

Il presente saggio sarà pubblicato su *Questionegiustizia* n. 4 del 2008 e, con aggiunte e modifiche, negli "Scritti in onore di Michele Scudiero".

"CINQUE PEZZI FACILI":

L'INCOSTITUZIONALITA' DELLA LEGGE ALFANO

Alessandro Pace*

pubblicato in **www.associazionedeicostituzionalisti.it**

1. Il primo rilievo concerne non tanto la legge Alfano (legge 23 luglio 2008, n. 124, «*Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato*»), quanto il malvezzo di identificarlo con il vocabolo "lodo". Mi sembra infatti opportuno, soprattutto nei confronti dell'opinione pubblica meno informata, che si eviti di identificare questa legge con quel titolo pomposo, e ciò per la semplice ragione che il "lodo", secondo la comune accezione recepita anche dal legislatore, identifica la decisione di un arbitro (o di un collegio arbitrale), il quale, sia pure non con le stesse garanzie che contraddistinguono la doverosa indipendenza e terzietà del magistrato togato, deve comunque essere imparziale nei confronti delle parti e degli interessi in gioco (tant'è vero che può essere ricusato per i motivi di cui all'art. 815 c.p.c.).

Per contro il Ministro proponente di un d.d.l. non è - per definizione - imparziale, così come non era imparziale il sen. Schifani per ciò che riguarda l'art. 1 della legge n. 140 del 2003 (poi dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 24 del 2004), e neppure lo era il sen. Maccanico, a cui viene comunemente attribuita l'ideazione originaria di uno «scudo» legislativo finalizzato alla temporanea improcedibilità dei processi penali per reati comuni per fatti asseritamente commessi dall'allora (ed attuale) Presidente del Consiglio anche prima dell'assunzione della carica. Per quanto l'on Maccanico fosse allora all'opposizione, il giudizio di un parlamentare resta, sempre, un giudizio politico e non assume una valenza *super partes*, così come è indiscutibilmente politica (e non giuridica) la valutazione di costituzionalità di un d.d.l. effettuata dalle Commissioni Affari costituzionali di Camera e Senato.

2. Secondo rilievo. Nel vivace dibattito provocato dal comunicato del Consiglio dei Ministri nel quale erano stati anticipati i punti salienti del d.d.l. Alfano, mentre i sostenitori della sua incostituzionalità - e in particolare i cento e più professori ordinari di diritto costituzionale firmatari della dichiarazione "In difesa della Costituzione" - hanno in primo luogo fondato le loro censure sugli artt. 3, 111 e 112 Cost. anche in forza del principio fondamentale di cui all'art. 1, comma 2 Cost., e poi, per completezza, hanno rilevato come tali censure siano valide anche alla luce di quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2004 relativamente all'analogo art. 1 della legge n. 140 del 2003[1], i sostenitori della sua conformità a Costituzione hanno invece soprattutto sottolineato che, non avendo la Corte dichiarato *in limine* l'incostituzionalità di tale legge per violazione dell'art. 138 Cost., il d.d.l. Alfano - e quindi una legge ordinaria - ben potrebbe incidere sull'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge (art. 3 Cost.), sull'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) e sulla ragionevole durata dei processi (art. 111 Cost.). Su tale linea si è attestato anche lo stesso Presidente della Repubblica, il quale, in occasione del c.d. "discorso del Ventaglio", ha affermato che, nel procedere alla promulgazione della legge Alfano, il suo «unico punto di riferimento è stato la sentenza della Consulta»[2].

Quanto ai vizi materiali precedentemente contestati alla legge Schifani, i più prudenti sostenitori della conformità a Costituzione della legge Alfano hanno glissato sul punto, laddove i più audaci (a partire, ovviamente, dallo stesso Ministro, nella relazione al d.d.l.) hanno affermato che tutte le precedenti violazioni costituzionali erano state eliminate nel nuovo testo normativo.

A parere di chi scrive, ridurre il problema della legittimità costituzionale della legge Alfano alla sua conformità, o meno, alla sentenza n. 24 del 2004 è metodologicamente sbagliato sia sotto un profilo "normativo-formale" sia sotto un profilo "predittivo" del futuro comportamento della Corte.

Quanto al profilo normativo-formale, è indiscutibile che chi concentra la propria attenzione sui soli argomenti utilizzati dalla Corte, finisce per trascurare norme e principi fondamentali del nostro sistema che, ancorché non esplicitati dalla sentenza della Corte, siano rilevanti e indiscutibilmente vigenti (del pari, H.L.A. Hart giustamente ammoniva a non scambiare le decisioni prese dall'arbitro nel corso di una partita di *cricket* con le regole di quel gioco[3]).

