

La Consulta, il “lodo Alfano” e il paradosso antimaggioritario

di

Federica Resta*

SOMMARIO: 1. Il c.d. “lodo Alfano” – 2. Il “non detto” nella sentenza n. 24 del 2004 e il parametro dell’art. 138 Cost. – 3. I temi trattati dalla sentenza n. 262 del 2009: a) le immunità e il principio di pari trattamento rispetto alla giurisdizione; b) *munus e immunitas* in una democrazia parlamentare – 4. Bilanciamento tra interessi ed equilibrio tra poteri– 5. Il paradosso antimaggioritario

1. “Una sentenza politica”. Così è stata definita la sentenza n. 262/2009 della Corte costituzionale sul c.d. lodo Alfano¹, non considerando se non altro che ogni sentenza della Consulta ha di per sé rilievo politico nella misura in cui giudica della legittimità di atti legislativi, come tali espressivi della decisione politica. La sentenza in commento invece, al di là dei profili di merito su cui si pronuncia, ribadisce principi importanti – e sempre più spesso oggi messi in discussione - in ordine alla natura della forma di governo parlamentare e al correlativo rapporto ed equilibrio tra i poteri dello Stato. Del resto, la stessa legge sulla cui legittimità si doveva pronunciare la Corte interveniva su di una materia particolarmente delicata dal punto di vista degli equilibri politico-istituzionali, nella misura in cui regolava i rapporti tra potere politico e ordine giudiziario; tra (esercizio del) *munus publicum* e *immunitas*².

Come noto, il c.d. lodo Alfano (l. 124 del 2008, *infra*: l. 124) – approvato all’esito di un percorso parlamentare in certa misura atipico³ – sanciva la sospensione dei *processi* per reati

* Ringrazio sentitamente il Dr. Giampiero Buonomo e il Prof. Stefano Ceccanti per l’attenta lettura e i preziosi suggerimenti.

¹ Cfr., ad es., F. CARIOTI, *Così la Consulta rinnega se stessa*, in *Libero*, 20.10.2009, 1; nonché le affermazioni del sottosegretario On. Paolo Bonaiuti (in *La Repubblica*.it, 7 ottobre 2009).

² La relazione al disegno di legge AC 1442 qualificava il provvedimento come volto ad introdurre nel nostro ordinamento un “meccanismo di sospensione processuale diretto a tutelare l’interesse al sereno svolgimento delle funzioni che fanno capo alle più alte cariche dello Stato”, a “tutela del *munus pubblico*”. Nel valutare la legittimità della l. 140/2003, la Consulta aveva del resto affermato, nella sentenza n. 24 del 2004, che l’interesse, pur “apprezzabile”, alla tutela del sereno svolgimento delle funzioni da parte dei titolari delle più alte cariche dello Stato potesse essere garantito (solo) “in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto, rispetto al cui migliore assetto la protezione è funzionale”.

³ Come osserva N. LUPO, *Sull’iter parlamentare del “lodo Alfano”: una legge approvata in gran fretta, sulla base dei “peggiori precedenti”*, in www.amministrazioneincammino.it, il disegno di legge AC 1442, presentato dal Governo il 2 luglio 2008, è stato iscritto nel calendario dei lavori della Camera dei deputati nella seconda settimana di quel mese, al posto del disegno di legge di conversione del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (il cui esame avrebbe dovuto concludersi, a pena di decadenza, entro il 25 luglio); è stato licenziato in prima lettura il 10 luglio e quindi approvato dal Senato, senza modifiche, il 22 luglio; dunque, a distanza, rispettivamente, di 8 e 20 giorni dalla data di presentazione alle Camere da parte del Governo. La decisione del Presidente della Camera di calendarizzare il provvedimento anche prima del decorso del termine di due mesi di cui la Commissione, ai sensi degli artt. 23, comma 5 e 81 del Regolamento della Camera, dispone per concludere l’esame in sede referente di un disegno di legge. Tale decisione del Presidente rappresenta indubbiamente una deroga all’iter ordinario di esame dei provvedimenti e, secondo alcuni, finanche al principio dell’incomprimibilità- salvo delibera unanime della Conferenza dei Presidenti dei Gruppi o conclusione anticipata ma concordemente disposta dell’esame in Commissione – del tempo minimo di cui la Commissione dispone, a norma di Regolamento, per l’esame dei provvedimenti in sede referente (cfr., in tal senso, gli interventi di V. LIPPOLIS e A. PALANZA al Convegno su *Prospettive ed evoluzione dei regolamenti parlamentari*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari,

estranei all'esercizio delle funzioni (in tal senso depone la clausola di residualità relativa agli artt. 90 e 96 Cost.), nei confronti del Presidente della Repubblica, dei Presidenti delle Camere e del Presidente del Consiglio, in costanza di mandato. Di tale causa di sospensione – rinunciabile – si poteva fruire per un solo mandato, salvo il caso di nuova nomina per la medesima carica, nel corso della stessa legislatura. Essa sospendeva contestualmente la prescrizione e si applicava anche ai procedimenti per reati relativi a fatti antecedenti l'assunzione della carica. La parte offesa che avesse voluto trasferire l'azione in sede civile avrebbe inoltre potuto usufruire di termini abbreviati fino alla metà per la comparsa e il giudice sarebbe stato tenuto a dare precedenza a tale causa nel fissare l'ordine di trattazione dei procedimenti.

Nonostante la norma si riferisse esclusivamente alla sospensione dei 'processi', in realtà – come sostenuto dal Gip presso il Tribunale di Roma nell'ordinanza di rimessione r.o. n. 9/2009- si sarebbe potuto ritenere che essa si sarebbe applicata ai 'procedimenti' e dunque anche alla fase pre-dibattimentale, dal momento che le sole attività ivi consentite sono quelle relative all'assunzione di prove non rinviabili (mediante l'incidente probatorio e gli altri atti urgenti di cui all'art. 467 c.p.p., relativamente alla fase preliminare al dibattimento) e che il termine "processo" contenuto nella legge avrebbe avuto un significato atecnico, comprensivo cioè anche della fase delle indagini. Inoltre, il richiamo, da parte dell'art.1, c.7, l. 124⁴, al concetto di "fase" del procedimento, avrebbe potuto intendersi come riferito al complesso delle varie fasi in cui si articola il procedimento penale, tra le quali vi è appunto quella delle indagini. Tuttavia, tale interpretazione è stata preclusa dalla circostanza che la Corte abbia dichiarato inammissibili, per carenza di rilevanza, le eccezioni proposte dal Gip di Roma che aveva sollevato la questione pregiudiziale in occasione di una richiesta di proroga delle indagini ex art. 406 c.p.p. da parte del pubblico ministero⁵. La decisione della Corte sul punto esclude l'applicabilità della legge alla fase precedente l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, sulla base di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 1 l. 124. Si rileva infatti (punto n. 3 Cons. dir.), in primo luogo, l'incongruenza della tesi del Gip, che da un lato attribuisce valore tecnico al termine "fase" di cui al comma 7 dell'art.1, e dall'altro interpreta in senso atecnico la nozione di "processo" contenuta nella legge. In secondo luogo, ad avviso della Corte, dal richiamo agli artt. 392 e 467 c.p.p., non può evincersi l'applicabilità della sospensione

Quaderno n. 9. Seminario 1998, Torino, 1999, 16 ss. e 61 ss.). Va tuttavia rilevato come la decisione del Presidente si conformi a diversi precedenti, consolidatisi a partire dall'esame, nella XIV legislatura, della legge 7 novembre 2002, n. 248, c.d. legge Cirami. Inoltre, l'applicazione del contingentamento dei tempi sin dal primo calendario è stata resa possibile in virtù dell'esclusione della riconducibilità delle norme del disegno di legge alla categoria di votazioni per le quali può essere richiesto lo scrutinio segreto (art. 49, comma 1, del Regolamento della Camera), ritenendosi in particolare che il provvedimento non potesse qualificarsi alla stregua di "legge ordinaria relativa agli organi costituzionali dello Stato", e negandosi d'altro canto che le norme del disegno di legge potessero incidere sulla garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti di cui all'art. 24 Cost. (ipotesi anch'essa per la quale è ammessa la richiesta di votazione a scrutinio segreto, ai sensi dell'art. 49, comma 1, del Regolamento della Camera). Anche tale decisione è supportata dal precedente costituito dall'esame del disegno di legge sul c.d. lodo Schifani (l. 140/2003), nel corso della XIV legislatura. Infine, la stessa decisione presidenziale di respingere la richiesta di applicazione della norma di cui all'art. 24, comma 12, del Regolamento della Camera – secondo cui, in assenza di deliberazione unanime della Conferenza dei Capigruppo, un singolo gruppo può opporsi al contingentamento dei tempi del dibattito, in sede di prima calendarizzazione, su provvedimenti recanti "questioni di eccezionale rilevanza politica, sociale o economica riferite ai diritti previsti dalla prima parte della Costituzione – si conforma a una prassi costante, tesa ad interpretare la suddetta clausola di salvaguardia come non applicabile automaticamente in virtù della mera richiesta di un singolo gruppo, ma soggetta invece alla verifica del Presidente dell'Assemblea (cfr., in tal senso, l'interpretazione dell'art. 24, comma 12, fornita dal Presidente della Camera nella XIII legislatura, nel corso della seduta del 2 marzo 1999 della Giunta per il regolamento).

⁴ Secondo cui "le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai processi penali in corso, in ogni fase, stato o grado, alla data di entrata in vigore della presente legge" (c.a.).

⁵ In tale fase probabilmente il Gip avrebbe potuto disporre la notifica agli indagati – tra i quali il Presidente del Consiglio – della richiesta di proroga, così da non dover applicare la sospensione prevista dall'art. 1 l. 124/2008. Cfr., sul punto, E. GROSSO, *Considerazioni sparse in tema di lodi ritrovati e questioni di costituzionalità ai perdute*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Il lodo ritrovato*, Torino, 2009.

anche alla fase delle indagini, dal momento che, ad esempio, l'incidente probatorio può ben essere disposto in udienza preliminare – fase, questa, successiva alle indagini – dovendo invece ritenersi che il riferimento ai suddetti istituti “– lungi dal comprovare una reciproca implicazione tra tali istituti e le indagini preliminari – vale solo a rimarcare il necessario presupposto dell'assunzione di tali prove, e cioè il connotato dell'urgenza” . A sostegno della sua interpretazione, la Consulta adduce poi - sulla base di un'analisi dei lavori preparatori della legge e delle dichiarazioni del rappresentante del Governo – una lettura dell'art.1 l. 124 orientata al principio di ragionevolezza, tale da escludere ogni interpretazione idonea ad alterare (e non soltanto a differire) il regime di esercizio dell'azione penale delineato dall'art. 112 Cost.. Ove infatti si ritenesse che la sospensione di cui all'art. 1 l. 124 si applichi anche alla fase delle indagini, “vi sarebbe un grave pregiudizio all'esercizio dell'azione penale (...) per l'estrema difficoltà di reperire le fonti di prova a distanza di diversi anni”, con il rischio “di una definitiva sottrazione dell'imputato alla giurisdizione; e ciò anche dopo la cessazione dall'alta carica”.

