L'autorizzazione all'arresto, proprio perché beneficia tra l'altro della sponda costituita da una specifica regolamentazione legislativa la quale disciplina in quali ipotesi soltanto può disporsi la limitazione della libertà personale di ogni cittadino, ben si presta ad una valutazione di stretta conformità dell'agire del richiedente allo schema legislativo astratto. Pur con queste doverose premesse che certamente ridimensionano l'istituto del *fumus persecutionis*, vi è da osservare che quest'ultimo, volto a collegare i piani della giustizia e della opportunità politica, esprime pur sempre l'esigenza di tutelare funzioni cruciali per lo Stato democratico. Esigenza, questa, alla quale – per come già abbiamo osservato – non è certo estranea l'intangibilità del risultato elettorale né l'ulteriore principio della sovranità popolare, anch'esso posto a fondamento di ogni democrazia.

In conclusione, anche l'analisi del *fumus persecutionis* si risolve in casi che impongono di accedere agli atti del processo, così come la loro valutazione.

Occorre quindi uscire dall'equivoco, evitando che l'esitazione nel tirare le fila di un discorso così complesso ne impedisca l'esatta comprensione.

La verità è che l'infondatezza della pretesa punitiva, i tempi e i modi criticabili dell'agire dei magistrati, o si risolvono in un controllo – sia pure in termini di pura legittimità – sugli atti del procedimento penale, ovvero costituiscono indici meramente simbolici e declamatori di un controllo e di un'autorizzazione del tutto ineffettivi.

A ben riflettere, del *fumus* si può parlare solo in chiave di *ratio* storica, quindi in termini giustificativi delle cause che hanno imposto la tutela del Parlamento, non in chiave di regola di giudizio. In altri termini, parlando in difesa del

valore che può effettivamente attribuirsi al brocardo, il *fumus persecutionis*, in sé considerato, non ci dice nulla quanto alla regola di valutazione alla quale dovrebbe attenersi il Parlamento, dal momento che i veri parametri del giudizio risiedono tutti nel codice penale e in quello di diritto processuale penale. Se per amore della prassi volessimo continuare a usare la categoria del *fumus persecutionis* potremmo farlo. A condizione, però, di essere consapevoli dei casi costituenti reato i quali inequivocabilmente comportano (oltre all'obbligo di trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria) la naturale conseguenza del rigetto della richiesta, ovvero casi che implicano la necessità di accedere agli atti del processo per una delibazione di legittimità.

6. *Il passaggio dall'autorizzazione a procedere all'autorizzazione ad acta.* Nel quadro delle riflessioni sin qui compiute merita di essere più approfonditamente inserita anche l'ulteriore circostanza costituita dal fatto che a seguito della riforma dell'art. 68 Cost.<sup>72</sup> e della successiva introduzione della legge n. 140/2003 nell'attuale sistema si decide dell'arresto e non dell'autorizzazione a procedere nei confronti del parlamentare<sup>73</sup>. Occorre infatti chiedersi se il pas-

---

<sup>72</sup> Per analizzare compiutamente le dinamiche sottese al passaggio dall'autorizzazione a procedere all'autorizzazione *ad acta*, dopo la riforma dell'art. 68 Cost. avvenuta con legge costituzionale n. 3/1993, non si possono dimenticare le tormentate vicende che portarono alla suddetta novella. Il clima politico di quei mesi era arroventato da continui conflitti e dissidi tra politica e magistratura, sotto i colpi di un'inchiesta giudiziaria coinvolgente i principali attori politici del momento. La cd. inchiesta 'Mani pulite' era apparsa, ai più, come un'occasione per mettere freno al dilagante costume corruttivo che aveva dichiaratamente invaso il mondo economico e quello politico. Il principale 'ostacolo' all'avvio del processo penale era ritenuto proprio quello dell'autorizzazione a procedere ai sensi del 68 comma 2 Cost., a mente del quale i membri del Parlamento non potevano essere sottoposti a processo penale senza autorizzazione della Camera di appartenenza; del pari, in assenza di analoga autorizzazione, costoro non potevano essere arrestati o altrimenti privati della libertà personale (anche in esecuzione di una sentenza), né sottoposti a perquisizione personale o domiciliare, salvo il caso di flagranza di un delitto per il quale fosse obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura (comma 3). La costante interpretazione della suddetta disposizione costituzionale aveva dunque alimentato, nel sentire comune, l'idea del consolidamento di un odioso privilegio di impunità del parlamentare.

