

Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato

SENATO - 1^a COMMISSIONE PERMANENTE (AFFARI COSTITUZIONALI)
17 GIUGNO 2010

Audizione di Enrico Grosso*

Brevi note sul ddl costituzionale in tema di sospensione dei processi penali per le alte cariche dello Stato

1. La lunga e complessa vicenda che ha dato luogo alla presentazione del disegno di legge costituzionale in esame è assai nota, e non ha bisogno di ricapitolazioni. La stessa relazione di accompagnamento al ddl in discussione precisa con chiarezza che la scelta della fonte di rango costituzionale appare dettata dalla volontà di superare una serie di obiezioni contenute nella sentenza n. 262/2009 della Corte costituzionale. Quest'ultima avrebbe infatti espressamente richiesto, per l'adozione di misure contenenti prerogative per i titolari di cariche all'interno di organi costituzionali, l'utilizzo di una fonte sovraordinata alla legge ordinaria.

Il modello teorico in cui si inserisce tale procedimento appare dunque quello – ben noto ad altri ordinamenti costituzionali (penso in primo luogo a quello francese) – secondo cui la stessa legittimazione della giustizia costituzionale (cioè del controllo giudiziario della legge, intesa come manifestazione della volontà popolare, e del suo eventuale annullamento) risiederebbe essenzialmente nel potere – da parte del popolo sovrano, direttamente o per bocca dei propri rappresentanti – di riproporre e rendere intangibile il contenuto della legge annullata, riapprovandola nella forma della legge costituzionale. Il giudice costituzionale è esso stesso un «potere costituito», la cui parola «non potrebbe resistere ad una revisione della Costituzione che, seguendo il volere implicito del legislatore, levasse l'ostacolo che il testo costituzionale opponeva alla legge ... Il potere costituente, espressione suprema della volontà nazionale, può, a posteriori, porre nel nulla la decisione pronunciata dal giudice costituzionale» (G. Vedel).

Insomma, secondo tale impostazione il potere costituente rappresenterebbe il principale strumento di legittimazione della giustizia costituzionale. Secondo un'opinione ancora assai diffusa in Francia (sebbene progressivamente recessiva), nessun principio costituzionale potrebbe consentire a un collegio di giudici di impedire definitivamente al potere politico – o, meglio, alla maggioranza parlamentare che lo esercita – l'affermazione della propria volontà politica. La politica deve avere

* Professore ordinario di diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino

sempre «il diritto all'ultima parola»: se il giudice costituzionale, che è privo di legittimazione popolare, pretende di annullare un atto liberamente votato dai rappresentanti del popolo, questi avrebbero il potere, nella forma della revisione costituzionale, di riproporre l'atto annullato rendendolo intangibile. Solo a tale condizione si potrebbe ammettere il controllo di costituzionalità delle leggi, nel senso di un controllo giudiziario della volontà popolare. Questo intervento sarebbe da considerare, a tutti gli effetti, «atto del potere costituente».

Tale impostazione appare del tutto aliena dalla cultura costituzionale del nostro paese, ed è stata a più riprese smentita, oltre che dalla dottrina costituzionalistica pressoché unanime, dalla stessa Corte costituzionale. Si tratta infatti di un ragionamento che non tiene in alcuna considerazione la fondamentale differenza tra il “potere costituente” e il (potere costituito rappresentato dalla) “revisione costituzionale”, e in definitiva della stessa distinzione tra “Costituzione” e “legge costituzionale”. Tale distinzione si fonda – al contrario – sul riconoscimento dell'esistenza di una serie di limiti alla revisione della Costituzione, di ordine sostanziale, che come tali possono e devono essere oggetto di controllo da parte del giudice delle leggi. La “chiusura” del sistema, insomma, non è rappresentato da una presunta o supposta “volontà popolare”, ma dalla Costituzione, che di quella volontà rappresenta il limite, come espressamente sancito dall'art. 1, comma II: “la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme *e nei limiti* della Costituzione».

Pertanto, nel nostro ordinamento costituzionale, è vero – da un lato – che la legge costituzionale può *di regola* disciplinare oggetti sottratti alla disciplina da parte della legge ordinaria e magari già colpiti da dichiarazioni di illegittimità costituzionale (si pensi, per fare solo un esempio, alla revisione dell'art. 51 Cost., suscitato – e quasi implicitamente sollecitato – da una serie di decisioni della Corte che avevano segnalato come la legge ordinaria non potesse, a Costituzione invariata, introdurre forme di incentivazione alla parità di accesso delle donne alla rappresentanza politica). Ma ciò non è senza limiti. Vi sono disposizioni che, per il loro contenuto e per la qualità della lesione inferta a specifici principi della Costituzione, non ammettono la loro riproposizione *neppure con lo strumento della legge costituzionale*. In ciò si manifesta la fondamentale *limitazione* della sovranità popolare, posta a garanzia dell'intangibilità dei principi supremi e, in ultima analisi, della stessa natura pluralistica della società.