Se dunque tale interpretazione consente di escludere una radicale incompatibilità del c.d. lodo Alfano con l'art. 112 Cost., tuttavia i profili di illegittimità rilevati dalla Consulta con la sentenza in commento sono ben più ampi e coinvolgono il complesso delle disposizioni della legge 124, che come noto riprendevano in larga misura – sia pur con modifiche significative⁶ – le norme introdotte cinque anni prima dalla l. 140/2003 (c.d. lodo Schifani), dichiarata incostituzionale *in parte qua* con sentenza n. 24 del 2004⁷.

Proprio in ragione delle affinità che caratterizzavano le due leggi, l'autorizzazione alla presentazione del disegno di legge alle Camere è stata accompagnata da un comunicato con il quale il Presidente della Repubblica ha precisato come “ad un primo esame – quale compete al Capo dello Stato in questa fase – il disegno di legge (...) è risultato corrispondere ai rilievi formulati” nella sentenza n. 24 del 2004 della Consulta. Tali argomenti sono stati pressoché ribaditi nel comunicato del 23 luglio 2008, che ha accompagnato la promulgazione, da parte del Capo dello Stato, della legge.

In tali dichiarazioni del Presidente della Repubblica si è voluto leggere, da parte di taluno, una sorta di conferma della legittimità costituzionale della legge, che oltre a conformarsi alla pronuncia della Consulta del 2004 avrebbe realizzato un bilanciamento tra gli interessi in gioco pienamente corrispondente al dettato costituzionale. Con questi argomenti si vorrebbe insomma attribuire al Presidente della Repubblica un potere che non ha, ovvero quello di anticipare il futuro giudizio della Consulta. Il vaglio rimesso al Presidente della Repubblica in sede di autorizzazione alla presentazione di disegni di legge governativi alle Camere e quindi di promulgazione della legge attiene infatti ad aspetti di manifesta incostituzionalità - che nella specie non ricorrevano – non potendo invece spingersi, se non violando le prerogative della Consulta da un lato e delle Camere dall'altro, sino ad esaminare profili di costituzionalità che possano apparire quantomeno controvertibili e che solo la Corte costituzionale può sindacare. Ed

⁶ Innovazioni che hanno consentito alla Corte di escludere una violazione dell'art. 136 Cost., ravvisata dai giudici *a quibus* in relazione all'estensione della causa di sospensione anche ai “processi penali per fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione” (art.1, c.1, l. 124), nella misura in cui la legge del 2008 ha di fatto riprodotto, con efficacia retroattiva, il contenuto delle disposizioni di cui alla l. 140/2003, sulla quale si era formato un giudicato costituzionale che avrebbe dovuto vincolare, come tale, anche il legislatore. La Corte ha tuttavia dichiarato infondata tale eccezione. Infatti, se “perché vi sia violazione del giudicato costituzionale è necessario che una norma ripristini o preservi l'efficacia di una norma già dichiarata incostituzionale” (Corte cost., sentenze nn. 78/1992; 922/1988), tali requisiti non ricorrono nel caso di specie, avendo appunto il legislatore del 2008 introdotto innovazioni significative rispetto alla disciplina sancita nel 2003.

⁷ Tra i primi commenti alla legge e alla sentenza, cfr., *ex plurimis*, cfr. A. FINOCCHIARO, *L'insopprimibile incostituzionalità della legge n. 140 del 2003*, in *Cass.pen.*, 2003, n.10, 3235 ss.; E. MARZADURI, *Dubbi sullo “stop” nella fase delle indagini*, Guida al diritto, 2003, n. 26, 23; A. PUGIOTTO, *Lecture e riletture della sentenza costituzionale n. 24/2004*, in *Giur.it.*, 2009, 778; S. CURRERI, *Prime riflessioni sulla sentenza 20 gennaio 2004, n. 24 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

effettivamente il ‘lodo Alfano’ sembrava attenersi ad alcuni (ma non tutti) i profili d’illegittimità rilevati dalla Consulta nella sentenza 24/2004.

I profili censurati dalla Corte di cui il Governo, nella redazione del lodo ‘Alfano’ ha tenuto conto, erano i seguenti: la *rinunciabilità*⁸ della sospensione da parte del beneficiario, che esclude possibili violazioni del diritto alla difesa dell’imputato medesimo, il quale ben potrebbe avere interesse a dimostrare, in costanza di mandato, la propria innocenza; e la *limitatezza temporale* della sospensione, che avrebbe avuto durata corrispondente ad un unico mandato o, nel caso di nuovo incarico, a quella della legislatura in corso..

Nel redigere la l. 124, invece, il legislatore non è intervenuto (non solo su profili di illegittimità già accertati dalla Corte, ma anche e soprattutto) sugli aspetti di incostituzionalità della l. 140 che la Consulta ha considerato assorbiti dalle censure fondate sul contrasto con gli artt. 3 e 24, nonché, ovviamente, su quelli riferiti a parametri costituzionali non espressamente indicati nell’ordinanza di rimessione⁹.

2. Tra le eccezioni di costituzionalità non trattate dalla sent. 24/2004 in quanto riferite a parametri costituzionali non indicati espressamente nelle ordinanze di rimessione, vi era quello del contrasto con l’art. 138 Cost., attinente cioè al rango (ordinario e non costituzionale) della legge recante tale particolare tipo di sospensione dei processi nei confronti dei titolari delle più alte cariche dello Stato. Aspetto, questo, che costituisce invece il fulcro della sentenza in commento, e che ha anche suscitato polemiche da parte di esponenti del mondo politico e istituzionale, ravvisandosi una contraddizione tra le due pronunce¹⁰. Si è cioè ritenuto che l’apparente silenzio della sentenza n. 24 sul contrasto della l. 140 con l’art. 138 Cost. avesse formato un giudicato implicito negativo su questo punto. In realtà, in proposito va rilevato come l’ordinanza di rimessione non avesse espressamente invocato l’art. 138 Cost. quale parametro e aveva quindi consentito alla Corte di non pronunciarsi sul punto, così evitando anche di fornire al legislatore un’espressa indicazione di metodo da seguire¹¹ qualora – come poi è accaduto – avesse voluto

⁸ “Con il bel risultato di affidare alla mera convenienza processuale dell’imputato la scelta delle imputazioni cui opporre la sospensione e di quelle cui invece resistere in giudizio” (E. GROSSO, *o.l.u.c.*).

⁹ Trascurava dunque questo profilo chi riteneva che la Corte avrebbe potuto emanare una sentenza di illegittimità parziale (ad es., espungendo dallo ‘scudo’ processuale i Presidenti delle Camere la cui funzione di *primus inter pares* non consente di configurare quali beneficiari di una tutela differenziata rispetto a quella sancita nei confronti degli altri parlamentari), una sentenza manipolativa ovvero finanche additiva (estendendo la causa di sospensione del processo a tutti i Ministri o addirittura a tutti i parlamentari? ovviamente questo non avrebbe sortito altro risultato che aggravare i profili di incompatibilità della legge rispettivamente con gli artt. 96 e 68 Cost.).

¹⁰ La sentenza si segnala inoltre per avere escluso la legittimazione del pubblico ministero – che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale sulla l. 124 – a partecipare al giudizio dinanzi alla Consulta, sulla base di un’interpretazione certamente consolidata del combinato disposto degli artt. 23 e 25 della legge n. 87 del 1953, che tuttavia la difesa della Procura aveva ritenuto incompatibile con i principi del contraddittorio e della pari posizione processuale delle parti di cui all’art. 111 Cost., come novellato dalla l. cost. n. 3 del 1999 (sul punto cfr., ad es., Corte cost., sent. nn. 26 e 320 del 2007 e ord. n. 36 del 2002). Infatti, l’interpretazione contestata dalla difesa della Procura determinerebbe la conseguenza paradossale di ammettere (come del resto è doveroso) la possibilità per il pubblico ministero di sollevare questioni di legittimità costituzionale dinanzi al giudice a quo, escludendone tuttavia la costituzione nel giudizio di costituzionalità, finalizzata a sostenere l’eccezione di illegittimità dallo stesso pubblico ministero sollevata. Tale interpretazione finirebbe del resto per confondere la posizione ordinamentale del pubblico ministero (quale ‘parte imparziale’, come tale tenuta anche a ricercare elementi di prova in favore della persona sottoposta ad indagini, ex art. 358 c.p.p., nel rispetto della imparzialità istituzionale che ne connota il ruolo), con la sua posizione processuale, in virtù della quale egli dovrebbe agire in giudizio al fine di assicurare la migliore tutela degli interessi sanciti dall’art. 73 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, con una sorta di ‘parzialità funzionale’.

¹¹ Rilevava autorevolmente L. ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 2004, n. 49, 397, come la Corte aveva inteso non fornire al legislatore “risposte ultronee che indicassero o suggerissero un indirizzo per l’avvenire”. Probabilmente, se la Corte avesse ritenuto opportuno pronunciarsi sulla violazione dell’art. 138 già in quella sede avrebbe potuto farlo se non altro argomentando dalla insufficienza della fonte prescelta, non abilitata a introdurre le riscontrate deroghe agli artt. 3 e 24 Cost., ma ciò attiene a criteri opinabili di opportunità che non potevano indurre in ogni caso a ritenere la questione risolta in senso favorevole alla legittimità ex art. 138. Sul punto, cfr. anche

reintrodurre una causa di sospensione dei processi penali nei confronti delle più alte cariche dello Stato¹².

La sentenza 262/2009 affronta quest'eccezione e, nell'escludere che sul punto possa essersi formato un giudicato implicito, osserva che "quando si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità, rientra nei poteri di questa Corte stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza e dichiarare assorbite le altre (sentenze n. 464 del 1992 e n. 34 del 1961). (...). È quanto avvenuto, appunto, con la citata sentenza n. 24 del 2004, la quale, in applicazione di detti principi e in relazione alle stesse modalità di prospettazione delle questioni, ha privilegiato l'esame dei fondamentali profili di uguaglianza e ragionevolezza ed ha dichiarato «assorbito ogni altro profilo di illegittimità costituzionale», lasciando così impregiudicata la questione riferita all'art. 138 Cost.”.