Per limitarci a soli due esempi, così è a dire, innanzi tutto, del principio che «nello Stato costituzionale non esistono sovrani» ([4]). Principio che, nella nostra Costituzione, è positivamente esplicitato nell'art. 1 comma 2, secondo il quale il popolo, a cui appartiene la sovranità, la deve bensì esercitare, ma «nelle forme e nei limiti della Costituzione». Dal che derivano almeno due conseguenze: la prima, che il popolo non può, col suo voto, rendere giudiziariamente immuni coloro che siano stati da esso stesso eletti; la seconda, che nessun organo costituzionale, collegiale o monocratico, può dirsi, per definizione, sovrano[5].

E così è a dire anche della dottrina della Corte costituzionale in forza della quale l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge costituirebbe uno dei principi supremi del nostro ordinamento, come tale non modificabile nemmeno con una legge di revisione costituzionale([6]).

Quanto invece al profilo "predittivo" circa il comportamento che potrà tenere la Corte nell'ipotesi di una probabile q.l.c. della legge Alfano, l'insistenza dei sostenitori della conformità «formale» a Costituzione di tale legge dà l'impressione che essi non riflettano a sufficienza sul fatto - per la verità, piuttosto macroscopico - che la sentenza n. 24 del 2004 non è una *sentenza di rigetto* della q.l.c. dell'art. 1 della legge Schifani, ma *di accoglimento*, per cui la circostanza che l'annullamento sia stato pronunciato in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. [7], e che, nella motivazione, sia stato detto espressamente che «Resta assorbito ogni altro profilo di illegittimità costituzionale», sono argomenti che si pongono in radicale e insuperabile antitesi con l'opinione che per disporre l'improcedibilità di reati comuni sarebbe sufficiente una legge ordinaria.

Il che significa che, anche a voler ammettere che il Tribunale di Milano avesse investito la Corte della q.l.c. relativa alla violazione dell'art. 138 Cost. (il che però contrasta con le premesse in fatto della sentenza n. 24 del 2004), delle due tesi contrapposte sostenute da taluni ex giudici costituzionali che presero parte a quella decisione, sembra più verosimile la tesi di Gustavo Zagrebelsky e di Valerio Onida, firmatari della citata dichiarazione «In difesa della Costituzione»[8] e di Guido Neppi Modona[9], anziché quella sostenuta da Annibale Marini[10] e da Pier Alberto Capotosti[11], secondo i quali ultimi la Corte, col suo silenzio sul punto, avrebbe implicitamente ammesso che con una semplice legge ordinaria si possa disporre la sospensione dei processi penali delle alte cariche dello Stato.

La qual cosa è francamente insostenibile anche alla luce delle seguenti tre ulteriori considerazioni.

In primo luogo la rilevanza, nella specie, della deroga, prevista negli artt. 90 e 96 Cost., alla pari efficacia della legge penale (per ciò che riguarda la disciplina procedimentale e sostanziale dei reati funzionali del Presidente della Repubblica e dei Ministri), la quale conferma che le deroghe al precetto dell'art. 3, comma 1 Cost. necessitano della «forma» costituzionale. Del resto, e con implicito riferimento anche ai citt. artt. 90 e 96 Cost, la Corte, in un ulteriore passaggio della sentenza n. 24, ha, non a caso, affermato che l'esercizio della giurisdizione «nel nostro ordinamento sotto più profili, è regolato da precetti costituzionali»[12].

In secondo luogo, l'acuta osservazione svolta da Leopoldo Elia appunto con riferimento a questo inciso, secondo la quale: «Malgrado questa chiara precisazione, si insiste nel dire che il silenzio della sentenza quanto alla scelta del procedimento legislativo seguito (ordinario anziché costituzionale) avrebbe aperto un'autostrada ad una nuova legge ordinaria in materia. Ora, i motivi per cui la Corte, a tutto concedere, ha lasciata impregiudicata la questione possono essere molteplici (dalla ricerca di un consenso più ampio sul *decisum* da parte dei giudici alla preferenza per le ragioni sostanziali meglio percepibili e pedagogicamente efficaci per il *quidam de populo*): mancando la *dissenting* e la *concurring opinion* si può almanaccare a piacimento e altrettanto *inutiliter*. Tuttavia il riferimento all'art. 138 mancava nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione e comunque l'assorbimento "di ogni altro profilo di illegittimità costituzionale"[13] *omnia solvit*. In conclusione, chi tace non dice niente e tantomeno acconsente a una scelta così rilevante soltanto per implicito»[14].