Questo, in sostanza, il motivo della riforma costituzionale attuata con la citata l. n. 3/1993, la quale conferma l'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati dai parlamentari nell'esercizio delle loro funzioni, adottando peraltro una formulazione più ampia ("non possono essere chiamati a rispondere"), rispetto alla precedente ("non possono essere perseguiti"); sopprime la richiesta di una previa autorizzazione della Camera di appartenenza al fine di sottoporre i parlamentari a procedimento penale; esclude la necessità di richiedere l'autorizzazione qualora si tratti di dare esecuzione ad una sentenza irrevocabile di condanna, oltre che nel caso (già previsto) in cui il parlamentare sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. In dottrina, per ulteriori approfondimenti, DI CIOLO, CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2013, 603 ss.

<sup>73</sup> Per approfondimenti sul tema, vd. già Casetta, *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 484 ss.; Dominioni, *Autorizzazione a procedere e salvaguardia del Parlamento: un rapporto in*

saggio da un sistema all'altro ci fornisca elementi utili a confermare la soluzione che sin dall'inizio abbiamo prospettato, ovvero a confutarla<sup>74</sup>. È chiaro peraltro come sia vero che in un sistema di autorizzazioni *ad acta* il Parlamento non può disporre di un unico criterio, bensì di tanti criteri per quanti sono gli atti da autorizzare<sup>75</sup>.

È ovvio però che qui noi possiamo interessarci soltanto dell'arresto del parlamentare e quindi del tema della libertà personale. Sul punto dobbiamo osservare che quest'ultimo istituto, ben più incisivamente rispetto all'abrogata ipotesi dell'autorizzazione a procedere, si dimostra in grado di influenzare concretamente il funzionamento delle assemblee<sup>76</sup>.

In altri termini l'esigenza di tutelare gli interessi politici e di garantire l'integrità del *plenum* si pone in maniera più netta ed immediata rispetto al caso dell'autorizzazione a procedere.

Né può sottacersi come la transizione dall'autorizzazione a procedere all'autorizzazione all'arresto garantisca comunque, anche nel caso di diniego, la celebrazione del processo. La limitazione della pronuncia delle assemblee alla esclusiva tutela della libertà personale non può essere svalutata all'interno di una cornice di principi costituzionali in bilanciamento. Infatti, anche a prescindere dal più volte richiamato principio di preminenza del bene libertà personale e dalla sua ulteriore valorizzazione, se di esso è titolare un parlamentare, non vi è dubbio che l'incondizionato potere di processarlo svuota di efficacia tutte quelle critiche stando alle quali l'autorizzazione all'arresto si porrebbe in conflitto con principi costituzionali come l'autonomia della magi-

---

*crisi*, cit., 23 ss.; in seguito, TRANCHINA, *Autorizzazione a procedere*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, 7 ss., 157 ss.; ZAGREBELSKY, *La riforma dell'autorizzazione a procedere*, in *Corr. Giur.*, 1994, 281 ss.