Del resto, come rilevato dal Pres. Elia in sede di audizione dinanzi alle Commissioni 1^a e 2^a riunite del Senato il 16 luglio 2008 e ribadito nella relazione di minoranza dei Senn. Ceccanti e altri sul disegno di legge AS 903-A, il silenzio della Corte sul punto "*omnia solvit*" e non può dunque ritenersi idoneo a fondare un giudicato costituzionale implicito circa la non necessità del ricorso alla procedura di cui all'art. 138 Cost. per introdurre norme che deroghino al principio di pari trattamento rispetto alla giurisdizione (che costituisce particolare espressione del canone di eguaglianza formale riferito al funzionamento della giurisdizione) e quindi della eguale efficacia della legge senza distinzioni di condizioni personali e sociali.

Principi, questi, che secondo la stessa Corte sono alle "origini della formazione dello Stato di diritto" (punto n. 6 Cons. dir. sent. 24/2004¹³) quale governo *per lege* e *sub lege* (e non *sub homine*) e che quindi non potrebbero essere derogati con legge ordinaria. Di più: la censura mossa dalla Corte, già con la sentenza del 2004, alla configurazione della sospensione processuale disposta dalla l. 140/2003 quale *generalizzata e automatica* avrebbe anche potuto essere intesa come idonea a precludere la riproposizione, anche con legge costituzionale, di una simile previsione, dal momento che in primo luogo escluderebbe in radice ogni vaglio in concreto in ordine alla meritevolezza e quindi al bilanciamento degli interessi coinvolti nel caso specifico (da un lato quelli all'esercizio dell'azione penale e alla tutela degli interessi lesi dal reato per cui si procede e dall'altro al sereno svolgimento delle funzioni istituzionali ricoperte dall'imputato)¹⁴.

B. CARAVITA DI TORITTO, *E ora introduciamo la dissenting opinion!*, in *federalismi.it*; e G. FERRAIUOLO, *osservazioni, a prima lettura, sull'art. 138 Cost. come parametro di legittimità nella sentenza n. 262 del 2009*, il quale sottolinea come una dichiarazione di illegittimità costituzionale fondata sulla violazione dell'art. 138 Cost. sia tutt'altro che usuale.

¹² "Secondo il giudice remittente la norma censurata, nello stabilire per i processi suindicati la sospensione automatica, generalizzata e senza prefissione di un termine finale, viola l'art. 3 Cost., anzitutto con riguardo all'art. 112 Cost., che sancisce il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale; in secondo luogo con riferimento agli artt. 68, 90 e 96 Cost., in quanto attribuisce alle persone che ricoprono una delle menzionate alte cariche dello Stato una prerogativa non prevista dalle citate disposizioni della Costituzione, *che verrebbero quindi ad essere illegittimamente modificate con legge ordinaria, in violazione anche dell'art. 138 Cost., disposizione questa che il remittente non indica nel dispositivo dell'ordinanza, ma cita in motivazione ed alla quale fa implicito ma chiaro riferimento in tutto l'iter argomentativo del provvedimento*; infine viola gli artt. 24, 111 e 117 Cost., perché non consente l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'imputato e delle parti civili, in contrasto anche con la Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali." (sent. 24/2004, punto n. 1 Cons. Dir).

¹³ Affermazione, questa, che induce M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, in *Giur. It.*, 2009, 787ad affermare che la Consulta abbia in tal modo elevato il principio di pari trattamento rispetto alla giurisdizione a principio supremo inderogabile, nel suo contenuto essenziale, non solo da parte della legislazione ordinaria ma persino da parte della legislazione costituzionale; in tal senso cfr. anche l'autorevole posizione di F. CORDERO, *La quiete del manovratore*, in *La Repubblica*, 20.7.2008, 23; *La Carta e l'invasore*, *ivi*, 21.10.2009, 32. Sul punto, cfr. anche A. PACE, *"Cinque pezzi facili": l'incostituzionalità della legge Alfano*, in *Id.* (cur.), *I limiti del potere*, Napoli, 2008, 175 ss. e F. MODUGNO, *Introduzione a La legge Alfano sotto la lente del costituzionalista*, in *Giur. it.*, 2009, 772.

¹⁴ Nella sent. 24 la Corte qualificava la sospensione come "automatica nel senso che la norma la dispone in tutti i casi in cui la suindicata coincidenza si verifichi, senza alcun filtro, quale che sia l'imputazione ed in qualsiasi momento

In secondo luogo, tale sospensione processuale, in quanto riferibile anche a reati pre- ed extra-funzionali, dunque in assenza di alcun collegamento con la funzione svolta, rischierebbe secondo parte della dottrina di configurare non già una deroga al principio di pari trattamento rispetto alla giurisdizione giustificato dall'esigenza di salvaguardare l'esercizio della funzione, quanto piuttosto un vero e proprio privilegio¹⁵, come tale insuscettibile di essere sancito in uno Stato di diritto, neppure con legge costituzionale, in quanto lesivo dei principi supremi (ed inviolabili) del nostro ordinamento¹⁶ e finanche della sua forma repubblicana¹⁷, cui è appunto coesistente il principio di eguaglianza, che assumerebbe in tal senso natura inderogabile, ai sensi dell'art. 139 Cost..

Tuttavia, anche non aderendo a tale impostazione e ritenendo quindi che la sentenza del 2004 non abbia precluso al legislatore la possibilità di introdurre una causa di sospensione del processo nei confronti delle più alte cariche dello Stato, anche se riferita a reati pre- ed extra-funzionali, dalla motivazione sia pur 'minimalista' della sent. 24/2004¹⁸ - si sarebbero potute evincere importanti indicazioni circa la necessità del ricorso alla procedura di cui all'art. 138 Cost. Infatti, come rilevato dalla difesa della Procura di Milano, la dichiarata incompatibilità della l. 140 con i principi di cui agli artt. 3 e 24 Cost. presuppone l'accertamento (sia pur implicito) dell'insufficienza della forma prescelta (legge ordinaria) per introdurre simili deroghe ai suddetti principi costituzionali. In un

dell'iter processuale, senza possibilità di valutazione delle peculiarità dei casi concreti". Dal richiamo della Corte (sent. 24/2004) all'esigenza di tutelare l'interesse al sereno svolgimento delle funzioni istituzionali "in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto" E. GROSSO, *o.l.u.c.*, evince come non sia "ammissibile 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". A sostegno di tale tesi, l'Autore richiama la giurisprudenza costituzionale che, con particolare riferimento al c.d. caso Previti (sent. 225/2001; ma v. anche 451/2005), attribuiva all'autorità giudiziaria il compito di ricercare l'equilibrio e il bilanciamento tra le esigenze della giurisdizione e quelle correlate allo svolgimento di funzioni istituzionali, sulla base di un principio di leale collaborazione tra poteri dello Stato, il cui rispetto il giudice deve assicurare in virtù di un ponderato apprezzamento delle peculiarità del caso concreto. L'Autore rileva inoltre come "qualunque forma di prerogativa dei titolari di cariche pubbliche (...) anche se disciplinata in forma costituzionale, andrebbe in imo luogo 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 (...); in secondo luogo essa andrebbe comunque assoggettata a un qualche vaglio diretto ad accertarne in concreto la "giustificatezza" rispetto all'interesse pubblico da tutelare (...). In caso contrario essa attenterebbe a uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, non derogabili neppure ex art. 138 (...)" Non va poi sottaciuto come, anche nella vigenza dell'art. 68 nel suo testo originario, precedente alla l. cost. 3/1993, il regime dell'autorizzazione a procedere previsto per i procedimenti per reati comuni a carico dei parlamentari, non escludesse comunque uno specifico vaglio in concreto, da parte della Camera di appartenenza, in ordine alla sussistenza di un eventuale *fumus persecutionis* nel procedimento intentato nei confronti del parlamentare. Si consideri inoltre che la stessa Corte Suprema Usa (*in re Clinton v. Jones*, 520 US 681 (1997), nel respingere la tesi difensiva del Pres. Clinton - volta a sostenere l'esigenza di una sospensione del processo civile in cui assumeva la qualità di convenuto fino al termine del mandato, in quanto impossibilitato, per impegni istituzionali, a presenziare alle udienze - ha affermato che spetta alla Corte distrettuale valutare l'opportunità di concedere, di volta in volta, un rinvio dell'udienza, in considerazione della meritevolezza dell'interesse addotto dalla parte.

¹⁵ Come si evince da una consolidata giurisprudenza costituzionale (cfr., ad es., sentenze nn. 289/1998; 329/1999; 11 e 56/2000 in tema di insindacabilità parlamentare), le norme di favore rappresentano legittime prerogative poste a tutela della carica nella misura in cui siano finalizzate a salvaguardare l'esercizio della funzione, costituendo altrimenti illegittimi privilegi della persona che tale carica ricopre, qualora non sussista tale nesso funzionale. Osserva sul punto G.U. RESCIGNO, *Ci voleva una legge costituzionale*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 234, che "le immunità di cui godono gli organi ed i soggetti costituzionali non vengono considerati privilegi *perché funzionali*, e cioè utili o necessarie per il migliore esercizio della funzione" (c.a.).

¹⁶ Nell'accezione fornita dalla giurisprudenza costituzionale sin dalla sent. 1146/1988.

¹⁷ Che si differenzia infatti (anche) per questo dagli ordinamenti monarchici, che ammettono differenze di ordine cetuale tra i cittadini. Sulla coesistenzialità del principio di eguaglianza alla forma repubblicana, cfr., *ex plurimis*, C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 7; C. MORTATI, *sub art.1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 6 ss.; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 220; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 43 ss.

¹⁸ In certa misura in contrasto con un dispositivo 'massimalista' che è persino ricorso all'istituto dell'illegittimità consequenziale di cui all'art. 27 l. 87/1953. Cfr., sul punto, E. GROSSO, *o.l.u.c.*

certo senso quindi ogni censura di incostituzionalità per vizi sostanziali presupporrebbe, in un ordinamento a Costituzione rigida, anche l'accertamento dell'incompatibilità dell'atto-fonte prescelto con i precetti di cui all'art. 138 Cost.

3a) Tra i profili di dubbia legittimità costituzionale della l. 124, indicati dalle ordinanze di rimessione, la Corte ha esaminato – ritenendo le relative eccezioni fondate – quelli inerenti *al combinato disposto degli artt. 138 e 3 Cost.; norma, quest'ultima, assunta a parametro sia in relazione al principio di pari trattamento rispetto alla giurisdizione, sia in ordine alla ragionevolezza dei criteri utilizzati per selezionare le cariche meritevoli di tutela, con particolare riferimento alla disciplina sancita dagli artt. 68, 90 e 96 Cost.*¹⁹.