In terzo luogo, sembra davvero improponibile che la Corte possa ritenere derogabile il principio costituzionale dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, quando in passato, qualificando l'art. 3 Cost. «principio supremo dell'ordinamento», ne ha addirittura postulata l'irrieducibilità costituzionale.

Passare implicitamente dalla tesi della immodificabilità assoluta alla tesi della modificabilità con legge ordinaria sembra davvero un passo troppo lungo anche e soprattutto per un giudice costituzionale!

3. Terzo rilievo. Sfugge ai sostenitori della conformità a Costituzione della legge Alfano che, delle molte ragioni che hanno portato all'incostituzionalità dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003, solo alcune di esse sono state tenute presenti (e adeguatamente affrontate) dalla legge n. 124 del 2008.

Le violazioni contestate alla legge n. 140 del 2003 dalla sentenza n. 24 del 2004 sono le seguenti: l'incostituzionalità dell'«automatismo generalizzato» della sospensione; l'incostituzionalità della durata indeterminata della medesima; la violazione del diritto d'azione e di difesa della parte civile sottoposta anch'essa alla sospensione pur a seguito del trasferimento dell'azione in sede civile; la violazione della ragionevole durata del processo; l'incostituzionalità della sottoposizione ad un'unica disciplina di cariche diverse non soltanto per le fonti di investitura, ma anche per la natura delle funzioni (la Corte si riferiva, sul punto, soprattutto alla ricomprensione tra i c.d. «magnifici cinque» del Presidente della Corte costituzionale); l'incostituzionalità della distinzione dei Presidenti delle Camere, del Consiglio dei ministri e della Corte costituzionale rispetto agli altri componenti degli organi da loro presieduti.

La legge Alfano ha certamente evitato lo scoglio della durata indeterminata della sospensione prevedendo la non reiterabilità nella successiva legislatura, lo scoglio della sospensione dell'azione della parte civile in caso di trasferimento in sede civile e lo scoglio dell'automatismo della sospensione anche in favore del titolare della carica che non volesse giovare. Non ha però rimediato agli altri vizi contestati dalla Corte alla legge n. 140 del 2003.

In primo luogo, non ha rimediato all'automatismo generalizzato. La disposizione secondo la quale «L'imputato o il suo difensore munito di procura speciale può rinunciare in ogni momento alla sospensione» (art. 1, comma 2, legge n. 124 del 2008) si pone infatti, in primo luogo, in contrasto con la conclamata funzione di tutela delle alte cariche dello Stato che sarebbe perseguita da tale legge. Per vero, se la tutela concerne davvero le alte cariche, e non la persona del titolare, allora «non si capisce come la possibilità di rinuncia sia compatibile con un «meccanismo a tutela del *munus publico*» (come definisce la sospensione la stessa relazione ministeriale a pagina 2)»[\[15\]](#).

E quindi, per evitare che l'interessato utilizzi la rinuncia a suo piacimento (ad es. rinunciando alla sospensione solo per i reati più lievi), la dichiarata incostituzionalità dell'automatismo generalizzato avrebbe dovuto indurre il Ministro Alfano (o chi per lui) a prescrivere un qualche «filtro o accertamento della plausibilità o ragionevolezza della tutela differenziata»[\[16\]](#) o, quanto meno, ad effettuare l'«indicazione dei presupposti» per l'applicazione dell'immunità in questione (v. il n. 3, in fine, del *considerato in diritto* della sentenza n. 24 del 2004), e cioè l'indicazione degli specifici reati per i quali la sospensione è possibile, essendo del tutto arbitrario che la sospensione possa operare automaticamente per tutti i reati, anche per quelli più gravi sia dal punto di vista comune (ad es. l'omicidio e lo stupro), sia dal punto di vista della ragion d'essere dello Stato di diritto (ad es. la corruzione in atti giudiziari, che incide sulla pari eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e all'amministrazione della giustizia).