<sup>74</sup> Secondo ZANON, *Parlamentare (status di)*, cit., 616 ss., prima della l. n. 3/1993, si poteva distinguere tra autorizzazione al procedimento e al provvedimento ma, a seguito della crisi politica di quegli anni sgorgata in due conflitti di attribuzione alla Corte costituzionale che ha portato alla riforma dell'art. 68 Cost. si può univocamente parlare di autorizzazione *ad acta*. Appare singolare, peraltro, l'autorizzazione per atti quali perquisizioni e intercettazioni che sono tipicamente 'a sorpresa'. Ciò comporta che se i processi contro i parlamentari possono instaurarsi solo a seguito di 'denuncia' ai fini dell'autorizzazione si tratterà comunque di processi 'ad accusa depotenziata ed a prova dissimulata'.

<sup>75</sup> Secondo ORLANDI, *Le immunità nel diritto processuale penale*, in *Le immunità nel diritto interno e comparato*, cit., 195 ss., prima della riforma del 1993 il criterio del *fumus persecutionis* quale vaglio utile per rigettare la richiesta di autorizzazione da parte di un magistrato pareva coerente con il sistema e garantiva una sufficiente difesa avverso iniziative 'pretestuose' di mano giudiziale. Tuttavia, se tale criterio appare sufficiente non è, però, necessario in quanto la mancata autorizzazione al compimento dell'atto potrebbe fondarsi su motivi connessi col corretto funzionamento dell'assemblea fondamentale o con il regolare espletamento del mandato.

<sup>76</sup> In generale, sul tema della libertà personale cfr. il classico lavoro di GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976.

struttura e l'effettività del processo. È ovvio, infatti, come l'attuale normativa scarichi la garanzia sull'esclusivo versante della libertà personale e non ostacoli la celebrazione del processo.

Ora, se anche è sostenibile l'obiezione secondo la quale il rigetto della richiesta di autorizzazione all'arresto può nuocere alla effettività del processo, è anche vero che l'attuale potere di celebrarlo incondizionatamente riduca di molto l'efficacia della critica, soprattutto alla luce delle considerazioni sviluppate nei primi due paragrafi.

In aggiunta deve osservarsi come sia evidente che la richiesta di autorizzazione all'arresto comporta la devoluzione di questioni ben più complesse e tecniche rispetto a quelle poste dall'autorizzazione a procedere.

Se la custodia cautelare costituisce per ogni cittadino una *extrema ratio*, a maggior ragione rappresenta una *extrema ratio* l'arresto di un soggetto particolarmente tutelato.

Ecco per quale ragione l'autorizzazione all'arresto dovrebbe essere concessa soltanto in casi eccezionali sia sul versante oggettivo della gravità del reato contestato sia su quello soggettivo della pericolosità<sup>77</sup>.

Quanto è emerso con riferimento alla riforma del 1993 convalida la convinzione che il nuovo sistema rende semmai ancora più evidente l'eccezionalità dell'arresto di un parlamentare<sup>78</sup>.

In aggiunta deve osservarsi come la più volte richiamata legge n. 140/2003 – che elenca i provvedimenti sottoposti ad autorizzazione – conferma ulteriormente la necessità di compiere una valutazione sugli atti del procedimento.

---

<sup>77</sup> In passato, l'autorizzazione a procedere veniva concessa esclusivamente per gravi fatti di reato, *id est* fatti di sangue o reati contro la personalità dello Stato. Sebbene, allo stato attuale, i reati considerati gravi abbraccino anche reati di altra natura, l'operazione di bilanciamento mantiene il suo rigore, posta l'importanza della funzione costituzionalmente tutelata da contemperare. Al riguardo si vedano, ad esempio, i casi di concessione dell'autorizzazione per gravi reati: Moranino, I e II Legislatura, Saccucci, VI e VII Legislatura; Negri e Abbatangelo, IX Legislatura.