2. Si tratta allora di stabilire: a) quale sia lo strumento attraverso cui individuare *in concreto* i limiti oltre i quali una norma non possa essere riprodotta, se dichiarata incostituzionale, neppure con legge di revisione; nonché b) se la disciplina oggi in esame concernente la sospensione dei procedimenti per talune alte cariche (Presidente della Repubblica, Presidente del Consiglio dei Ministri e Ministri) rientri in tale casistica.

Durante i lavori preparatori del testo costituzionale era emersa un'opinione trasversalmente diffusa tra i padri costituenti: non solo (come già sopra ricordato) il potere di revisione costituzionale era da intendersi come potere costituito, limitato, circoscritto nel suo esercizio entro determinati limiti, ma soprattutto, la rigidità costituzionale si esprimeva sia attraverso la previsione di un procedimento aggravato per l'introduzione di mutamenti costituzionali sia attraverso l'affermazione della non revisionabilità di taluni istituti, uno solo dei quali (quello concernente la «forma repubblicana») espressamente menzionato.

La dottrina ha cercato, sin dalla entrata in vigore della Costituzione, di classificare le varie *species* di limiti, alla luce di criteri differenti, senza però giungere ad elaborare un'unica classificazione.

Non è ovviamente qui possibile ripercorrere il complesso dibattito dottrinale che, fin dagli esordi, ha accompagnato la questione circa l'«assolutezza» dei limiti alla revisione (a cominciare da quello testuale) e la sua eventuale aggirabilità. Mi limiterò dunque a segnalare che, per coloro che ritengono ammissibile ipotizzare la sussistenza di limiti “assoluti” (ossia non superabili se non attraverso forzature extragiuridiche), il limite di fronte al quale ci potremmo trovare oggi appartiene alla categoria dei c.d. “limiti impliciti”, che si contrappongono ai limiti testuali espliciti.

Per limiti *impliciti*, si intendono quei limiti che possono essere dedotti da specifiche qualificazioni che accompagnano le statuizioni costituzionali o che possono argomentarsi attraverso una lettura sistematica della Costituzione nel suo complesso o di parti di essa. Tali limiti possono, dunque, ulteriormente distinguersi in limiti testuali taciti e limiti non testuali materiali.

Alla rigidità formale della Costituzione viene così contrapposta una rigidità (anche) sostanziale (o *materiale*) della medesima: un concetto di rigidità che non include soltanto la fattispecie della immodificabilità per via legislativa delle disposizioni costituzionali, ma anche quella della immodificabilità di un suo nucleo essenziale, inteso come un insieme di norme materiali non disponibili nella loro obbligatorietà da parte dei destinatari, e dunque non intaccabile a nessun livello di decisione politica (neppure quello massimo previsto dall'ordinamento, ossia il potere di revisione costituzionale).

Si distingue poi tra limiti materiali che sono impliciti in quanto implicitamente ricavabili da altre disposizioni testuali della Carta, e limiti materiali che sono impliciti in quanto deducibili da argomenti di ordine sistematico, non collegabili a specifiche formulazioni del testo della disposizione. Talvolta tale secondo ordine di limiti viene ricondotto, con vari artifici retorici, al 139, sulla base di una lettura fortemente estensiva dello stesso, nel tentativo di trasformarli in limiti espliciti e sottrarli così all'aleatorietà cui sono inevitabilmente condannate tutte le teorie che pretendono di fondare l'immodificabilità di una disposizione costituzionale su una sua presunta «fondamentalità» autoevidente.

Quello che più interessa in questa sede, comunque, è che con la sentenza n. 1146/1988 la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto che le leggi approvate ex art. 138 (sia le leggi di revisione propriamente dette, sia le «altre leggi costituzionali») possono essere sottoposte a giudizio di costituzionalità per vizi materiali. In tale decisione la Corte ha affermato che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali». Non soltanto, dunque, la Corte può sottoporre a sindacato le leggi approvate ex art. 138 Cost. che violano il limite espressamente posto dalla Costituzione all'art. 139, ma allo stesso sindacato possono altresì essere sottoposte le leggi costituzionali che violano «i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Ciò significa che, secondo la Corte, non solo sono configurabili limiti alla revisione costituzionale, ma che tali limiti sono *assoluti*, nel senso che qualunque intervento del legislatore costituzionale che pretendesse di superarli sarebbe sanzionato con la dichiarazione di illegittimità costituzionale del suo prodotto.