La opposta tesi, secondo la quale la sospensione temporanea dei processi anche per reati comuni risponderebbe alle esigenze di funzionamento del sistema politico-istituzionale, si scontra con il ben più fondato rilievo - a suo tempo prospettato in dottrina in critica all'immunità temporanea del Presidente della Repubblica per i reati comuni - che il prestigio delle istituzioni è assai più gravemente compromesso qualora il titolare dell'alta carica la utilizzi per evitare la celebrazione di un processo penale che lo riguardi[\[17\]](#); e che le esigenze di funzionamento del sistema politico-istituzionale non possono contraddire il principio, sopra ricordato, dell'art. 1, comma 2 Cost., secondo il quale, in uno Stato costituzionale di diritto, non esistono «sovrani»[\[18\]](#).

In secondo luogo, il legislatore non ha posto rimedio alla violazione della norma costituzionale che prescrive la ragionevole durata del processo, ancorché tale censura fosse stata formulata dalla Corte nella sentenza n. 24 del 2004 con le seguenti parole: «All'effettività dell'esercizio della giurisdizione non sono indifferenti i tempi del processo. Ancor prima che fosse espressamente sancito in Costituzione il principio della sua ragionevole durata (art. 111, secondo comma), questa Corte aveva ritenuto che una stasi del processo per un tempo indefinito e indeterminabile vulnerasse il diritto di azione e di difesa (sentenza **n. 354 del 1996**) e che la possibilità di reiterate sospensioni ledesse il bene costituzionale dell'efficienza del processo (sentenza **n. 353 del 1996**)».

Probabilmente, dagli estensori del d.d.l. Alfano si è ritenuto che, prevedendosi la possibilità di rinuncia alla sospensione da parte dell'imputato, il profilo d'incostituzionalità avrebbe perso rilevanza. Non è affatto così. Tale principio, affermato nell'art. 111, comma 3 Cost., non è posto a tutela del solo

imputato, ma garantisce specificamente la speditezza del processo e quindi «l'effetto di concentrazione che consegue alla continuità fra istruttoria dibattimentale (assunzione delle prove), discussione finale e decisione del giudice»[19].

In terzo luogo, il legislatore non ha tenuto conto del rilievo della Corte circa l'incostituzionalità della distinzione, sotto il profilo della parità, riguardo ai principi fondamentali della giurisdizione, dei Presidenti delle Camere e del Presidente del Consiglio dei ministri rispetto agli altri componenti degli organi da loro presieduti. Con il che la Corte non ha sostenuto che l'immunità temporanea dovrebbe essere estesa a tutti i parlamentari e a tutti i Ministri[20], il che sarebbe francamente assurdo[21] ma, tutt'al contrario, che la posizione dei Presidenti delle assemblee e del Presidente del Consiglio non può essere diversificata rispetto alla posizione giuridica, rispettivamente, dei parlamentari e dei Ministri, per cui, fin quando non venga introdotta una nuova generale disciplina dell'immunità parlamentare (diversa, ovviamente, dalla sospensione obbligatoria dei processi), l'immunità, ancorché temporanea, dei Presidenti delle assemblee e del Presidente del consiglio dei Ministri per i processi relativi a reati comuni dovrà necessariamente essere la stessa di quella attualmente prevista per i parlamentari.

Infine, il legislatore ha violato il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, il quale, nella fattispecie decisa dalla sentenza n. 24 del 2004, veniva in considerazione solo in via indiretta con riferimento all'art. 3 Cost. e comunque non era specificamente rilevante, in quanto chi si lamentava dell'incostituzionalità della legge Schifani era, in quel giudizio, la parte civile CIR.

Con riguardo a tale principio, patentemente violato dalla legge Alfano, merita per completezza, di essere ricordato che la Corte costituzionale, nella sua giurisprudenza, ha più volte affermato che «(l')obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero (...) è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale»; che «(l')obbligo dell'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero esige che egli sia titolare di tale azione in relazione a qualunque fatto di reato, comunque conosciuto» (sentenza n. 84 del 1979); che tale principio «esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, perciò, quello che in dottrina viene definito *favor actionis*. Ciò comporta non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità che opera, in varia misura, nei sistemi ad azione penale facoltativa (...) ma comporta, altresì, che in casi dubbi l'azione vada esercitata e non omessa». In conclusione, «(i)l principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo» (sentenza n. 88 del 1991).

4. Quarto rilievo. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 24 del 2004, dopo aver rilevato che «la sospensione disposta dalla norma censurata è costituita dalla coincidenza delle condizioni di imputato e di titolare di una delle cinque più alte cariche dello Stato» e che «il bene che la misura in esame vuol tutelare deve essere ravvisato nell'assicurazione del sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche», ha affermato trattarsi «di un interesse apprezzabile che può essere tutelato in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto, rispetto al cui migliore assetto la protezione è strumentale».