<sup>78</sup> L'autorizzazione *ad acta* dopo il 1993 è stata concessa in pochissimi casi. A titolo esemplificativo, cfr. Senato della Repubblica, Sen. Luigi Lusi doc. IV n. 19 – 18 giugno 2012; Senato della Repubblica doc IV n 14 – A, Sen. Antonio Caridi – 3 agosto 2016. In quest'ultimo caso la Giunta si è espressa nei seguenti termini: «la straordinaria gravità del reato contestato, la mancanza di una palese insussistenza delle esigenze cautelari, la consistenza delle ricostruzioni indiziarie e degli elementi probatori (non solo intercettazioni, ma anche convergenti dichiarazioni dei pentiti), l'evidente non implausibilità delle motivazioni adottate dalla magistratura richiedente e la stessa situazione dei coindagati hanno indotto la maggioranza della Giunta a proporre all'Assemblea l'accoglimento della richiesta di autorizzazione all'esecuzione della misura cautelare in carcere sollecitata nei riguardi del senatore Caridi, versandosi in una tipica situazione in cui la “grande regola” dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti (...) non possono che prevalere sulle pur costituzionali (ma non a caso rimovibili) esigenze di tutela del *plenum* assembleare».

Infatti, l'art. 5, nella parte in cui impone all'autorità giudiziaria di essere diligente, esponendo i fatti posti a base della richiesta di arresto, di qualificarli dal punto di vista del diritto, inevitabilmente implica un controllo (quanto meno) di legittimità sugli atti.

Altrimenti non si comprenderebbero le ragioni di un siffatto obbligo posto a carico della autorità giudiziaria<sup>79</sup>.

Né può diversamente interpretarsi il contraddittorio consentito dalla legge per il fatto che il parlamentare può chiedere di essere sentito e che l'autorità giudiziaria può inviare ulteriore materiale processuale al Parlamento<sup>80</sup>.

Il significato del contraddittorio, sia pure cartolare, sugli atti del procedimento non può apparire irrilevante rispetto alla estensione del giudizio che il Parlamento deve compiere per autorizzare l'arresto. È ovvio infatti che una così complessa e articolata fase di valutazione degli atti processuali si giustifica soltanto con il compimento di un giudizio non certo formale sul contenuto della richiesta di autorizzazione.

*7. Contenuto e limiti del sindacato delle assemblee.* Prima di addentrarci in una più completa valutazione concernente il contenuto e i limiti del controllo che l'art. 68 comma 2 Cost. demanda al Parlamento, è necessario sgombrare il campo da quella che altrimenti potrebbe a taluno apparire una soluzione scontata.

Si potrebbe cioè ritenere che la differenza tra reati comuni e reati funzionali possa rappresentare il discrimine tra richieste da accogliere o da respingere<sup>81</sup>.

Anche a prescindere dal condivisibile rilievo secondo il quale ogni generalizzazione al riguardo costituisce un errore, questa linea di confine è anche palesemente inadeguata già per il fatto di prescindere dalla concreta gravità del

---

<sup>79</sup> In questa direzione, SPANGHER, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 161-163, il quale, nell'analizzare il passaggio dall'art. 111 disp. att. c.p.p. all'art. 5 l. n. 140/2003, rileva come il controllo sulla richiesta dell'attività previsto da quest'ultima norma sia più stringente, richiedendosi che alla Camera vengano forniti gli elementi su cui il provvedimento (e non la richiesta) si fonda. Ciò a riprova del fatto che non è sufficiente la mera motivazione del provvedimento da parte dell'autorità procedente, ma è altresì necessaria l'indicazione dei dati probatori sulla cui base è stato adottato il provvedimento in attesa di essere eseguito, così configurando un controllo parlamentare incisivo sull'atto dell'autorità giudiziaria. Nella medesima direzione, ORLANDI, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, Torino, 1994; DI CIULO, CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 107 ss.; CIAURRO, *L'arresto del parlamentare: esigenze cautelari vs integrità del plenum*, cit., 603 ss.; ZANON, *Parlamentare (status di)*, cit., 616 ss.

<sup>80</sup> In tal senso, MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padova, 1999, 293 ss.; SPANGHER, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 161-163.