Come cinque anni prima, anche nel 2008 si è fatto ricorso a una legge ordinaria e non costituzionale, per introdurre un particolare causa di sospensione del processo penale, finalizzata ad esigenze extraprocessuali quali la “tutela delle funzioni di alcuni organi costituzionali”, riconducibile alla categoria delle prerogative (o “immunità intese in senso ampio”) e come tale idonea a derogare al principio di eguaglianza²⁰ (punti nn. 7.3.2.1 e 7.3.2.2. Cons. dir. Sent. 262). Pur potendo assumere diverse forme (insindacabilità; scriminanti in genere o immunità sostanziali; inviolabilità; immunità meramente processuali, quali fori speciali, condizioni di procedibilità o altro meccanismo processuale di favore; deroghe alle formalità ordinarie) e potendo riferirsi sia gli atti funzionali sia a quelli extrafunzionali, tali prerogative “presentano la duplice caratteristica di essere dirette a garantire l'esercizio della funzione di organi costituzionali e di derogare al regime giurisdizionale comune”, realizzando “un delicato ed essenziale equilibrio tra i diversi poteri dello Stato”, che si articola in uno “specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né *in peius* né *in melius*” (punto 7.3.1. Cons. dir.).

La preclusione, per il legislatore ordinario, della possibilità di alterare tale equilibrio è fondata, secondo la Consulta, non tanto sull'esistenza di un'espressa riserva di legge costituzionale in materia, quanto sul “fatto che le suddette prerogative sono sistematicamente regolate da norme di rango costituzionale”, come può segnatamente evincersi dalla disciplina di cui agli artt. 68, 90, 96 Cost.. Come può dedursi da una consolidata giurisprudenza costituzionale²¹ infatti, in materia di

¹⁹ Per un esame di ulteriori profili di dubbia legittimità costituzionale della l. 124 [es., in relazione alla tutela giurisdizionale dei diritti della parte civile (artt. 24, 111, 117 Cost., per violazione indiretta dell'art. 6 CEDU: diritto al corretto processo, sancito anche dall'art. 47 della Carta di Nizza); al rispetto dell'art. 6 CEDU (come interpretato in particolare *in re* Cordova c. Italia: Corte EDU, sentt. 1 e 2/2003) e quindi, dell'art. 117 Cost (nella parte in cui subordina la legge al rispetto delle convenzioni internazionali vincolanti per l'Italia, nel senso chiarito peraltro da Corte cost., sentt. 348 e 349/2007); all'irragionevolezza del bilanciamento tra tutela dei diritti e principio di legalità da un lato e autonomia della sfera politica dall'altro; all'applicabilità della sospensione ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge], non trattati comunque dalla sentenza n. 262/2009, si consenta il rinvio ai miei *Il "Lodo Alfano" alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *questa Rivista*, 2.7.2008; *Munus e immunitas. Il "lodo Alfano"* e i persistenti dubbi di costituzionalità, in S. LORUSSO (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, 455-476..

²⁰ La causa di sospensione delineata “è, infatti, derogatoria rispetto al regime processuale comune, perché si applica solo a favore dei titolari di quattro alte cariche dello Stato, con riferimento ai processi instaurati nei loro confronti, per imputazioni relative a tutti gli ipotizzabili reati, in qualunque epoca commessi e, in particolare, ai reati extrafunzionali, cioè estranei alle attività inerenti alla carica. La deroga si risolve, in particolare, in una evidente disparità di trattamento delle alte cariche rispetto a tutti gli altri cittadini che, pure, svolgono attività che la Costituzione considera parimenti impegnative e doverose, come quelle connesse a cariche o funzioni pubbliche (art. 54 Cost.) o, ancora più generalmente, quelle che il cittadino ha il dovere di svolgere, al fine di concorrere al progresso materiale o spirituale della società (art. 4, secondo comma, Cost.)”: 7.3.2.2. Cons. dir..

²¹ La necessità della legge costituzionale in materia di immunità (sia sostanziale che processuale) rappresenta un assunto incontrovertito nella giurisprudenza costituzionale. Si consideri che la Corte ha escluso la necessità della fonte di rango costituzionale solo in relazione a leggi di attuazione del dettato costituzionale. Tale è stata ritenuta la previsione legislativa relativa all'insindacabilità delle opinioni espresse dai consiglieri del CSM nell'esercizio delle loro funzioni, in quanto ad avviso della Corte in primo luogo l'art. 5 l. 1/1981 sancisce una “causa di non punibilità specifica ma

immunità il legislatore ordinario può intervenire “solo per attuare, sul piano procedimentale, il dettato costituzionale, essendogli preclusa ogni eventuale integrazione o estensione di tale dettato”. La necessità della fonte di rango costituzionale in materia si fonda del resto sull’idoneità delle immunità non solo a derogare a principi quali quelli di pari trattamento rispetto alla giurisdizione e di obbligatorietà dell’azione penale²², ma anche a concorrere a delineare (attraverso particolari forme di tutela) l’oggettiva sfera di attribuzione dei diversi organi costituzionali. Del resto, la necessità della legge costituzionale in relazione a norme – quali appunto le prerogative immunitarie – derogatorie rispetto al principio di pari trattamento rispetto alla giurisdizione²³ si evince inoltre dall’esigenza di sottrarre alla ‘tirannia della maggioranza’ la disciplina dell’esenzione dei rappresentanti delle istituzioni dalla responsabilità penale, evitando che la classe di governo possa ampliare i propri privilegi, contando sull’appoggio di una sola parte politica. Simili deroghe a principi costitutivi dello Stato di diritto- quali appunto il principio di pari trattamento rispetto alla giurisdizione – esigono quindi un consenso più ampio della sola maggioranza, dovendo incontrare una larga condivisione. Senza poi contare che secondo una parte della dottrina, i principi di cui agli

rigorosamente circoscritta, avente per oggetto le sole manifestazioni di pensiero funzionali all’esercizio dei poteri-doveri costituzionalmente spettanti ai componenti del Consiglio superiore”; causa di non punibilità che, come tale, “non incide sull’azione penale del pubblico ministero (...) ma vale ad escludere – in ipotesi – l’antigiuridicità del fatto contestato agli imputati” (sent. n. 184/1983) e in secondo luogo, la disciplina rappresenta un ‘necessario’ sviluppo della norma costituzionale. Analogamente, la previsione con legge ordinaria delle prerogative dei parlamentari europei è stata ritenuta fondata sull’art. 11 Cost.(sent. 300/1984); le leggi ordinarie che sanciscono immunità diplomatiche, attuando o riproducendo norme internazionali generalmente riconosciute sono state considerate riconducibili all’art. 10 Cost. (sent. 48/1979); la stessa disciplina prevista dalla l. 219/1989 in merito ai reati funzionali dei Ministri e del Presidente del Consiglio costituisce, secondo la Corte, “mera attuazione” della l. cost. 1/1989 ed è pertanto dotato di copertura costituzionale. Ancora, con sentt. 120/2004 e 149/2007, la disciplina di cui all’art. 3 l. 140/2003 è stata ritenuta legittima nella misura in cui non comporta «un indebito allargamento della garanzia dell’insindacabilità apprestata dalla norma costituzionale», ma «può considerarsi di attuazione, e cioè finalizzata a rendere immediatamente e direttamente operativo sul piano processuale il disposto dell’art. 68, primo comma, della Costituzione», garantendo «un efficace e corretto funzionamento della prerogativa parlamentare» di cui al primo comma del suddetto articolo. Diversamente, nel caso in esame, la Corte aveva già escluso che la disciplina della tutela dell’interesse al sereno svolgimento della funzione istituzionale abbia contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, decidendo, con la sentenza n. 25 del 2005, l’ammissibilità del quesito referendario sull’art. 1 l. 140/2003 (cfr., sul punto, A. PUGIOTTO, *Referendum e giudizio incidentale di costituzionalità: ecco le norme*, in questa Rivista, 2004, n. 20, 52 ss.; T. F. GIUPPONI, *Il “lodo Alfano” e la riserva costituzionale in materia di immunità*, in forumcostituzionale.it; cfr. anche C. MAINARDIS, *Violazione dell’art. 138 Cost., “assorbimento improprio” delle censure di incostituzionalità e giudizio in via incidentale*, ne *Il lodo ritrovato*, cit., 184; V. ONIDA, *Ma la sospensione resta incostituzionale*, ne *il Sole-24 ore*, 23 giugno 2008, 6; L. CARLASSARE, *La tutela del sereno svolgimento dell’attività delle alte cariche nello Stato di diritto*, ne *Il lodo ritrovato*, cit., 66; T.F. GIUPPONI, *La sospensione dei processi per le alte cariche nella legge n. 124 del 2008*, ne *Il lodo ritrovato*, cit., 143; C. MARTINELLI, *“Lodo” Alfano: l’inadeguatezza intrinseca della legge ordinaria*, ivi, 190; A. PUGIOTTO, *Album e figurine: l’intrinseca irragionevolezza del lodo empiricamente dimostrata*, ivi, 230; P. VERONESI, *Il lodo perde il nome ma non i vizi d’illegittimità*, ivi, 298; P. COSTANZO, *Circuito della politica e circuito del diritto: quale equilibrio nel moderno Stato costituzionale? (Uno sguardo comparatistico)*, in *Giur. it.* 2009, 792; I. NICOTRA, *Il lodo Maccanico: le ragioni per una legge costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; EAD., *I poteri in equilibrio. Libertà d’esercizio delle funzioni tra inviolabilità e giurisdizione*, in www.federalismi.it; A. D’ANDREA, *La Corte chiarirà (salvo ripensamenti) le ragioni dell’incostituzionalità del “lodo Schifani” decidendo sul “lodo” Alfano*, in www.forumcostituzionale.it).

²² Sono “eccezionalmente dettati, e da norme costituzionali, i casi di deroga al principio dell’obbligatorietà dell’azione penale” (sent. 4/1965); è inammissibile “un’integrazione dell’art. 68, secondo comma, Cost., e comunque la posizione di una norma che attribuisca analoghe prerogative” idonee a derogare all’art. 112 Cost. (set. 300/1984).

²³ Diversamente, nella sent. 262/2009, la Corte precisa come la deducibilità – anche da parte di chi rivesta un’alta carica dello Stato - del legittimo impedimento a comparire nel processo penale, non costituisca prerogativa costituzionale, perché “prescinde dalla natura dell’attività che legittima l’impedimento, è di generale applicazione e, perciò, non deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione. Si tratta, dunque, di uno strumento processuale posto a tutela del diritto di difesa di qualsiasi imputato, come tale legittimamente previsto da una legge ordinaria come il codice di rito penale, anche se tale strumento, nella sua pratica applicazione, va modulato in considerazione dell’entità dell’impegno addotto dall’imputato” (punto 7.3.1. Cons. dir.), come del resto sancito dalle sentt. 225/2001; 39 e 391/2004; 451/2005).

artt. 3, 24, 111 Cost., non potrebbero essere derogati neppure da una fonte costituzionale, trattandosi di principi supremi dell'ordinamento (in tal senso, Corte cost., sent. 18/1982).