Già in decisioni precedenti il giudice delle leggi aveva fatto applicazione di tale criterio, pur non enunciandolo espressamente, quando aveva ammesso la sindacabilità di fonti dotate di una particolare copertura costituzionale, idonea a consentire loro di derogare al testo della Costituzione (come la legge di esecuzione del concordato: cfr. Corte cost. n. 30, 31 e 32/1971, 12 e 195/1972, 175/1973, 1/1977, 16/1978, 16 e 18/1982.), le norme di diritto internazionale di origine consuetudinaria (Corte cost. n. 48/1979), le norme dei trattati comunitari (Corte cost. n. 183/1973 e 170/1984.). In altre decisioni, poi, la Corte è intervenuta sulle norme (di rango costituzionale) dello statuto regionale siciliano concernenti le competenze dell'Alta Corte per la regione siciliana, dichiarandone l'illegittimità costituzionale. Ma in tali casi la Corte era apparsa assai prudente, se non riluttante, a esplicitare le ragioni che consentivano tale sindacato, vale a dire la possibilità di configurare un vizio di legittimità costituzionale nel contrasto tra una legge costituzionale (quale è lo statuto siciliano) e una norma della Costituzione (Corte cost. n. 38/1957 e 6/1970).

Il riconoscimento della sindacabilità delle leggi costituzionali per violazione dei «principi supremi», se da un lato rappresenta un momento di svolta nel dibattito sulla sussistenza di limiti di ordine materiale alla revisione, dall'altro lato non risolve espressamente il quesito di fondo, riguardante l'estensione e l'individuazione in concreto di tali principi. La Corte non ha mai fornito criteri assolutamente univoci sui quali basarsi per ricostruire un possibile «catalogo» di tali principi, ma ha comunque utilizzato la locuzione «principi supremi» in riferimento a una vasta serie di norme della Costituzione, concernenti la sovranità popolare (Corte cost. n. 18/1982 e n. 571/1989), l'ordinamento democratico (Corte cost. n. 30/1971), il principio di uguaglianza (Corte cost. n.

101/1965 e 49/1966), il principio di unità della giurisdizione (Corte cost. n. 30/1971), il diritto di difesa giurisdizionale (Corte cost. n. 18/1982 e 232/1989), il principio di laicità dello stato (ovviamente nella declinazione che dello stesso è stata fornita dalla stessa giurisprudenza costituzionale: Corte cost. n. 203/1989, 259/1990), nonché una serie di diritti variamente riconducibili alla categoria dei diritti «inviolabili» ex art. 2 Cost. (come il diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni: Corte cost. n. 366/1991; il diritto all'identità personale e sessuale: Corte cost. n. 176/1988 e 161/85; la protezione dei diritti inalienabili della persona umana: Corte cost. n. 183/73, 170/84, 232/89; il diritto alla salute: Corte cost. n. 307 e 455/1990; il diritto al lavoro: Corte cost. n. 45/1965 e 108/1994; la protezione della famiglia: Corte cost. n. 181/1976; la tutela dell'ambiente: Corte cost. n. 459/1989).

Il problema del significato dell'art. 139 e dei limiti assoluti alla revisione costituzionale, confinato per decenni tra le discussioni puramente accademiche, è divenuto di stringente attualità a partire dagli anni Novanta, in coincidenza con il sempre più acceso dibattito politico sulle riforme costituzionali. Se fino agli anni '90 la questione dei confini del possibile mutamento costituzionale sembrava ridotta ad aspetti marginali, improvvisamente – con l'emergere di un sempre più serrato dibattito politico concernente incisivi e strutturali mutamenti non soltanto di alcune norme costituzionali, ma di alcuni consolidati istituti e principi, la dottrina costituzionalistica, in stragrande maggioranza, ha contrapposto l'esigenza – proprio in nome della difesa dei limiti alla revisione – non soltanto che le riforme fossero introdotte mediante il procedimento di revisione, ma che fossero puntualmente rispettati tutti i limiti materiali e formali che tale procedimento comporta. Ciò ha provocato un rinnovato interesse alla teoria dei limiti alla revisione, e una sostanziale conferma dell'impostazione sopra descritta.

Resta in ogni caso da chiarire la questione di fondo: posto che – senza dubbio – esiste in astratto la possibilità che norme contenute in fonti di rango costituzionale siano comunque incostituzionali per violazione di principi supremi immodificabili, e che tale violazione possa essere oggetto di una esplicita dichiarazione di illegittimità costituzionale, possiamo ritenere, nel caso di specie, che le norme in discussione in materia di sospensione dei procedimenti penali per le alte cariche rientrino in tale categoria?

3. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 262/2009, ha affermato che tutte le prerogative di organi costituzionali, in quanto derogatorie rispetto al principio di uguaglianza, devono essere stabilite con norme di rango costituzionale. Ha inoltre argomentato che l'istituto regolato (allora) dalla legge n. 124/2008 fosse da considerare, a tutti gli effetti, una forma di prerogativa.

Sul punto occorre tuttavia essere particolarmente attenti. Affermare che tutte le prerogative di organi costituzionali devono essere stabilite con legge costituzionale non significa affatto – di per sé

– affermare che la legge costituzionale possa introdurre qualsiasi forma di prerogativa concernente organi costituzionali.