<sup>81</sup> Sul tema, GIUPPONI, *Le immunità della politica*, cit., *passim*; MAZZONI HONORATI, *Diritto parlamentare*, Torino, 2005, 131 ss.

reato, oltre che dalla pericolosità sociale, le quali possono manifestarsi o non manifestarsi in entrambe le categorie dei reati comuni e di quelli funzionali. Infatti, se pure può convenirsi, ma in via del tutto astratta, circa la maggiore gravità dei reati funzionali in quanto dimostrativi di una sorta di incompatibilità del parlamentare con l'esercizio delle funzioni, è anche vero che taluni reati extra-funzionali analogamente possono segnalare la non meritevolezza di una funzione pubblica se attribuita a soggetti in grado di compiere fatti gravi.

Pertanto la differenziazione tra le due categorie in oggetto costituisce una sorta di frontiera mobile, poco significativa rispetto ai ben più pregnanti concetti di gravità del fatto di reato e di pericolosità sociale dell'autore. Parametri che, lo si ripete, possono manifestarsi sia nei reati funzionali, sia nei reati comuni.

Abbiamo già anticipato, ma non ancora adeguatamente giustificato, la soluzione secondo la quale il punto di equilibrio tra i tanti principi in conflitto, apparentemente non componibili, potrebbe essere costituito dalle regole proprie del giudizio di legittimità. La più volte citata sentenza n. 188/2010 della Corte Costituzionale sembra indicare proprio questa via nella parte in cui attribuisce al Parlamento, un giudizio sulla legittimità della richiesta, esteso anche alla plausibilità della sua motivazione. Un modo sintetico ma eloquente, ci sembra, per richiamare lo schema tipico di un controllo che non entri nel merito del provvedimento, non comporti la verifica del materiale probatorio né la sua rivalutazione, dato anche il radicale divieto di esercitare poteri istruttori, ma si limiti a constatarne la conformità alla legge, ovvero ne misuri la completezza, la non contraddittorietà o la logicità quanto all'obbligo di motivazione<sup>82</sup>.

Quanto abbiamo sin qui osservato conferma e non smentisce di certo la nostra iniziale intuizione. D'altronde, abbiamo notato più volte come in questa materia ci si muova su di un terreno delicato, contraddistinto dalla necessità di salvaguardare principi in conflitto non suscettibili di mediazione, se non attraverso il ricorso a una delibazione della richiesta. Una delibazione che, pur non implicando una verifica nel merito delle ragioni sulle quali si regge la richiesta, tuttavia dia conto della legittimità di un provvedimento del quale occorre ancora – questa volta in una sede esclusivamente politica<sup>83</sup> – vagliare

---

<sup>82</sup> Come è ampiamente noto, il giudizio in Cassazione è un giudizio di sola legittimità e non di fatto, attivabile nei soli casi tassativamente indicati nell'art. 606 c.p.p.

<sup>83</sup> Secondo ZANON, *Parlamentare (status di)*, cit., 616 ss., il controllo sul *fumus* da parte delle Camere, per verificare l'infondatezza del provvedimento attraverso una 'sommatoria delibazione' dei fatti e dell'applicazione, ad essi, dei criteri stabiliti nel codice di procedura penale, è senz'altro legittimo. Ciò in quanto l'infondatezza del provvedimento può risultare anche da un'applicazione manifestamente errata dei criteri e delle condizioni previste dal codice.

la inderogabilità<sup>84</sup>.