Peraltro, come già la l 140/2003, anche il 'lodo Alfano', nella misura in cui estendeva la causa d'improcedibilità anche a fatti privi di alcun nesso (teleologico-funzionale) con la carica ricoperta, contraddiceva la valorizzazione, operata dal processo di riforma delle prerogative costituzionali, della natura 'funzionale' delle immunità, la cui *ratio* si rinviene proprio nell'esercizio delle funzioni²⁴. La stessa giurisprudenza costituzionale ha indicato nel nesso con la funzione esercitata il fondamento e ad un tempo il limite delle prerogative immunitarie, in quanto solo la tutela di funzioni costituzionalmente previste può rappresentare, sia pur a certe condizioni, il fondamento di una legittima limitazione del principio di legalità e della conseguente tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini coinvolti (la giurisprudenza costituzionale, tesa a circoscrivere i casi di insindacabilità parlamentare, depone in tal senso). Del resto, anche quando la Costituzione prevede prerogative di natura 'personale', sussiste comunque un nesso, sia pur di natura teleologica, con le funzioni esercitate, volto a tutelare, come nell'ipotesi dell'art. 68, commi secondo e terzo, Cost., l'autonomia dei collegi rappresentativi, attraverso la garanzia della libertà personale dei loro membri, incidendo peraltro solo indirettamente e marginalmente sulla tutela dei diritti dei terzi. Inoltre, come ha ricordato il Pres. Elia in sede di audizione dinanzi alle Commissioni riunite 1^a e 2^a del Senato il 16 luglio 2008, anche gli ordinamenti che prevedono forme di tutela 'personale' per accuse relative a reati extrafunzionali, subordinano la limitazione dell'azione penale alla valutazione del collegio di appartenenza del titolare della carica, così da apprezzare se, nel caso concreto, sussistano davvero gli estremi del *fumus persecutionis*, dal quale proteggere l'imputato al fine di garantire l'autonomia e l'indipendenza dell'azione del collegio. Contrasta quindi con il principio di ragionevolezza la previsione di forme generalizzate di tutela, di fatto estranee all'esercizio di funzioni costituzionali, fondate su meccanismi automatici, tali da impedire di valutare, nel caso concreto, la ragionevolezza delle limitazioni imposte a principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, quali appunto la tutela giurisdizionale dei diritti e l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, in assenza peraltro dell'assunzione della responsabilità *politica* da parte del collegio di appartenenza, dell'esenzione dalla giurisdizione.

Sul punto la sentenza 262, riconducendo alla categoria delle prerogative le immunità riferite ad atti extrafunzionali (si pensi all'art. 68, terzo comma, Cost.), ne ravvisa comunque la finalità nell'esigenza di sancire "particolari *status* protettivi dei componenti degli organi" costituzionali, "fisiologici al funzionamento dello Stato". Tuttavia, nonostante la sussistenza di tale finalità, qualsiasi norma derogatoria rispetto al principio di pari trattamento rispetto alla giurisdizione esige, secondo la Corte, una "precisa copertura costituzionale" – assente nel caso in esame – idonea a legittimare tale "*ius singolare*" : il complessivo sistema delle prerogative è infatti disciplinato "da norme di rango costituzionale, in quanto incide sull'equilibrio dei poteri dello Stato e contribuisce a connotare l'identità costituzionale dell'ordinamento" (punto 7.3.2.2. Cons. dir.).

3 b). Peraltro, la violazione del principio di eguaglianza realizzata dall'art. 1 l. 124 deve essere apprezzata anche sotto il profilo della ragionevolezza dei criteri utilizzati per selezionare le cariche tutelate, soggette a un medesimo trattamento nonostante la loro disomogeneità.

I rilievi contenuti nella sentenza n. 24 del 2004 relativi a tale profilo sembrano essere stati tenuti in considerazione dal legislatore del 2008 solo nella parte in cui si è escluso dalla sfera dei soggetti tutelati il Presidente della Consulta, che in quanto *primus inter pares*, non potrebbe godere di uno statuto diverso da quello degli altri membri del collegio, come del resto prevedono le l. cost. 1/1948 e 1/1953. Tuttavia, non si è eliminata l'irragionevolezza della parificazione, sotto il profilo della tutela, di cariche istituzionali profondamente diverse tra loro, e ciascuna con specifiche attribuzioni e conseguenti esigenze di autonomia e protezione, come ha già rilevato la Consulta nella sent.

²⁴ V. T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica*, Torino, 2005, *passim*.

24/2004. Su questo punto, quindi, non risultava affatto superato il rilievo essenziale su cui si è fondata la declaratoria d'incostituzionalità resa dalla Corte in merito all'art. 1 della l. 140/2003, che accomunava «in un'unica disciplina cariche diverse non soltanto per le fonti di investitura, ma anche per la natura delle funzioni e distingue(va), per la prima volta sotto il profilo della parità riguardo ai principi fondamentali della giurisdizione, i Presidenti delle Camere e del Consiglio dei ministri rispetto agli altri componenti degli organi da loro presieduti». La relazione al disegno di legge AC 1442 giustificava la scelta delle cariche cui si applicava la sospensione, con riferimento alla omogeneità della “fonte d'investitura, che promana dalla volontà popolare” e al “*munus* esercitato, che ha natura eminentemente politica”. Il rilievo non convince, non tanto e non solo con riferimento alla natura politica del *munus*, quanto piuttosto in relazione alla fonte d'investitura, come ben chiarito dalla sentenza n. 262/2009. In primo luogo, infatti, requisiti quali la “legittimazione popolare” e la “natura politica della funzione” appaiono “troppo generici, perché comuni anche ad altri organi, statali e non statali (quali, ad esempio, i singoli parlamentari o i ministri o i Presidenti delle Giunte regionali o i consiglieri regionali), e pertanto inidonei a configurare un'omogeneità di situazioni che giustifichi una parità di trattamento quanto alle prerogative” (7.3.2.3.2. cons. dir.)

Inoltre, se i Presidenti delle Camere e il Capo dello Stato sono eletti dalle Camere, non altrettanto può dirsi del Presidente del Consiglio, che benché designato di fatto dagli elettori, non deriva comunque il proprio incarico, a rigore, da una elezione in senso stretto, sia pur di secondo grado. Del resto, non si sarebbe neppure potuta fondare un'asserita superiorità del Presidente del Consiglio rispetto ai Ministri sulla vigente legge elettorale (l. 270/2005) che prevede la formale indicazione preventiva del capo della forza politica o della coalizione, nè sulla conseguente prassi alla cui stregua quest'ultimo viene investito della carica di Presidente del Consiglio. Infatti, né una legge ordinaria né tantomeno una prassi potrebbero contraddire il dettato degli artt. 95 - che non attribuisce al Presidente del Consiglio i poteri del Capo del Governo o del Primo Ministro non riconoscendone neppure la legittimazione popolare diretta- e 96 Cost. - che parifica il Presidente del Consiglio ai Ministri per quanto concerne le procedure di accertamento dei reati funzionali²⁵ -. Sul punto la sentenza n. 262 è chiarissima: la citata legge elettorale “in quanto fonte di rango ordinario, non è idonea a modificare la posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri” (punto 7.3.2.3.1 cons. dir.).

Del resto, se la *ratio* della causa di sospensione prevista dall'art.1 l. 124 fosse l'esigenza di tutelare la serenità nello svolgimento di una funzione che abiliti all'esercizio di potestà decisionali autonome (dal collegio di appartenenza, nel caso di cariche non monocratiche) tali da impegnare il potere di cui la carica è espressione, tali circostanze non sembrerebbero ricorrere in relazione a cariche come quelle del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Presidenti delle Camere. Infatti, sia il Parlamento sia il Governo “concretizzano la pienezza delle rispettive attribuzioni costituzionali nella loro dimensione collegiale”²⁶, mentre ai Presidenti delle Camere sono attribuiti essenzialmente poteri di rappresentanza dell'organo collegiale che presiedono (e per quanto concerne la terza carica dello Stato, anche del Parlamento in seduta comune, laddove il Presidente del Senato esercita le funzioni del Presidente della Repubblica “in ogni caso che egli non possa adempierle”). E anche il Presidente del Consiglio, ancorché responsabile della politica generale del Governo (art. 95, comma primo, Cost.), non è titolare “se si eccettuano (...) le ripercussioni delle sue determinazioni sulla struttura governativa, a partire dalla proposta di nomina dei ministri e per finire con l'effetto dissolutivo prodotto dalle sue dimissioni, una autonomia decisionale di tale portata da poter prescindere riguardo ai più rilevanti atti di indirizzo politico della volontà deliberativa espressa collegialmente dal Consiglio dei ministri (...) Il rafforzamento del c.d. *Premier*, ove avvenga, come possibile, in via legislativa o in via meramente politica, dunque de

²⁵ Cfr., sul punto, M. AINIS, *Lezione alla politica*, in *La Stampa*, 8.10.2009,1; ID., *Le certezze garantite dalla Corte*, *ivi*, 21.20.2009, 37..

²⁶ A. D'ANDREA, *La Corte chiarirà (salvo ripensamenti) le ragioni dell'incostituzionalità del “lodo Schifani” decidendo sul “lodo” Alfano*, in www.forumcostituzionale.it

facto, è destinato ad avere, come ovvio, notevoli riflessi interni alla struttura governativa (...) ma non è in grado di configurare in termini innovativi, apprezzabili sul piano strettamente giuridico, le sue attribuzioni costituzionali”²⁷. La pariordinazione sancita dalla Costituzione all'interno di organi collegiali quali le Camere e il Governo, in relazione sia alle immunità (art. 68 Cost.) sia alla responsabilità ministeriale, dimostra quindi l'irragionevolezza della scelta del legislatore del 2008 quanto alla selezione delle cariche meritevoli di protezione, cui non sono attribuite effettive potestà decisionali autonome.

La sentenza n. 262 afferma sul punto, con mirabile nettezza²⁸, che “le pur significative differenze che esistono sul piano strutturale e funzionale tra i Presidenti e i componenti di detti organi non sono tali da alterare il complessivo disegno del Costituente, che è quello di attribuire, rispettivamente, alle Camere e al Governo, e non ai loro Presidenti, la funzione legislativa (art. 70 Cost.) e la funzione di indirizzo politico ed amministrativo (art. 95 Cost.). Non è, infatti, configurabile una preminenza del Presidente del Consiglio dei ministri rispetto ai ministri, perché egli non è il solo titolare della funzione di indirizzo del Governo, ma si limita a mantenerne l'unità, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri e ricopre, perciò, una posizione tradizionalmente definita di *primus inter pares*”.