Personalmente ritengo che il rischio di un ulteriore intervento della Corte costituzionale, diretto a sanzionare la violazione dei c.d. limiti assoluti impliciti da parte della norma oggi all’esame del Parlamento sia molto concreto. E lo è tanto di più, proprio per la ragione che la proposta di legge – per altri versi correttamente – non incide direttamente sulla Costituzione pretendendo di modificarne il testo e di introdurre semplici norme di principio da ulteriormente specificare mediante successive leggi ordinarie di attuazione, ma stabilisce una procedura *ad hoc*, in sé conclusa e autosufficiente. Si manifesta, insomma, come una classica «legge in forma costituzionale» che presenta tuttavia tutti i caratteri materiali di una normalissima legge ordinaria. È quindi assai più semplice (rispetto al caso di disposizioni di principio, a loro volta bisognose di attuazione legislativa) argomentare una sua contrarietà *puntuale* a singoli principi (immodificabili) della Costituzione.

Se poi proviamo a ragionare su alcune delle affermazioni assai perentorie contenute nelle precedenti decisioni della Corte adottate in tale materia (penso ovviamente in primo luogo alla n. 262/2009 e alla n. 24/2004, ma anche alla n. 225/2001 sul c.d. “caso Previti”), il rischio appare ancora più concreto, e ci porta ad individuare nello specifico quali siano i principi che vengono in gioco.

È bene sottolineare che, naturalmente, non appare cosa saggia assumere singole affermazioni, colte quasi come fior da fiore all’interno di una complessa e articolata motivazione della Corte costituzionale, e farle assurgere a specifici criteri guida per ulteriori argomentazioni. Ciò vale peraltro anche per chi pensa di dedurre da quelle affermazioni le giustificazioni per proporre nuove formulazioni legislative. È un errore, come a tutti noto, già commesso, in Parlamento, in occasione dell’approvazione della legge n. 124/2008, quando singoli *obiter dicta*, sganciati da qualsiasi valutazione sistematica, sono stati posti alla base e a giustificazione di singole norme, che si sono rivelate in seguito altrettanto incostituzionali di quelle che erano dirette a sostituire.

In ogni caso, è bene ribadire che la questione delle prerogative costituzionali degli organi dotati di potere pubblico è questione assai complessa e delicata, che non si esaurisce in poche affermazioni apodittiche.

La prima, e più rischiosa di tali affermazioni apodittiche è quella secondo cui, nel 2009, la Corte avrebbe espressamente ammesso che una *qualsiasi* disciplina delle prerogative suddette possa essere disciplinata con legge costituzionale. È vero, infatti, che il parametro su cui è stata fondata la dichiarazione di illegittimità costituzionale era (anche) l’art. 138, insieme all’art. 3. Ma ciò non significa affatto che la Corte abbia legittimato sempre e comunque l’uso dell’art. 138 per introdurre qualsiasi forma di prerogativa dei soggetti titolari di potere. Altrimenti, non si comprenderebbe

l'insistenza sul principio di uguaglianza, o meglio, sul principio di parità di tutti i cittadini di fronte alla giurisdizione, su cui la Corte ha particolarmente insistito.

Ma è soprattutto in precedenti decisioni della Corte (dalla n. 24/2004 alla n. 225/2001) che si trovano una serie di affermazioni particolarmente incisive e significative, dirette a confermare che, se da un lato *tutte* le prerogative di questo genere devono essere introdotte con legge costituzionale, dall'altro lato la legge costituzionale non può legittimare l'introduzione di *qualsiasi* prerogativa.

È vero infatti, da un lato, che (dopo quanto sancito dalla sentenza n. 262/2009) l'istituto della sospensione processuale per i titolari di alte cariche pubbliche non può essere introdotto che con legge costituzionale, non solo in quanto tale sospensione appare espressamente derogatoria rispetto a talune forme di "diritto speciale" dei titolari di pubbliche funzioni già stabilite dalla Costituzione (all'art. 90, all'art. 96, allo stesso art. 68), ma soprattutto in quanto sembra contrastare con il già più volte menzionato principio costituzionale della parità di tutti i cittadini rispetto alla giurisdizione, da cui consegue il divieto (salve, appunto, le deroghe che siano costituzionalmente previste *expressis verbis*) di introdurre *status* privilegiati in ragione della funzione.

Tuttavia, dall'altro lato, non bisogna mai dimenticare che l'introduzione di specifiche prerogative (siano esse sospensioni, cause temporanee di improcedibilità o vere e proprie immunità) idonee a ledere alcuni principi costituzionali ritenuti inderogabili, anche se effettuate con lo strumento della legge costituzionale finirebbero per mettere in crisi quel concetto di Costituzione come unità cui si è fatto cenno in precedenza, che, come scriveva Esposito, «da effettivamente allo Stato la sua forma». Nel caso di specie, la progressiva riduzione degli ambiti soggettivi di *immunità* previsti a vantaggio dei titolari di cariche pubbliche (e in particolar modo dei titolari di cariche pubbliche *politiche*) corrisponde a una generale e indispensabile evoluzione dei sistemi politici democratici tendenzialmente ancorati al principio della *sovranità popolare*. Come è stato efficacemente sottolineato, vi è una evidente opposizione, nella concezione dello Stato, tra chi pretende di distinguere la posizione di fronte alla giustizia di chi sia titolare dei più alti uffici pubblici rispetto a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, e chi al contrario – anche in nome del principio democratico – esige di «rimuovere ogni posizione di privilegio, isolamento e differenziazione giuridica dei titolari del potere, in base alla concezione del popolo come "sovrano" e dell'apparato come "servente"» (Carlassare).