Tralasciando ancora di occuparci della seconda fase del giudizio complessivamente rimesso al Parlamento ed occupandoci qui soltanto del versante giuridico, è necessario notare, per come già abbiamo avuto modo di osservare, che l'invasione di un ambito rimesso alla sola magistratura è esclusa, nello schema da noi ipotizzato, dalla sicura non sovrapposibilità tra il giudizio di merito compiuto dall'organo proponente e la deliberazione in punto di legittimità attribuita al Parlamento<sup>85</sup>. Proprio il minor diametro di quest'ultimo giudizio, dato che esso implica l'intangibilità dei fatti per come accertati e valutati dalla magistratura – salvo ovviamente ipotesi manifeste di vizi di motivazione e di travisamento – scongiura il rischio di usurpazione di funzioni cruciali esclusivamente attribuite alla magistratura. Così impedendo l'indebito sacrificio di principi come l'effettività del processo e l'autonomia della funzione giurisdizionale. Rischio, questo, tra l'altro escluso anche per il fatto che l'organo politico non dispone di alcun potere o strumento per verificare la ricostruzione dei fatti contenuti nella richiesta di autorizzazione all'arresto, né tantomeno per acquisire nuovi elementi probatori.

Quanto alla valutazione in termini di legittimità da noi proposta, non sembra condivisibile ogni eventuale opinione contraria. Ciò non soltanto per l'esigenza di conferire effettività all'art. 68 comma 2 Cost., ma anche per l'ulteriore rilievo secondo il quale in una materia, come quella costituita dalla libertà personale, caratterizzata da una pregnante tutela costituzionale, risulterebbe particolarmente irragionevole vietare al Parlamento quel processo di necessaria sussunzione dei fatti con riferimento al doppio parametro della gravità indiziaria e delle esigenze cautelari, dentro lo schema legislativo astratto nonché nelle regole che presidiano una corretta motivazione. Né può sottrarsi il paradosso implicito nel vietare al Parlamento – monopolista del potere legislativo in campo penale per espressa previsione dell'art. 25 comma 2 Cost. – di valutare la conformità dell'agire giudiziario a quelle stesse leggi la promulgazione delle quali è ad esso attribuita in via del tutto esclusiva<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Ovviamente qui ci interessiamo delle coordinate di tipo giuridico funzionali al controllo della richiesta di arresto del parlamentare. Infatti, anche qui utilizzando i rilievi contenuti nella più volte richiamata sentenza n. 188/2010 della Corte costituzionale, ad una sommaria deliberazione di tipo giuridico deve seguire un giudizio di tipo politico circa la necessità o l'inderogabilità dell'arresto.

<sup>85</sup> Sul punto si deve ulteriormente notare che il rischio del quale ci occupiamo non si verificherebbe nemmeno nel caso di una ulteriore fase *de libertate* dinanzi alla Corte di cassazione. Infatti questa ultima ipotesi implicherebbe l'avvenuto accoglimento, ad opera del Parlamento, della richiesta di arresto. Si tratterebbe, cioè, di una difforme e posteriore valutazione della Cassazione rispetto a quella già compiuta dal Parlamento.

<sup>86</sup> Sui costanti rischi di 'trasfigurazione' della legalità penale, con specifico riferimento alla pluralità di

Tuttavia, il controllo rimesso al Parlamento non rivela soltanto il versante giuridico sul quale ci siamo sin qui intrattenuti, ma – per come più volte anticipato – anche un versante di preta marca politica.

Riguardato sul versante della titolarità del potere di verifica – attribuito, non è un caso, non già ad apparati tecnico-burocratici bensì alla Camera di appartenenza – e del procedimento applicabile – nel cui ambito, va da sé, non operano le garanzie tipiche del giusto processo – questo sistema si dota di una caratterizzazione marcatamente politica. Il che è come dire che la vicenda cautelare riguardante un parlamentare, una volta superato il vaglio di legittimità della richiesta secondo quanto detto poco sopra ed in relazione ai diversi profili argomentativi enucleati, diventa a tutto tondo una vicenda di matrice politica che, come tale, deve essere trattata.