Chiosando questo passo, uno dei più autorevoli sostenitori della legittimità della legge Alfano, l'ex Presidente Annibale Marini[22], ha sostenuto che, con questa affermazione, la Corte avrebbe dato, in maniera netta, una risposta favorevole al problema. E' però facile obiettare che con questo rilievo, significativamente posto *all'inizio* del n. 4 del *considerato in diritto*, la Corte non afferma nulla nel merito, ma si limita ad impostare, alla luce dei «principi fondamentali dello Stato di diritto», il problema (affrontato e risolto nei successivi paragrafi) del se e del come quel «sereno svolgimento» possa essere garantito.

Non diverso è anche il significato da dare al rilievo posto *all'inizio* del successivo n. 6, laddove la Corte afferma: «Da quanto detto emerge anzitutto che la misura predisposta dalla normativa censurata crea un regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione, in particolare di quella penale.// La constatazione di tale differenziazione non conduce di per sé all'affermazione del contrasto della norma con l'art. 3 della Costituzione. Il principio di eguaglianza comporta infatti che, se situazioni eguali esigono eguale disciplina, situazioni diverse possono implicare differenti normative. In tale seconda ipotesi, tuttavia, ha decisivo rilievo il livello che l'ordinamento attribuisce ai valori rispetto ai quali la connotazione di diversità può venire in considerazione.// Nel caso in esame sono fondamentali i valori rispetto ai quali il legislatore ha ritenuto prevalente l'esigenza di protezione della serenità dello svolgimento delle attività connesse alle cariche in questione.// Alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della

parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, il cui esercizio, nel nostro ordinamento, sotto più profili è regolato da precetti costituzionali».

Anche qui la Corte si limita ad impostare il problema che di lì a poco, nello stesso n. 6, risolverà negativamente, contestando all'art. 1 della legge n. 140 del 2003 l'incostituzionalità dell'«automatismo generalizzato», la violazione del diritto di azione e di difesa della parte civile, la violazione del principio della ragionevole durata del processo e infine la violazione del pari trattamento dei parlamentari e dei Ministri rispetto ai presidenti dei rispettivi organi collegiali.

Ma non basta: tra i vari rilievi della Corte già ricordati ce n'è uno che merita una ulteriore considerazione perché attiene al punto nodale dell'improcedibilità per motivi soggettivi. La Corte, come testé ricordato, ammette bensì, al n. 6, che un regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione non sia di per sé incostituzionale perché «situazioni diverse possono implicare differenti normative». Tuttavia la Corte aggiunge che, perché la differenza ontologica di una data situazione possa giustificare una differenza normativa, «ha decisivo rilievo il livello che l'ordinamento attribuisce ai valori *rispetto ai quali la connotazione di diversità può venire in considerazione*» [23].

Ebbene, da questa angolatura, è inequivocabile la risposta della Corte costituzionale al problema se i comuni fatti illeciti posti in essere da titolari di alte cariche possano godere di un trattamento sostanziale o processuale privilegiato. Afferma infatti la Corte: «Alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, il cui esercizio, nel nostro ordinamento, sotto più profili è regolato da precetti costituzionali».

Il che equivale a dire che nel nostro ordinamento solo i reati che siano stati commessi nell'esercizio di funzioni istituzionali hanno diritto ad una disciplina derogatoria sotto il profilo sostanziale o processuale del principio d'eguaglianza (artt. 68, 90, 96, 122 Cost.). E quindi resta fermo che il principio di parità di trattamento rispetto alla giurisdizione non tollera eccezioni con riferimento ai reati comuni, giacché nel compimento di reati comuni i titolari delle alte cariche *non sono giuridicamente diversi* da qualsiasi altro comune cittadino.

5. Quinto ed ultimo rilievo. E' indiscutibile che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 24 del 2004, pur concludendo per l'incostituzionalità, si sia limitata ad analizzare il problema dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge sotto il profilo della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione. A non diverse conclusioni la Corte sarebbe però pervenuta se avesse impostato il problema alla luce del principio di eguaglianza formale della legge, in sé e per sé considerato.