Ma se così è, dove si traccia il confine tra l'esigenza di far valere la responsabilità giuridica anche nei confronti dei soggetti investiti di una pubblica funzione, e la necessità di tutelare la funzione di cui essi sono investiti (quel «sereno svolgimento delle funzioni» che, dopo essere stato menzionato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24/2004, è diventato quasi un *mantra* nel dibattito politico)? Tale confine non può che essere individuato a partire dalla constatazione che i diritti in questione non sono propri della *persona* titolare *pro tempore* della carica, bensì sono inerenti alla

funzione, in quanto diretti a garantirne l'esercizio con il massimo di indipendenza da qualsiasi condizionamento.

Ma allora diventa addirittura secondario chiedersi quale sia la «fonte più adatta» a introdurre una nuova – e fino a questi anni sconosciuta – forma di tutela di un presunto e generico diritto al «sereno svolgimento» delle funzioni svolte dai governanti, idonea a giustificare un'attenuazione anche solo temporanea del principio costituzionalmente garantito secondo cui la responsabilità giuridica deve essere fatta valere in condizioni di uguaglianza nei confronti di tutti coloro che sono soggetti all'ordinamento. Il vero problema posto dalla dilatazione delle forme (*lato sensu*) di immunità *personale* dei soggetti investiti di poteri pubblici, infatti, finisce per coinvolgere in pieno le radici stesse del costituzionalismo, e dunque quel nucleo duro, con i suoi principi immutabili, di cui si parlava prima.

Fa parte di quest'ultimo, e in definitiva degli stessi fondamenti dello Stato di diritto, il principio per cui sarebbe inammissibile che, in nome della pretesa esigenza di dilatare le sfere di immunità politica, si finisca per prevedere “zone franche” assolute (ancorché temporanee) rispetto alla giurisdizione, che coinvolgano non le *azioni* compiute, nell'esercizio delle loro funzioni, dai governanti, ma le *persone* dei governanti stessi, per qualunque azione abbiano svolto, nel presente e nel passato, in qualunque luogo e a qualunque titolo, in quanto privati cittadini. Come è stato efficacemente sottolineato, «la Costituzione non conosce né tollera immunità – sostanziali o processuali – *ad personam*, precludendo addirittura una sua revisione che mirasse, attraverso il procedimento aggravato dell'art. 138 Cost., a introdurre irragionevoli discriminazioni tra soggetti *privati*» (Pugiotto). Da ciò si deduce che costituisce un limite alla stessa revisione costituzionale il principio secondo cui – in relazione ai fatti privati compiuti da soggetti privati, privi di qualsiasi nesso funzionale con l'attività pubblica – non è tollerabile alcuna differenziazione rispetto al principio di parità di trattamento di fronte alla giustizia. La differenziazione può, al limite, essere giustificata in base alla funzione *pubblica*, ma allora essa non può che riguardare gli atti connessi a tale funzione. Faccio notare – per inciso – che una volta impostata la questione in questi termini la norma di cui si sta discutendo appare addirittura inutile, posto che, per gli atti funzionali, tutti i soggetti interessati godono già di apposite prerogative costituzionali (ex art. 90 ed ex art. 96 Cost.).

4. A questo punto è indispensabile affrontare un'obiezione, più volte riecheggiata nel dibattito politico che ha accompagnato la presentazione del progetto di legge costituzionale qui in discussione. A difesa della presunta legittimità costituzionale di forme generalizzate e apparentemente “non funzionalizzate” di immunità, è stata infatti richiamata la vecchia immunità parlamentare, nella forma disciplinata dal secondo comma dall'art. 68 Cost. fino al 1993. Se la stessa Costituzione – si sostiene – prevedeva originariamente tale forma di immunità penale

«totale» per i parlamentari (tanto che, qualora vi fosse la relativa volontà politica, essa potrebbe in qualsiasi momento essere reintrodotta), come si può sostenere che forme analoghe di prerogativa, ugualmente sganciate da fatti inerenti l'esercizio delle funzioni, non potrebbero essere disciplinate neppure dalla fonte di rango costituzionale?

Le cose non sono così semplici e gli istituti in parola non possono essere pedissequamente sovrapposti. Due sono, infatti, le macroscopiche differenze tra la vecchia prerogativa di cui all'art. 68, comma II, e quelle che si stanno discutendo in questa sede. In primo luogo, l'art. 68 era (ed è, nelle parti tuttora in vigore) espressamente diretto a tutelare la specifica funzione del Parlamento come istituzione, e non i suoi membri come persone. L'espressione «*immunità e prerogative parlamentari*», indicante la categoria di situazioni giuridiche all'interno delle quali cadeva la garanzia dell'immunità disciplinata dall'art. 68, definiva infatti, come è stato detto, «un insieme di meccanismi – di “ordigni della macchina costituzionale” – che sono stati concepiti come garanzia dell'indipendenza delle Camere elettive di fronte ad ogni altro potere dello stato, e dunque, contemporaneamente, come “garanzia del regolare funzionamento dell'istituto rappresentativo e strumento della sovranità del soggetto rappresentato”» (Dogliani).