Inoltre, la l. 124 deroga alla parificazione che gli artt. 68 e 96 sanciscono, rispettivamente, tra i Presidenti delle Camere e i membri delle Assemblee e tra il Presidente del Consiglio e i Ministri, per quanto concerne i rapporti con l'autorità giudiziaria. Per quanto riguarda il Capo dello Stato, la l. 124 deroga poi alla responsabilità che l'art. 90 Cost. sancisce, in capo al Presidente della Repubblica, per gli atti extrafunzionali²⁹. Se è infatti vero che la sospensione ha valenza processuale e non sancisce una scriminante *tout court*, è altrettanto vero che essa incide sulla sfera di attribuzioni e conseguentemente sulle prerogative del Capo dello Stato, delineando un diverso equilibrio tra poteri che esige una fonte di pari grado a quella di cui all'art. 90 Cost. Inoltre, le norme di cui alla l. 124, introducendo prerogative relative a reati extrafunzionali e, per quanto riguarda il Presidente del Consiglio, sganciate dalla procedura di cui all'art. 96 Cost., incentrata sulla competenza del Tribunale dei Ministri, sancisce sia pur implicitamente una deroga alla disciplina costituzionale. Per il Presidente del Consiglio infatti, il principio di piena responsabilità (sia pur da accertare con il regime particolare di cui all'art. 96 Cost.) anche per i reati extrafunzionali, costituisce la regola, che non potrebbe essere derogata da una legge ordinaria. In altri termini, dal momento che il bene giuridico tutelato dalla l. 124 – ovvero il regolare

²⁷ A. D'ANDREA, *o.l.u.c.*, il quale nota lucidamente come la stessa l. 400/1988, nello specificare le attribuzioni “proprie” del Presidente del Consiglio, non vada oltre “un generico potere di direttiva di cui sono destinatari gli uffici pubblici (...) e l'esercizio di attribuzioni in materia di servizi di sicurezza e di segreto di Stato sempre che la legge ritenga di conferirglieli” (come poi avvenuto con la l. 124/2007).

²⁸ Così da ribadire i caratteri fondamentali della forma di governo parlamentare, in cui “la relazione tra Parlamento e Governo “si snoda secondo uno schema nel quale là dove esiste indirizzo politico esiste responsabilità, nelle due accennate varianti, e là dove esiste responsabilità non può non esistere rapporto fiduciario” (Corte cost., sent. n. 7 del 1996, sul c.d. caso Mancuso). Sul punto, cfr. anche la Relazione del Pres. Leopoldo Elia, in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione (29.2.2008). Devo questi rilievi al suggerimento del Dr. Giampiero Buonomo, che in questa sede ringrazio.

²⁹ Sebbene si ritenga che, anche riguardo ai reati extrafunzionali, la prassi abbia ammesso, dal caso Scalfaro, una improcedibilità di fatto nei confronti del Capo dello Stato, in costanza di mandato. In quel frangente, i magistrati rilevarono- come si evince dal comunicato stampa diffuso dalla Procura della Repubblica- “l'impossibilità, per disposizioni costituzionali, di avviare qualsiasi indagine” nei confronti del Presidente della Repubblica per tutta la durata del suo incarico, sospendendo, pertanto, ogni attività istruttoria in merito ad eventuali reati commessi nel periodo in cui lo stesso ricopriva il ruolo di Ministro dell'Interno (per riferimenti, cfr. T. F. GIUPPONI, *Le immunità della politica*, Torino, 2005, 381.. Si ricordi peraltro che in Assemblea costituente l'On. Bettiol, nella seduta del 24 ottobre 1947 della seconda sottocommissione, presentò un emendamento volto a sancire un'improcedibilità, in costanza di mandato, in favore del Capo dello Stato, per reati extrafunzionali. Posto ai voti, l'emendamento fu respinto, con l'argomento, tra gli altri, secondo cui il prestigio delle istituzioni e della stessa funzione presidenziale sarebbero stati a fortiori pregiudicati nell'ipotesi in cui il Presidente della Repubblica avesse beneficiato di tale immunità.

svolgimento di funzioni istituzionali apicali – è lo stesso sotteso agli artt. 90 e 96 Cost. (entrambi fatti salvi dall’incipit della legge), e che quindi esso è protetto con due fonti di rango diverso, ne deriva l’assoluta irragionevolezza di una legge ordinaria che, a parità di bene tutelato, prevede per i reati extrafunzionali una disciplina diversa da quella sancita in Costituzione per i reati funzionali. “Ma se l’antico brocardo, fondamento del principio di uguaglianza, esige che *ubi eadem* sia la *ratio*, *ibi eadem* sia la *dispositio*, davvero non si vede come una disposizione ordinaria diversa da quella costituzionale possa essere introdotta quando la Carta costituzionale stabilisce il diverso strumento dell’autorizzazione in presenza di identici presupposti soggettivi e di presupposti oggettivi analoghi, perché consistenti in ogni caso nella ipotizzata violazione della norma penale” (ord. di rimessione n.r.o. 398/2008).

Non si può invero sottacere la contraddittorietà di una previsione, quale quella in esame, che assicura l’immunità processuale per reati comuni anche commessi antecedentemente all’assunzione del mandato, consentendo invece la celebrazione del processo per illeciti funzionali, sempre che la Camera di appartenenza lo autorizzi. Desta infatti perplessità una disciplina, quale quella di cui alla l. 124, che in relazione al Presidente del Consiglio, prevede un regime di maggior favore per l’accertamento dei reati extra-funzionali di qualsiasi natura e gravità essi siano, rispetto a quello sancito per gli illeciti commessi nell’esercizio delle funzioni. Sul punto, la sentenza n. 262/2009 ha ravvisato un ulteriore *vulnus* all’art. 3 Cost., “derivante dal fatto che la normativa denunciata – al pari di quella già dichiarata incostituzionale con la citata sentenza n. 24 del 2004 – continua a prevedere, per tutti i reati extrafunzionali, un meccanismo generale e automatico di sospensione del processo, che non può trovare ragionevole giustificazione in un supposto maggiore disvalore dei reati funzionali rispetto a tutti, indistintamente, gli altri reati”. Tanto più che, diversamente dalla disciplina delineata dall’art. 96 Cost. e dalle relative norme di attuazione, al l. 124 introduce una causa di sospensione priva di alcun filtro - non solo in ordine ai reati cui è applicabile la prerogativa, ma anche al contesto nel quale essi sono commessi – attribuibile alla valutazione di altri organi statali (come le Camere nel sistema dei reati ministeriali). La sospensione “automatica e generalizzata” introdotta dalla l. 124 è infatti “temperata” unicamente da una facoltà di rinuncia – non necessariamente motivata – che non presuppone la valutazione di alcun altro organo statale, così da far venire meno “quella discrezionalità motivata (...) giustamente richiesta a chiunque eserciti un *munus publicum*” e che nella disciplina della l. 124 diviene una discrezionalità “meramente potestativa”.

4. La sentenza n. 262 dunque, nel ritenere la sospensione processuale di cui all’art. 1 l. 124 “diretta essenzialmente alla protezione delle funzioni proprie dei componenti e dei titolari di alcuni organi costituzionali” idonea a determinare “un’evidente disparità di trattamento di fronte alla giurisdizione”, ha ravvisato “entrambi i requisiti propri delle prerogative costituzionali, con conseguente inidoneità della legge ordinaria a disciplinare la materia”. L’accertato contrasto dell’art. 1 l. 124 con il combinato disposto degli artt. 3 e 138 Cost., in relazione alla disciplina delle prerogative di cui agli artt. 68, 90 e 96 Cost., ha dunque consentito alla Corte di ritenere assorbite “le questioni relative all’irragionevolezza intrinseca” della disciplina delineata dalla legge; questioni che non sono espressamente indicate in sentenza ma tra le quali potrebbe annoverarsi anche l’irragionevolezza del bilanciamento realizzato tra l’interesse al sereno svolgimento delle funzioni delle più alte cariche dello Stato e i contrapposti principi del pari trattamento rispetto all’esercizio della giurisdizione; dell’obbligatorietà dell’azione penale; della ragionevole durata del processo. Come accennato, la sentenza n. 262 identifica la *ratio* della sospensione processuale nella esigenza di tutelare la funzione svolta dal titolare dell’alta carica dello Stato. Nel fare questo, la Corte travolge il paralogismo sotteso alla prima linea difensiva delle parti private, secondo cui potrebbe escludersi la natura di prerogativa della causa di sospensione di cui all’art. 1 l. 124, configurandola quale istituto finalizzato a garantire al titolare di cariche istituzionali il pieno esercizio del diritto di difesa, come tale suscettibile di essere previsto dalla legge ordinaria alla stregua delle ipotesi di

legittimo impedimento. Infatti, se tale fosse la natura della causa di sospensione, essa dovrebbe essere prevista - in forza della "generalità" del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. - a beneficio di ogni imputato che, in ragione della propria attività, abbia "difficoltà a partecipare al processo penale". Sarebbe inoltre sproporzionata e irragionevole, a tali fini, la previsione di una presunzione *juris et de jure* di legittimo impedimento, collegata alla titolarità della carica in quanto tale e, per ciò solo, tale da impedire "qualsiasi verifica circa l'effettiva sussistenza dell'impedimento a comparire in giudizio" e da "rendere operante la sospensione processuale anche nei casi in cui non sussista alcun impedimento e, quindi, non vi sia, in concreto, alcuna esigenza di tutelare il diritto di difesa" (punto 7.3.2.1. Cons. dir.). Tale causa di sospensione - se intesa come finalizzata a garantire la pienezza del diritto di difesa - sarebbe inoltre sproporzionata perché le medesime esigenze potrebbero essere tutelate attraverso l'istituto del legittimo impedimento a comparire previsto dal codice di procedura penale, che come chiarito dalla stessa Consulta contempera "il diritto di difesa con le esigenze dell'esercizio della giurisdizione, differenziando la posizione processuale del componente di un organo costituzionale *solo per lo stretto necessario*, senza alcun meccanismo automatico e generale (sentenze n. 451 del 2005, n. 391 e n. 39 del 2004 e n. 225 del 2001)"³⁰. E infine, la previsione della non reiterabilità del beneficio contrasterebbe sia con l'esigenza di garanzia del diritto di difesa sia con quella di tutelare la funzione svolta, non solo perché esse permarrebbero anche in caso di nuovo incarico, ma anche perché la l. 124, nel fissare un limite massimo di durata del beneficio, non sancisce invece un termine minimo necessario ad approntare la difesa.

Escluso quindi che la causa di sospensione del processo di cui all'art. 1 l. 124 possa qualificarsi come istituto volto a garantire il diritto di difesa dell'imputato che rivesta particolari incarichi istituzionali, essa deve considerarsi alla stregua di una vera e propria prerogativa, insuscettibile di previsione mediante legge ordinaria in quanto priva di un'adeguata copertura costituzionale.