E poiché l'attuale maggioranza al Governo e il suo *leader* si richiamano sovente ai principi del liberalismo, ritengo opportuno chiudere queste note critiche della legge n. 124 del 2008 da essi votata con la citazione di un passo del saggio *“Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione”* di Carlo Esposito, insigne giurista di profonda fede liberale, uno dei più autorevoli costituzionalisti italiani del secolo XX, mio primo indimenticabile Maestro [24].

Scriveva Esposito, nel lontano 1954, prima ancora che la Corte costituzionale iniziasse ad operare: «...Il vero è che la disposizione che i cittadini sono eguali davanti alla legge, secondo interpretazione letterale e sistematica (...), può significare solo che la potestà della legge è eguale, identica per tutti, sicché *non vi è più in Italia principe o suddito sciolto dalle leggi*, e non vi sono più sottoposti a potestà legislativa diversa da quella degli altri cittadini, e non vi è più “personalità” della legge, né pluralità di ordinamenti in corrispondenza alle varie categorie di soggetti.

Ne segue che la disposizione sulla eguaglianza, in principio, non disciplina il contenuto delle leggi, ma sibbene ne definisce in modo incontrovertibile la forma e l'efficacia (...). In corrispondenza, sarà viziata per illegittimità costituzionale ogni norma di legge ordinaria che, in contrasto col principio della assoluta eguaglianza di situazione formale dei cittadini di fronte alla legge astratta o concretamente attuantesi, *voglia creare su questo punto situazioni diverse da cittadino a cittadino, o proprie di alcune categorie di cittadini rispetto alle altre (...). Incostituzionali le leggi ordinarie che vogliano estendere, oltre i casi previsti dalla Costituzione* [25], *le ipotesi di improcedibilità soggettiva o delle condizioni soggettive di improcedibilità (...)* impedienti la immediata attuazione della legge, *poiché tali improcedibilità (...), in definitiva, privano di concreta efficacia la legge rispetto a determinati cittadini e creano diseguaglianze formali tra di essi...*» [26].

Chiunque abbia un minimo di dimestichezza con la giurisprudenza costituzionale sa che l'interpretazione restrittiva che Esposito dava all'art. 3 Cost. (perché Esposito temeva che l'attivismo della Corte potesse

pregiudicare la potestà classificatoria del legislatore e ridurre quindi il ruolo del Parlamento) è stata abbandonata dalla Corte dopo appena qualche anno dalla sua entrata in funzione. Già dai primi anni '60, la Corte ha infatti iniziato a sottoporre al suo giudizio, alla luce dell'art. 3 Cost. (soprattutto del suo secondo comma), la validità delle norme di legge anche sotto il profilo della ragionevolezza, della non arbitrarietà e poi della proporzionalità.

Con il che la Corte costituzionale ha bensì allargato il ventaglio delle sue possibilità di sindacato delle leggi, ma non ha minimamente rinnegato il principio dell'eguaglianza formale di tutti i cittadini davanti alla legge, quale era stato proclamato, insieme con i diritti fondamentali di prima generazione, dalle carte costituzionali liberali del '700[27].

[1] Si riporta, per comodità del lettore, la dichiarazione "*In difesa della Costituzione*" firmata da oltre 100 professori ordinari diritto costituzionale o di discipline equivalenti, integralmente diffusa da *Repubblica*, da *Europa* e dal sito www.costituzionalismo.it in data 4 luglio 2008:

«I sottoscritti professori ordinari di diritto costituzionale e di discipline equivalenti, vivamente preoccupati per le recenti iniziative legislative intese: 1) a bloccare per un anno i procedimenti penali in corso per fatti commessi prima del 30 giugno 2002, con esclusione dei reati puniti con la pena della reclusione superiore a dieci anni; 2) a reintrodurre nel nostro ordinamento l'immunità temporanea per reati comuni commessi dal Presidente della Repubblica, dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Presidenti di Camera e Senato anche prima dell'assunzione della carica, già prevista dall'art. 1 comma 2 della legge n. 140 del 2003, dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 24 del 2004,

premesso che l'art. 1, comma 2 Cost., nell'affermare che "La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione", esclude che il popolo possa, col suo voto, rendere giudiziariamente immuni i titolari di cariche elettive e che questi, per il solo fatto di ricoprire cariche istituzionali, siano esentati dal doveroso rispetto della Carta costituzionale,