Nello spirito originario dell'art. 68, l'immunità penale era cioè vista come lo strumento per garantire il Parlamento (non il parlamentare!), in relazione a comportamenti che potevano risultare illeciti in base al diritto vigente, ma rappresentavano in realtà le forme (e il naturale modo di essere) dell'azione politica svolta dai partiti di massa (basta, in proposito, ricapitolare brevemente i reati per i quali, nelle prime 6-7 legislature, fu richiesta – e il più delle volte negata – l'autorizzazione a procedere: istigazione a disobbedire alle leggi, istigazione a delinquere, diffamazione, offesa alla persona del pontefice, offesa alla religione “di stato”, vilipendio al governo, alla Camera, al Senato, all'ordine giudiziario, oltraggio a corpo amministrativo, pubblica istigazione alla guerra civile, apologia di reato, apologia sovversiva e antinazionale, radunata e manifestazione sediziosa, rissa, rifiuto di obbedienza all'ordine di scioglimento di una riunione, turbamento di funzioni religiose del culto cattolico, ecc.; oppure reati tipici delle lotte sociali: impedimento alla libera circolazione, ostruzione stradale, invasione di terreni demaniali, arbitraria invasione di aziende industriali, violazione di domicilio – si trattava di una miniera! – danneggiamento di edifici pubblici, interruzione di servizi di pubblica utilità, resistenza a pubblico ufficiale, oltraggio; o, infine, reati strettamente legati alle vicende della guerra di Liberazione: le fucilazioni e le presunte sottrazioni di valori seguite alla cattura di Mussolini a Dongo, o alcuni episodi in cui famosi comandanti partigiani erano accusati dell'omicidio di presunte spie o di prigionieri).

Era insomma l'attività politica del Parlamento, non l'attività privata dei parlamentari ad essere tutelata. E se si vuole essere ancora più precisi, era in particolare l'attività politica delle *opposizioni* parlamentari, come molto opportunamente ha sottolineato Gustavo Zagrebelsky: «Poiché

difficilmente il governo avrebbe potuto, per ragioni politiche, attentare alla libertà delle forze parlamentari sulle quali esso stesso si reggeva, si comprende facilmente la tendenza a considerare le garanzie parlamentari come strumenti di tutela non delle camere in quanto tali ... ma più realisticamente delle opposizioni politiche contro le quali plausibilmente si sarebbero potute temere prevaricazioni del governo e della sua maggioranza, attraverso le quali si sarebbero potute alterare le regole di un corretto gioco parlamentare».

Non per nulla, nell'interpretazione della migliore dottrina, la mancanza, nel secondo comma dell'art. 68 di qualsiasi indicazione "di merito" in ordine ai criteri per l'eventuale diniego dell'autorizzazione, andava superata facendo ricorso al primo comma, che espressamente restringeva l'insindacabilità ai comportamenti tenuti «*nell'esercizio delle funzioni*». Il limite dell'esercizio delle funzioni, formalmente dettato solo per l'irresponsabilità, veniva assunto più o meno esplicitamente come idoneo a delimitare l'ambito complessivo dell'immunità, e quindi anche l'ambito della liceità entro il quale avrebbe dovuto contenersi il diniego di autorizzazione a procedere (Dogliani). Il risultato era che, secondo un'interpretazione restrittiva, l'autorizzazione a procedere nel caso di atti non rientranti nell'ambito delle funzioni politiche avrebbe dovuto essere sempre concessa, salvo i (fisiologicamente scarsissimi) casi di *fumus persecutionis*.

Non è ovviamente questa la sede per ripercorrere tutti gli eventi occorsi tra il 1992 e il 1994, e le condizioni nelle quali prima si è arrivati ad una progressiva distorsione della *ratio* che ispirava la norma e poi, addirittura, è maturata la decisione politica di abrogare *tout court* l'istituto dell'autorizzazione a procedere. Si tratta, del resto, di fatti assai noti. Mi preme tuttavia richiamare, allo scopo di mettere in luce la seconda – abissale – differenza tra il principio ispiratore dell'originario testo dell'art. 68 e l'attuale proposta di legge costituzionale, che in quel contesto era la stessa Camera di appartenenza che, nel valutare la posizione del parlamentare, valutava in realtà se stessa, la minaccia alla propria attività politica e, di conseguenza, al proprio funzionamento in quanto organo rappresentativo. Qui, invece, ci troviamo di fronte a una proposta che affida alla Camera (o al Senato, o al Parlamento in seduta comune) il giudizio sul comportamento di un soggetto che, anche qualora faccia parte di quell'organo, è titolare della prerogativa in quanto membro di un altro organo (il governo), ovvero addirittura non può istituzionalmente avere nulla a che fare con il Parlamento (nel caso del Presidente della Repubblica). Pertanto, la valutazione cui il Parlamento è chiamato non ha nulla a che vedere con le potenziali minacce all'attività dell'organo Parlamento, ma con considerazioni del tutto diverse, attinenti (e non può essere altrimenti) alla *persona* del singolo membro del governo (o del Capo dello Stato), in relazione a fatti compiuti indipendentemente dalla funzione da lui esercitata.