Il parametro della necessità, in altri termini, si evolve e da requisito tecnico-giuridico diviene criterio ‘politico’ che può tenere conto del grado delle esigenze cautelari così come correlate ad una richiesta di applicazione di una misura diversamente afflittiva rispetto alla custodia in carcere, pertanto già ritenute dal giudice procedente non eccezionali, risultando difficile dimostrare che è inderogabile una richiesta di arresti domiciliari che per definizione si reggono su esigenze cautelari affievolite. Così come può fare riferimento a parametri diversi che fuoriescono completamente dalla portata valutativa dell’autorità giudiziaria.

Il rischio di scivolare verso forme di privilegio personale non può essere escluso, ma ciò non significa che una siffatta evoluzione della vicenda privi necessariamente di giustificazione la configurazione di un siffatto potere di controllo.

Contenuto entro certi limiti, dunque, il controllo politico sulla richiesta di autorizzazione fa sì che quest’ultima conservi comunque i connotati propri di una guarentigia e, non scadendo a privilegio, mantenga un sufficiente grado di accettabilità sociale.

Ed allora, il controllo di funzionalità della guarentigia diviene l’oggetto di una verifica da svolgere in concreto e caso per caso, avendo come punto di riferi-

---

fonti ed al ruolo ‘creativo’ della giurisprudenza, vd. anzitutto RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979; PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979; in argomento, con ovvia diversità di posizioni, si vedano anche PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.; RAMPIONI, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Padova, 2007; FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1247 ss.; PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, ivi, 1279 ss.; DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

mento ancora una volta l'insegnamento della Corte costituzionale secondo cui «[d]estinatari della tutela [ex art. 68 Cost.] non sono i parlamentari *uti singuli*, ma le Assemblee nel loro complesso. Di esse si intende preservare la funzionalità, l'integrità di composizione (nel caso delle misure *de libertate*) e la piena autonomia decisionale, rispetto ad indebite invadenze del potere giudiziario»<sup>87</sup>.

La valutazione politica sulla richiesta di autorizzazione non vale a trasformare questa in un inaccettabile privilegio allorquando si ponga effettivamente al servizio, appunto, della funzionalità, dell'integrità di composizione e della piena autonomia decisionale delle Camere parlamentari.

Al contrario, si esce dall'ambito delle guarentigie se la valutazione è funzionale alla salvaguardia della posizione personale del parlamentare, a prescindere dal ricorrere di concrete ed effettive esigenze di protezione di valori propri delle Camere.

Il giudizio chiama in causa, allora, elementi diversi, ciascuno dei quali deve essere valutato con attenzione e cura e, naturalmente, deve essere valutato dal Parlamento, trattandosi di giudizio che ha come punto di riferimento la sovranità popolare, la quale si è manifestata attraverso la scelta di comporre in un certo modo l'organo di rappresentanza politica.

La Camera di appartenenza del parlamentare interessato può valutare, dunque, la funzione effettivamente svolta nell'ambito di essa ed il tasso di partecipazione ai lavori della stessa e di eventuali commissioni parlamentari, salvaguardando l'integrità del *plenum* rispetto a figure di primissimo piano impegnate in modo indefettibile in iniziative parlamentari di eccezionale rilevanza per gli interessi dello Stato.

La Camera potrebbe, poi, attribuire il giusto rilievo ai possibili riflessi della sottrazione di un componente sul rapporto fiduciario che lega il Governo in carica al Parlamento, al fine di proteggere l'effettiva matrice politica del rapporto fiduciario stesso ed assicurare, magari rispetto a specifiche contingenze anche correlate agli impegni internazionali assunti dal Paese, la continuità dell'azione di governo.

Si tratta, in tutti i casi appena esemplificati, di fattori che possono incidere sull'effettiva esplicazione delle funzioni parlamentari se non addirittura sulla tenuta del complessivo sistema istituzionale ed è ovvio che un organo di matrice politica non può disinteressarsi di essi nel momento in cui è chiamato ad adottare una decisione suscettibile di influenzare siffatti valori.

---

<sup>87</sup> C. cost., sent. n. 390/2007, *cit.*