Anche questa possibilità trovava le parti private attrezzate ad una tesi difensiva, peraltro già affacciata all'epoca del cd. Lodo Schifani. Nel corso della XIV legislatura, al fine di dimostrare che «in assenza di una espressa riserva di legge costituzionale (come, ad esempio quella prevista dall'articolo 96 della Costituzione), la strada della legislazione ordinaria è assolutamente percorribile, con la sola preclusione della possibilità di restaurare quell'autorizzazione al procedimento penale abrogata dalla riforma costituzionale del 1993», la relazione al disegno di legge A.C. n. 3393 (primo firmatario On. Nitto Palma) ricordava che «ad esempio, nel passato anche recente, è stato il legislatore ordinario a dettare la disciplina della materia oggetto dell'articolo 90 della Costituzione (vedi legge n. 20 del 1962; legge n. 170 del 1978; legge n. 219 del 1989); addirittura prevedendo all'articolo 7, comma 3, della legge n. 219 del 1989, una vera e propria deroga al diritto comune priva di copertura costituzionale, cioè il divieto di sottoporre il Presidente della Repubblica a perquisizione o intercettazione o arresto prima che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica». Il legislatore ordinario, quindi, in questa prospettiva, sarebbe stato «facultato» a disciplinare il procedimento penale a carico di particolari soggetti, in ragione della diversità di posizione con gli altri cittadini che la stessa Costituzione riconosce loro, prevedendo che il procedimento venga sospeso (con contestuale

³⁰ Tale istituto riceve anche un riconoscimento della giurisprudenza costituzionale, che vi individua comunque un'attribuzione fondata in Costituzione (l'interesse della Camera di appartenenza a che ciascuno dei suoi componenti sia libero di regolare la propria partecipazione ai lavori parlamentari nel modo ritenuto più opportuno) e suscettibile di salvaguardia con lo strumento del conflitto: le sentenze citate, infatti, discendono dalle deliberazioni adottate dalla Camera dei deputati con le quali fu elevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato innanzi alla Corte costituzionale nei confronti di ordinanze del giudice precedente nei casi Previti e Matacenza; tutti i conflitti si conclusero con la vittoria della Camera dei deputati e l'ultimo, deciso con sentenza n. 451 del 2005, prescrisse che " il giudice non può limitarsi ad applicare le regole generali del processo in tema di onere della prova del legittimo impedimento dell'imputato, incongruamente coinvolgendo un soggetto costituzionale estraneo al processo stesso, ma (come la Corte ha rilevato) ha l'onere di programmare il calendario delle udienze in modo da evitare coincidenze con i giorni di riunione degli organi parlamentari."

sospensione dei termini di prescrizione e di indagine preliminare) e che, in determinati casi, possa riattivarsi, previa verifica dell'inesistenza del *fumus persecutionis*, su richiesta della Camera competente (istituto, questo, che, avendo natura di condizione di perseguibilità, è giuridicamente del tutto diverso da quello dell'abrogata autorizzazione al procedimento penale). In realtà, lo stesso deputato Palma addusse nella sua relazione precedenti comparatistici che erano tutti di rango costituzionale:

1) l'articolo 26 della Costituzione francese, secondo cui «il procedimento a carico di un membro del Parlamento è sospeso per la durata della sessione se la Camera di cui egli fa parte lo richiede»;

2) l'articolo 46 della Costituzione tedesca, secondo cui «ogni procedimento penale deve essere sospeso su richiesta del *Bundestag*».

Ecco perché, nel criticare quella ricostruzione, il disegno di legge proposto in quella stessa legislatura al Senato, nella relazione del senatore Crema (Presidente della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari di quel ramo del Parlamento) affermava che "occorre disciplinare la materia conformemente al rango che essa ricopre nell'ordinamento di qualsiasi Stato evoluto: mediante una norma costituzionale (...) Sono i riferimenti normativi adottati nella proposta Palma ad essere totalmente al di fuori dell'impianto ordinamentale vigente: non a caso «oggi non esistono più nell'ordinamento prerogative, dipendenti da leggi ordinarie, che subordinino a condizioni di procedibilità l'azione penale nei confronti di persone diverse da quelle contemplate dalla Costituzione o da leggi costituzionali» (Corte costituzionale, sentenza 20 dicembre 1984, n. 300). Quei riferimenti appartengono ad un ordinamento recessivo, retaggio di un approccio riduttivo al problema che veniva ridotto ad una mera questione di procedura penale: così non è, trattandosi invece di garanzie che vanno affermate nella stessa Carta costituzionale che ha istituito gli organi di cui si discute" (relazione al ddl A.S. n. 2301 della XIV legislatura).

Dal momento che, anche rispetto alla finalità di tutelare la funzione svolta, la disciplina introdotta nella XVI legislatura continuava a presentare talune incongruenze, appare opportuno verificare se, anche alla luce dei lavori parlamentari, si possa trarre qualche elemento ulteriore ai fini della corretta individuazione degli interessi sottesi al bilanciamento realizzato dalla legge.

La Relazione al ddl AC 1442 (che peraltro non ha valore vincolante né costituisce parametro privilegiato ai fini interpretativi) identificava espressamente la *ratio* della sospensione nella esigenza di tutelare i principi di "continuità e regolarità nell'esercizio delle più alte funzioni pubbliche". Ora, se fosse questo l'interesse protetto, proprio in quanto *pubblico* e quindi indisponibile da parte della persona fisica che ricopra tale carica, non potrebbe riconoscersi alla stessa la possibilità di rinunciare alla sospensione processuale di cui all'art. 1 l. 124, esattamente come non si riconosce al singolo parlamentare, ma esclusivamente alla Camera di appartenenza, la potestà di invocare le disposizioni di all'art. 68 Cost., in quanto previste a tutela dell'autonomia e dell'indipendenza di ciascuna Camera e non del singolo parlamentare³¹. Tuttavia, quale che si voglia ritenere la *ratio* di tutela sottesa a questa prerogativa, essa sembra comunque cedevole rispetto a principi supremi quali la tutela giurisdizionale dei diritti, il principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge e il diritto a un corretto processo.

In particolare, non sembra potersi ritenere prevalente, rispetto alla tutela giurisdizionale dei diritti, l'interesse (di per sé generico e privo di copertura costituzionale diretta) al prestigio delle istituzioni, di cui si lamenta la lesione in ragione dell'esercizio dell'azione penale. Inoltre, come si è rilevato nel corso dei lavori preparatori del disegno di legge, in seconda lettura, se davvero questo fosse il bene giuridico tutelato dalla norma, la sospensione del processo non potrebbe che ledere ulteriormente il prestigio dell'istituzione. Non sarebbe infatti il momento processuale a pregiudicare la credibilità e l'autorevolezza delle istituzioni, ma se mai il sospetto della fondatezza dell'imputazione. Per tutelare il prestigio delle istituzioni si dovrebbe allora sancire la prioritaria

³¹ Sul punto, cfr. N. ZANON, *intervista su Il Corriere della Sera*, 20.10.2009, 2.

trattazione dei procedimenti penali contro i loro rappresentanti (come suggerito dall'emendamento 1.5 Comm, Maritati et al.), analogamente a quanto sancito dalla Corte Suprema statunitense, che nel caso Clinton v. Jones ribadì l'interesse dello stesso Presidente ad ottenere uno '*speedy trial*', per fugare ogni dubbio in ordine alle sue responsabilità.

Si potrebbe tuttavia escludere che la *ratio* della sospensione sancita dalla l. 124 sia la tutela della dignità del ruolo, argomentando dall'estensione della prerogativa anche a procedimenti aperti prima dell'assunzione della carica e per fatti privi di alcun nesso con essa, commessi dunque *uti civis* (per questo gli emendamenti Casson e Della Monica 1.6 e 1.25 limitavano la sospensione ai soli processi nei quali l'azione penale sia stata esercitata in costanza di mandato). Non varrebbe del resto invocare- come sembra fare la Relazione- l'interesse alla continuità e al sereno svolgimento dell'ufficio presidenziale, pregiudicato dai condizionamenti derivanti dalle esigenze processuali del titolare, che contraddice il carattere d'impersonalità dell'organo, desumibile da istituti - previsti anche dalla Costituzione- quali la supplenza o la sostituzione nel compimento di taluni atti. E' lo stesso diritto positivo del resto, a distinguere, anche rispetto al Presidente della Repubblica - carica che gode della più ampia tutela -la sfera del *munus* (riconoscendosi l'irresponsabilità per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni) da quella inerente gli atti compiuti *uti civis* (sebbene sul punto si ritenga che, anche riguardo ai reati extrafunzionali, la prassi costituzionale abbia ammesso, dal caso Scalfaro, una improcedibilità di fatto nei confronti del Capo dello Stato, in costanza di mandato).

Stando alle motivazioni addotte da alcuni esponenti del Governo, il lodo mirerebbe comunque a tutelare l'esercizio di funzioni istituzionali apicali da possibili azioni giudiziarie strumentali alla loro delegittimazione, evitando così un conflitto tra poteri quantomeno latente. Ora, anche volendosi ritenere insufficienti i rimedi previsti dall'ordinamento processuale contro un eventuale *fumus persecutionis* (doppio grado di giudizio di merito, ricorso di legittimità, sanzioni non solo disciplinari nei confronti dei magistrati, che dovrebbero quindi avere effetti deterrenti), l'automaticità della sospensione - che opera cioè a prescindere da un vaglio del collegio di appartenenza in ordine alla strumentalità dell'accusa - rappresenterebbe comunque un'anomalia rispetto alle procedure autorizzatorie sancite in casi analoghi, dagli artt. 68 e 96 Cost. Inoltre, l'asserita esigenza di evitare 'accanimenti giudiziari' mal si concilia con l'applicabilità della sospensione anche a procedimenti già iniziati prima dell'assunzione della carica; in casi nei quali, quindi, è difficile ipotizzare la sussistenza di un *fumus persecutionis*, trattandosi di imputazioni mosse nei confronti di un soggetto privato all'epoca dei fatti.

Un' ulteriore motivazione addotta dal Governo a sostegno della norma è stata poi quella dell'esigenza di tutelare la rappresentatività dell'organo, ritenendosi che la sottoposizione del titolare a un procedimento penale violerebbe la sovranità popolare di cui egli è espressione, diretta o indiretta³². Ora, se fosse questa la *ratio* della sospensione, essa si dovrebbe estendere *a fortiori* anche ai parlamentari europei e nazionali, al sindaco ovvero ai consiglieri regionali. Inoltre, nessuna delle cariche protette dal lodo può vantare una legittimazione democratica immediata (per i Presidenti delle Camere, non più di quanto possa valere nei confronti degli altri parlamentari). Neppure per il Presidente del Consiglio - designato e non eletto- potrebbe a rigore parlarsi di diretta rappresentatività. E ciò soprattutto non varrebbe nel caso di reincarico in corso di legislatura; ipotesi ricompresa invece nella l. 124. Comunque, desta perplessità richiamare una sorta di gerarchia tra poteri in un ordinamento costituzionale fondato su un sistema articolato di *checks and balances*, ove la stessa sovranità popolare non è assoluta, potendo estrinsecarsi solamente nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione. Come già si è ricordato nel corso dei lavori preparatori della l. 140/2003, il voto popolare, in altri termini, non sostituisce l'esercizio della giurisdizione; non assolve né condanna, nella misura in cui la responsabilità giuridica è altra cosa rispetto alla responsabilità politica.