Nessun parallelismo, quindi, può essere operato tra i due casi.

5. Torniamo dunque alle ragioni per cui si potrebbe ritenere che le norme in discussione violino limiti assoluti alla revisione costituzionale. Alcuni dei famosi *obiter* contenuti nella sentenza n. 24/2004 sembrano ampiamente confermare tale impostazione: dopo aver affermato che la difesa del «sereno svolgimento» delle funzioni pubbliche connesse allo svolgimento delle più alte cariche pubbliche costituisce «interesse apprezzabile», la Corte sottolinea peraltro subito dopo che la sua tutela deve avvenire «in armonia con i *principi fondamentali dello Stato di diritto*, rispetto al cui migliore assetto la protezione è strumentale». Proprio il richiamo esplicito ai principi dello Stato di diritto e al nesso di strumentalità necessaria tra questi ultimi e qualsiasi forma di protezione che costituisca deroga al «principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione», sembra delineare i contorni di quel confine tra diritti della funzione e responsabilità giuridica che né una legge ordinaria né una legge costituzionale potrebbero scalfire.

In definitiva, specifiche ipotesi di sospensione processuale per i titolari di pubbliche funzioni possono ovviamente essere introdotte con legge costituzionale (così come la Costituzione, originariamente, prevedeva forme di prerogativa oggi abrogate ma che potrebbero essere reintrodotte). Ciò, tuttavia, soltanto a condizione che tale legge costituzionale trovasse il modo di tutelare «il sereno svolgimento delle rilevanti funzioni» in «*armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto*». Non è pertanto ammissibile – neppure mediante l’uso della procedura ex art. 138 Cost. – alcuna forma di presunzione *assoluta* di impedimento processuale, perché la Corte ha esplicitamente affermato che nessuna sospensione del processo può essere prevista in via generale e automatica, senza che sia affidato al *giudice* un margine di apprezzamento caso per caso. Tali conclusioni erano già state tratte dalla Corte nella sentenza 225/2001 sul c.d. “caso Previti”, che affidava all’*autorità giudiziaria* la ricerca dell’equilibrio e del bilanciamento tra le esigenze della giurisdizione e quelle della politica. Quella sentenza poneva un principio di “leale collaborazione” tra poteri dello Stato, il cui concreto funzionamento deve restare affidato *caso per caso* all’apprezzamento del giudice.

Qualunque forma di prerogativa dei titolari di cariche pubbliche (fosse essa una immunità o una semplice sospensione processuale), anche se disciplinata in forma costituzionale, andrebbe comunque tendenzialmente limitata agli atti compiuti *a causa* o *in ragione* dell’ufficio ricoperto, ed in ogni caso con esclusione degli atti del tutto estranei alla funzione (per non parlare di quelli compiuti addirittura *prima* dell’assunzione della carica). E su un punto si può essere certi: proprio in ragione dell’espressa esclusione prevista – per il Presidente della Repubblica – rispetto ai fatti rilevanti ex art. 90 Cost., nonché – per il governo – rispetto ai fatti rilevanti ex art. 96 Cost., possiamo concludere che le disposizioni contenute nella proposta di legge costituzionale oggi in discussione appaiono dirette a offrire una forma di «impunità temporanea globale» *soltanto* ed

esclusivamente in relazione a fatti che nulla hanno a che vedere con l'esercizio della funzione pubblica, risolvendosi pertanto in meri privilegi personali.

L'equivoco di fondo consiste, a mio giudizio, nell'aver fin dall'inizio impostato la discussione sulla falsa alternativa legge ordinaria / legge costituzionale, senza tenere conto che la questione in discussione non sta «nella natura della legge – ordinaria o costituzionale – chiamata a disciplinare la materia, ma nel suo contenuto», e che il riferimento all'art. 138 Cost. sarebbe addirittura da considerare fuorviante, perché idoneo a ingenerare «l'errata convinzione che le obiezioni sollevate dalla Corte si sarebbero potute superare semplicemente conferendo dignità costituzionale alla normativa impugnata» (Curreri). Non basta, a mio parere, neppure la legge costituzionale per introdurre privilegi personali (ancorché temporanei) collegati a fatti connessi alla vita privata di chi, *pro tempore*, è chiamato a rivestire pubbliche funzioni di vertice. Una legge costituzionale così concepita dovrebbe dunque essere annullata dalla Corte per violazione dei principi supremi ricavabili dal combinato disposto degli art. 3 e 24, nonché del principio immanente, ma deducibile dal complessivo testo costituzionale, che potremmo riassuntivamente definire «principio repubblicano», che vieta di costituire posizioni di mero privilegio connesse all'esercizio di pubbliche funzioni. E si badi bene che, se mai, in passato, l'istituto dell'autorizzazione a procedere è stato interpretato nel senso di legittimare dinieghi di autorizzazione in relazione a fatti del tutto sganciati dalla natura della funzione parlamentare, si è trattato di un'interpretazione incostituzionale di quell'istituto, che non legittima in alcun modo la riproposizione, neppure in forma costituzionale, di istituti analoghi.