rilevano, con riferimento alla legge di conversione del decreto legge n. 92 del 2008, che gli artt. 2 *bis* e 2 *ter* introdotti con emendamento a tale decreto, sollevano insuperabili perplessità di legittimità costituzionale perchè: a) essendo del tutto estranei alla logica del c.d. decreto-sicurezza, difettano dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77, comma 2 Cost. (Corte cost., sentenze n. 171 del 2007 e n. 128 del 2008); b) violano il principio della ragionevole durata dei processi (art. 111, comma 1 Cost., art. 6 Conv. europea dei diritti dell'uomo); c) pregiudicano l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), in conseguenza della quale il legislatore non ha il potere di sospendere il corso dei processi, ma solo, e tutt'al più, di prevedere criteri – flessibili – cui gli uffici giudiziari debbano ispirarsi nella formazione dei ruoli d'udienza; d) la data del 30 giugno 2002 non presenta alcuna giustificazione obiettiva e razionale; e) non sussiste alcuna ragionevole giustificazione per una così generalizzata sospensione che, alla sua scadenza, produrrebbe ulteriori devastanti effetti di disfunzione della giustizia venendosi a sommare il carico dei processi sospesi a quello dei processi nel frattempo sopravvenuti;

rilevano, con riferimento al c.d. lodo Alfano, che la sospensione temporanea ivi prevista, concernendo genericamente i reati comuni commessi dai titolari delle sopra indicate quattro alte cariche, viola, oltre alla ragionevole durata dei processi e all'obbligatorietà dell'azione penale, anche e soprattutto l'art. 3, comma 1 Cost., secondo il quale tutti i cittadini "sono eguali davanti alla legge". Osservano, a tal proposito, che le vigenti deroghe a tale principio in favore di titolari di cariche istituzionali, tutte previste da norme di rango costituzionale o fondate su precisi obblighi costituzionali, riguardano sempre ed esclusivamente atti o fatti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni. Per contro, nel c.d. lodo Alfano la titolarità della carica istituzionale viene assunta non già come fondamento e limite dell'immunità "funzionale", bensì come mero pretesto per sospendere l'ordinario corso della giustizia con riferimento a reati "comuni".

Per ciò che attiene all'analogo art. 1, comma 2 della legge n. 140 del 2003, i sottoscritti rilevano che, nel dichiararne l'incostituzionalità con la citata sentenza n. 24 del 2004, la Corte costituzionale si limitò a constatare che la previsione legislativa in questione difettava di tanti requisiti e condizioni (tra cui la doverosa indicazione del presupposto – e cioè dei reati a cui l'immunità andrebbe applicata – e l'altrettanto doveroso pari trattamento dei ministri e dei parlamentari nell'ipotesi dell'immunità, rispettivamente, del Premier e dei Presidenti delle due Camere), tali da renderla inevitabilmente contrastante con i principi dello Stato di diritto.

Ma ciò la Corte fece senza con ciò pregiudicare la questione di fondo, qui sottolineata, della necessità che qualsiasi forma di prerogativa comportante deroghe al principio di eguale sottoposizione di tutti alla giurisdizione penale debba essere introdotta necessariamente ed esclusivamente con una legge costituzionale.

Infine, date le inesatte notizie diffuse al riguardo, i sottoscritti ritengono opportuno ricordare che l'immunità temporanea per reati comuni è prevista solo nelle Costituzioni greca, portoghese, israeliana e francese con riferimento però al solo Presidente della Repubblica, mentre analoga immunità non è prevista per il Presidente del Consiglio e per i Ministri in alcun ordinamento di democrazia parlamentare analogo al nostro, tanto meno nell'ordinamento spagnolo più volte evocato, ma sempre inesattamente».

[2] V. *Il messaggero* del 29 luglio 2009, p. 3.

[3] **H.L.A. Hart**, *Il concetto del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino 1965, p. 166 ss.

[4] **M. Kriele**, *Einführung in die Staatslehre*⁵, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1994, p. 121 ss.

[5] **A. Pace**, *La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2005, p.21.

[6] V. Corte cost., sent. n. 1146 del 1988. Nello stesso senso v. le sentt. nn. 16 e 18 del 1982, 388 del 1991, 62 del 1992 e 15 del 1996.

[7] Mi chiedo: se gli artt. 3 e 24 Cost. hanno costituito il parametro alla cui luce è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003, vuol dire che gli artt. 3 e 24 Cost. si ponevano come gerarchicamente superiori alla legge n. 140. Ma se ciò è vero, come è possibile sostenere che la legge n. 140 avesse, in quanto legge ordinaria, la forza normativa necessaria e sufficiente per modificare le norme costituzionali in forza delle quali l'art. 1 cit. è stato dichiarato incostituzionale?