³² Cfr., in tal senso, anche N. ZANON, o.l.u.c.

5. Al di là degli aspetti specifici cui inerisce, la sentenza in commento e soprattutto le critiche di cui è stata oggetto, tornano a farci riflettere sul tema dei rapporti tra magistratura e politica e in particolare sui limiti del principio maggioritario che la nostra Costituzione delinea, prevedendo istituti di garanzia quali *in primis* la Corte costituzionale (oltre ovviamente al Presidente della Repubblica), al fine di assicurare il rispetto della *legittimità* degli atti di poteri, quali il legislativo, che pur godono della *legittimazione* derivante dall'essere rappresentanti della sovranità popolare.

Affermazioni- quali quelle rese subito dopo l'annuncio della decisione della Consulta – secondo cui il potere della Corte di annullare leggi votate dai rappresentanti dei cittadini rappresenterebbe un *vulnus* al principio democratico di sovranità popolare, sembrano rievocare un tema, quale quello della natura asseritamente anti-maggioritaria delle Corti supreme, ampiamente dibattuto negli Usa sin dagli anni Ottanta. Con l'espressione "*counter-majoritarian paradox*³³", si vuole infatti sottolineare come il titolare del potere di sindacare l'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento sia paradossalmente un organo sottratto al circuito della responsabilità politica, la cui legittimazione ha natura tecnica e non politica (significativo in tal senso l'intervento di Togliatti in Assemblea Costituente sulla qualificazione come 'ordine' e non come 'potere' del giudiziario).

Ed è singolare che proprio il paradigma del sindacato di costituzionalità – ovvero quello esercitato dalla Suprema Corte statunitense – sia il frutto di una sorta di 'autoattribuzione' di poteri da parte della stessa Suprema Corte, operata con una sentenza (*Marbury contro Madison*, del 1803) che più che interpretativa, era propriamente 'creatrice' di diritto, nomopoietica; e che quindi la stessa disciplina originaria del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, sia una *judge-made law*. Benchè infatti l'art. III della Costituzione USA non prevedesse espressamente il *judicial review of legislation*, la Corte ha riconosciuto a se stessa il potere di annullare norme di legge incostituzionali, argomentando proprio dal carattere rigido della Costituzione e dall'esigenza di garantire il rispetto, da parte della legge, dei vincoli costituzionali, intesi quali limiti a un potere, quale quello legislativo, che altrimenti sarebbe "un potere per sua stessa natura illimitabile"³⁴.

"O la Costituzione è una legge superiore prevalente, non modificabile con gli strumenti ordinari, oppure è posta sullo stesso livello della legislazione ordinaria e, come le altre leggi, è alterabile quando il legislatore ha piacere di alterarle. Se la prima parte dell'alternativa è vera, allora una legge contraria a Costituzione non è legge; se la seconda parte è vera, allora le Costituzioni scritte sono un tentativo assurdo, da parte del popolo, di limitare un potere per sua stessa natura illimitabile (...). I poteri del ramo legislativo sono definiti e limitati, e la Costituzione è stata scritta affinché quei limiti non possano essere confusi o dimenticati. (...). E' enfaticamente dovere e competenza del potere giudiziario di dire che cos'è la legge. Coloro che applicano la regola a casi particolari, la devono necessariamente esporre e spiegare. Se c'è un conflitto fra due leggi, le corti devono decidere l'operatività di ciascuna. Allo stesso modo se una legge è in contrasto con la Costituzione; se sia la legge che la Costituzione trovano applicazione in un determinato caso, in modo che la Corte possa decidere il caso in conformità alla legge, senza considerare la Costituzione, oppure in conformità alla Costituzione, senza considerare la legge, la Corte dovrà determinare quale di queste regole contrastanti deve essere applicata. Questa è l'essenza stessa della funzione giudiziaria. Se poi, le corti devono considerare la Costituzione, e la Costituzione è legge superiore a qualsiasi altra legge dell'ordinamento, sarà la Costituzione, e non la legge ordinaria, ad essere applicata al caso in

³³ B. ACKERMAN, "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution," 93 YALE LAW JOURNAL 1013-1072 (1984); N. DEVINS, *The Countermajoritarian Paradox*, 93 MICH. L. REV. 1433, 1438-39 (1995).

³⁴ Si è rilevato come la sentenza in esame rappresenti una sorta di 'reazione' al rifiuto di Jefferson e del suo segretario di Stato, James Madison, di rendere esecutive le nomine alla carica di giudice di pace – tra cui quella di Marbury- disposte dal presidente uscente John Adams in prossimità della scadenza del suo mandato (c.d. nomine di mezzanotte). Contro la concezione maggioritaria della democrazia sostenuta da Jefferson, il Chief Justice Marshall rivendicò l'esigenza di sottrarre la magistratura – quale garante della volontà costituente espressa nella Carta fondamentale- alla sfera politica e alla logica maggioritaria.

questione (...). *I costituenti intendevano la Costituzione come strumento vincolante per le corti, oltre che per il potere legislativo. Perché altrimenti obbligherebbe i giudici a prestare giuramento di fedeltà alla Costituzione?* Questo giuramento sicuramente si applica in maniera particolare ai loro doveri nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali. Quanto sarebbe immorale imporre loro il giuramento, se dovessero poi essere usati come gli strumenti, oltretutto consapevoli, per la violazione di ciò che giurano di osservare!".

Questo riferimento al giuramento di fedeltà, da parte dei giudici, alla Costituzione e all'esigenza di sottrarre la magistratura ai compromessi inevitabilmente sottesi alla politica ordinaria esprime i tratti essenziali del *counter-majoritarian paradox*. Ne ha parlato Bruce Ackerman, rilevando come nelle democrazie costituzionali possano riscontrarsi un doppio livello di razionalità politica (da cui la definizione di *dualist democracies*), secondo un'impostazione che richiama il concetto di Stato giurisdizionale o Stato 'garante del diritto' proposto da Franz Kern. Le scelte di politica 'ordinaria' (*lower law-making track*), soggette al principio maggioritario, sarebbero necessariamente segnate dall'esigenza di mediazione tra interessi diversi, mentre la politica costituzionale (*higher law-making track*), sottratta alla logica maggioritaria perchè espressiva di un consenso più ampio della sola maggioranza, sarebbe caratterizzata dalla tensione alla definizione dell'identità politica della nazione (il "We the people" della Dichiarazione d'indipendenza) e riattiverebbe quella ragione pubblica e quel potere costituente su cui si fonda la Carta costituzionale.

Tale impostazione presuppone ovviamente un'idea di Costituzione quale insieme di principi comuni e non di mere regole derivanti da compromessi politici; sistema di vincoli (*pre-commitments*) tali da "mettere a disposizione della cittadinanza accorgimenti istituzionali che le consentano di proteggersi dalle fazioni politiche guidate dall'interesse egoistico, dalla miopia politica o da una cattiva rappresentanza e da altri prevedibili problemi propri di un governo democratico" (Madison).

Analogamente, John Rawls rilevava come "la Corte Suprema si inserisce nell'idea di democrazia costituzionalista dualista come strumento istituzionale volto a proteggere la legge suprema; essa deve impedire, applicando la ragione pubblica, che questa venga intaccata dalla legislazione di una maggioranza transitoria o, come è più probabile, da interessi ristretti ma organizzati, detentori di buone posizioni e abili nel farsi valere. Se la Corte si assume questo ruolo e lo svolge in modo efficace non è esatto dirla *sic et simpliciter* antidemocratica; è però *antimaggioritaria* rispetto alla legge ordinaria, che, avendo poteri di revisione giudiziaria, può dichiarare incostituzionale –ma in questo è *sostenuta dall'autorità suprema del popolo*-. E non è antimaggioritaria rispetto alla legge suprema, purché le decisioni che prende siano ragionevolmente in accordo con la Costituzione, i suoi emendamenti e le sue interpretazioni per mandato politico"³⁵. In una simile prospettiva, R.Dworkin, nel riflettere sul ruolo della magistratura e delle Corti supreme negli ordinamenti democratici, rilevava come "le decisioni sui diritti nei confronti delle maggioranze non possono essere lasciate alle stesse maggioranze" ma a giudici indipendenti in quanto "il nostro sistema costituzionale si basa su una particolare teoria morale, e cioè che gli uomini hanno dei diritti nei confronti dello Stato"³⁶.

Proprio queste parole di Dworkin, che ci ricordano come non su tutto una maggioranza possa decidere, sono importanti per comprendere non solo il ruolo di garanzia svolto dalle Corti costituzionali, a tutela di quel 'patto originario' da cui trae legittimazione lo stesso ordinamento giuridico, ma anche il senso profondo della decisione n. 262 della Consulta.

Nel dichiarare l'incompatibilità della l. 124/2008 tra l'altro, con l'art. 138 della Costituzione, la Consulta ha chiarito che, quando si sanciscono deroghe a uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento, quale quello di eguaglianza dei cittadini di fronte a legge, non basta una votazione a

³⁵ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994, 202

³⁶ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 253; ID., *La politica dei giudici e il principio di legalità*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 1988, 345 ss.. Su questi temi v. anche L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, *passim*.

maggioranza, ma è necessario attivare il processo delineato dall'art. 138³⁷. E ciò non certo per mero formalismo giuridico, ma perché scelte così determinanti per la dinamica dei rapporti tra poteri e per la stessa tenuta dello Stato di diritto presuppongono un consenso che si estenda anche alle minoranze (attraverso l'approvazione dei 2/3 dei componenti delle Camere in seconda votazione) o che promani comunque dai cittadini (attraverso l'eventuale referendum confermativo); detentori in ultima istanza di quella sovranità da cui trae legittimazione la nostra stessa democrazia.

** Avvocato, Dottore di ricerca in Diritto Penale*

³⁷ Comunque rispettando principi fondamentali che, nel caso di specie, sulla base della sentenza, sembrerebbero impedire la previsione sia di una tutela dei reati extrafunzionali più ampia di quella accordata ai reati funzionali, sia di una irragionevole differenziazione, sul terreno delle prerogative, tra i Presidenti di alcuni organi collegiali e i componenti degli stessi.