6. Ovviamente alla politica non si può impedire di assumere decisioni incostituzionali. Si può solo “avvertire” preventivamente dei rischi che si corrono e “consigliare” eventualmente ulteriori riflessioni. Il Parlamento potrà quindi liberamente deliberare (salvo poi l'eventuale giudizio popolare, qualora siano attivate le procedure del referendum confermativo, sussistendone i presupposti ex art. 138 Cost.) di procedere senz'altro a licenziare il testo in discussione. Ovviamente, in tal modo, si assumerà il rischio di adottare una legge costituzionale avente un contenuto incostituzionale, “sfidando” eventualmente la Corte costituzionale a pronunciarsi ancora una volta su quelle norme, e ad intervenire finalmente in modo esplicito sugli specifici confini del controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali (con somma gioia – lo dico per inciso – dei costituzionalisti, ai quali sarebbero confezionati nuovi spunti di discussione in relazione una vecchissima e assai interessante questione).

Nella prospettiva della c.d. «riduzione del danno», appare peraltro opportuno indicare alcune cautele, idonee almeno ad attenuare i profili di più macroscopica illegittimità, e forse ad affrontare l'inevitabile scontro con il giudice delle leggi con qualche attrezzo più efficace.

Sembra quantomeno indispensabile, in tale prospettiva, prevedere un meccanismo procedurale per l'attivazione della sospensione processuale che non affidi al mero arbitrio della maggioranza parlamentare la singola decisione in merito al caso concreto. Tale questione è – ovviamente – decisiva in relazione alle sospensioni che riguardano il Presidente del consiglio e i ministri, ma riguarda anche le decisioni concernenti il Presidente della Repubblica, il cui *status* giuridico deve essere rigorosamente sottratto alla dinamica della contesa politica (non è un caso che la messa in stato d'accusa del Presidente – nella prospettiva del costituente – dovesse essere decisa, così come la sua nomina, sulla base di un consenso più ampio di quello necessario per il conferimento della fiducia al governo).

Se infatti si ritiene che la sospensione processuale prevista dalla norma si giustifichi in relazione all'obiettivo di garantire il «sereno svolgimento delle funzioni» e non sia dettata dalla mera volontà di riconoscere un privilegio personale, occorrerebbe quantomeno che, conformemente a quanto previsto in relazione a qualsiasi istituto di «garanzia costituzionale», essa non fosse lasciata alla mera decisione politica discrezionale della maggioranza di governo. È infatti evidente che la decisione assunta a maggioranza semplice da parte della Camera mal si presta a garantire che effettivamente sia compiuta una valutazione obiettiva delle eventuali ragioni che giustifichino la sospensione in relazione alla necessità di tutelare un interesse collettivo. Ben più grave è il rischio che tale decisione finisca per costituire una forma ulteriore di manifestazione del rapporto fiduciario tra quella maggioranza e il governo.

Allo scopo di ovviare a tale rischio, e di orientare la *ratio* della disposizione verso quegli scopi di tutela obiettiva della funzione di governo cui la norma deve essere ispirata per non palesarsi come un'inammissibile violazione del principio di uguaglianza di fronte alla giurisdizione, dovrebbe essere previsto, quantomeno, che la decisione sulla sospensione sia assunta dalla Camera a maggioranza qualificata dei due terzi (o al massimo dei tre quinti) dei suoi componenti. Oppure, e si tratterebbe forse della soluzione più convincente, che tale decisione sia sottratta all'ambito politico-parlamentare e affidata a un vero e proprio organo di garanzia costituzionale, come la Corte costituzionale, naturalmente con la predeterminazione degli specifici casi in cui la prerogativa si giustifica, a tutela della funzione pubblica.

Un eventuale punto di compromesso tra queste due proposte potrebbe essere quello di prevedere che, nel caso in cui la maggioranza che ha deliberato la sospensione sia inferiore a quella qualificata prevista, una minoranza qualificata (ad es. un quinto dei componenti la camera) possa presentare un ricorso alla Corte costituzionale, cui resti affidata la decisione definitiva.

Si tratta di una possibile strada per rendere la prerogativa in corso di discussione meno macroscopicamente stridente con quei principi costituzionali supremi, sopra evocati, che sembrano

in ogni caso irrimediabilmente condannare le norme in esame, se lasciate così come sono, a un nuovo duro contenzioso.