[8] Si legge infatti in tale dichiarazione che la Corte, nel pronunciare l'incostituzionalità della legge n. 140 del 2003 sotto taluni limitati profili ex artt. 3 e 24 Cost., lo «fece senza con ciò pregiudicare la questione di fondo (...) della necessità che qualsiasi forma di prerogativa comportante deroghe al principio di eguale sottoposizione di tutti alla giurisdizione penale debba essere introdotta necessariamente ed esclusivamente con una legge costituzionale». Tale frase è stata aggiunta alla dichiarazione di pugno dell'ex presidente della Corte costituzionale prof. Valerio Onida.

[9] **G. Neppi Modona**, *Sul «lodo» l'incognita Consulta*, ne *Il sole 24 ore* del 12 luglio 2008, p. 14.

[10] Intervista di **A. Papa** a **A. Marini**, **A. Pace** e **G. Pellegrino** in *GR Parlamento*, 12 luglio 2008, ore 9,30.

[11] **P.A. Capotosti**, *Quirinale ineccepibile, la legge ordinaria va bene*, ne *Il messaggero*, 10 luglio 2008, p. 5.

[12] V. il n. 6 del *considerato in diritto*.

[13] V. il n. 8 del *considerato in diritto*.

[14] Così **L. Elia** nell' audizione informale presso le Commissioni riunite (Affari costituzionali e Giustizia) del Senato della Repubblica, tenuta mercoledì 16 luglio 2008, pubblicata sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it col titolo *Sul c.d. lodo Alfano*.

[15] Così **L. Elia**, *Sul c.d. lodo Alfano*, cit.

[16] Così **L. Elia**, *Sul c.d. lodo Alfano*, cit.

[17] In questo senso v. gli interventi, in Assemblea costituente, dell'on. Calosso e dell'on. Fabbri, nella seduta antim. del 24 ottobre 1947, in *Atti Ass. cost.*, vol. IV, Segretariato della Camera dei deputati, Roma, 1970, pp. 3313 e 3516. In dottrina, sempre in questo senso, v. **L. Carlassarre**, *Art. 90, in*

Commentario della Costituzione a cura di Gius. Branca, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1983, p.151; **A. Pace**, *Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello Stato*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1998, p.989..

[18] Sarebbe opportuno che i sostenitori della legge Alfano meditassero sulle seguenti due sentenze della Corte Suprema degli S.U.: 1) *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731, 749 (1982) che ha statuito che l'assoluta irresponsabilità del Presidente della Repubblica può essere predicata solo per gli atti e i fatti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni; 2) *Clinton v. Jones*, 117 S. Ct., 1636; 137 L. Ed. 2nd, 945 (1997), che ha affermato che il possibile intralcio al disbrigo delle funzioni presidenziali non può costituire il pretesto per sostenere l'improcedibilità temporanea dei giudizi nei quali il Presidente sia coinvolto per fatti non attinenti all'esercizio delle proprie funzioni.

[19] **V. Onida**, *Bene la priorità, irragionevole la sospensione*, in *Il sole 24 ore*, 19 giugno 2008, p. 21.

[20] Intervista di **M.Martinelli** ad **A. Corasaniti**, ne *Il Messaggero*, 31 luglio 2008, p. 6.

[21] **A. Pace**, *Tornare all'autorizzazione a procedere?*, in *Europa*, 10 luglio 2008, p. 1, e in www.associazionedeicostituzionalisti.it

[22] Nell'intervista a *GR Parlamento*, sopra citata.

[23] Corsivi miei.

[24] **C. Esposito**, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in **Id.**, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 30 ss.

[25] E qui **C. Esposito**, *op. cit.*, p. 32, citava in nota gli artt. 68, 90, 122, comma 4 Cost.

[26] Corsivi miei.

[27] Nei suoi scritti Norberto Bobbio ha ripetutamente sottolineato che, senza i diritti di prima generazione (identificabili, con espressione impropria, come «libertà negative»), poi inseriti in tutte le Costituzioni ottocentesche (tranne che nella Costituzione bonapartista degli anni VIII, X e XIII), in nessun paese al mondo sarebbe stato possibile uno sviluppo della società in senso democratico. Con la loro proclamazione si inverte infatti il rapporto tra potere e libertà che porterà l'individuo nel secolo XX ad essere elevato a soggetto potenziale della stessa comunità internazionale. V. ad es. **N. Bobbio**, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 113 ss., 117.

(18 agosto 2008)