

Una questione senza pace:
il legittimo impedimento del *Premier*, tra Corte costituzionale e *referendum*
Angelo Zampaglione

1. Premessa.

La Corte costituzionale interviene per la terza volta a sindacare una legge che disciplina l'impedimento a comparire del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Dopo la bocciatura secca del "lodo Maccanico" prima (con la sentenza n. 24 del 2004¹), del "lodo Alfano" poi (con la sentenza n. 262 del 2009²), la Corte stavolta è giunta ad una declaratoria di illegittimità parziale delle disposizioni introdotte dalla L. 7 aprile 2010, n. 51³, dichiarando, in estrema sintesi: l'illegittimità, per violazione degli artt. 3 e 138 Cost., dell'art. 1, co. 4, relativo all'ipotesi di impedimento continuativo e attestato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri; l'illegittimità, per violazione degli artt. 3 e 138 Cost., dell'art. 1, co. 3, nella parte in cui non prevede che il giudice valuti in concreto, a norma dell'art. 420 *ter*, co. 1, c.p.p., l'impedimento addotto. La Consulta ha, altresì, dichiarato infondate le ulteriori questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 1, co. 1, sempre che tale disposizione venga interpretata in conformità con l'art. 420 *ter*, co. 1, c.p.p. ed inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, relative alle disposizioni di cui all'art. 1, co. 2, 5 e 6, e all'art. 2.

Per una completa ricostruzione logico sistematica della vicenda in questione è necessario evidenziare, sia pur brevemente, le due precedenti decisioni della Corte Costituzionale. Segnatamente, con la sentenza n. 24 del 2004 la Consulta ha bocciato la sospensione dei processi nei confronti delle alte cariche dello Stato in quanto «generale, automatica e di durata non determinata»; ciò che incideva, menomandoli, sui diritti di difesa dell'imputato e sul diritto di azione della parte civile; inoltre venivano accumulate, nella medesima disciplina, cariche diverse per investitura e funzioni. Di qui, dunque, la declaratoria di incostituzionalità, «assorbita» - disse allora la Corte - «ogni altro profilo di illegittimità costituzionale». Con la seconda sentenza, la n. 262 del 2009, la

¹ Su cui v. A.A. DALIA, *Sospensione del processo per le alte cariche dello Stato: per la consulta il "lodo Maccanico" è incostituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 960 ss.

² Commentata da BIN e ZANON, *I molteplici volti della sentenza "Alfano"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 41 ss. Per un ulteriore approfondimento si rinvia anche a RUGGERI, *Sospensione dei processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato, tutela del sereno esercizio delle funzioni, legittimo impedimento a comparire al processo*, in *Cass. pen.*, 2009, 11, 4517; GREVI, *Sulla inidoneità della legge ordinaria a disciplinare regimi processuali differenziati per la tutela delle funzioni di organi costituzionali (a proposito dell'incostituzionalità del c.d. lodo Alfano)*, in *Cass. pen.*, ivi, 2009, 4535; ORLANDI, *Illegittimi privilegi*, in *Cass. pen.*, ivi, 2010, 42; FERRI, *La prerogativa della sospensione del processo penale per le alte cariche dello Stato esige una legge costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 4, 2081.

³ Sul punto si rinvia a FERRI, *Il legittimo impedimento a comparire nelle udienze penali introdotto dalla l. 51 del 2010 per il presidente del Consiglio e per i Ministri*, in *Giur. mer.*, 2010, 11, 2667.

Corte Costituzionale ha affondato la scure dell'illegittimità alla radice della disciplina, utilizzando come parametro anche l'art. 138 Cost. e spostando, quindi, l'epicentro della questione sul piano delle fonti: invero, costituendo a tutti gli effetti una prerogativa, che si risolve in una deroga al principio di uguaglianza, la sospensione del processo penale necessita di copertura costituzionale.

L'ultima decisione sembra articolarsi, se non andiamo errati, nel solco della giurisprudenza elaborata nelle due decisioni precedenti, e ribadisce un secco no ad automatismi, rigidità e presunzioni assolute, davanti ai quali al giudice non è concessa alcuna valutazione discrezionale.

Innanzitutto, la Corte ha fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata del primo comma dell'art. 1 della Legge n. 51 del 2010, il quale stabilisce che «per il Presidente del Consiglio dei Ministri costituisce legittimo impedimento, ai sensi dell'art. 420 *ter* c.p.p., a comparire nelle udienze dei procedimenti penali, quale imputato, il concomitante esercizio di una o più delle attribuzioni previste dalle leggi o dai regolamenti (...) delle relative attività preparatorie e consequenziali, nonché di ogni attività comunque coesistente alle funzioni di Governo»; questa disposizione è costituzionalmente legittima solo a condizione che, recita il dispositivo, «venga interpretata in conformità con l'art. 420 *ter*, co. 1, c.p.p.».

Il che significa che la legittimità dell'impedimento a comparire, derivante dall'esercizio delle funzioni di governo, è valutata dal giudice caso per caso, come avviene per qualsiasi imputato.

Ecco perché la Corte ha dichiarato illegittimi sia il comma quarto dell'art. 1 della Legge n. 51 del 2010, che imponeva al giudice di rinviare l'udienza nel caso di impedimento continuativo e attestato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, sia il comma terzo, nella parte in cui non prevede che il giudice valuti in concreto, a norma dell'art. 420 *ter*, co. 1, c.p.p., l'impedimento addotto.

In altri termini, in assenza di una modifica costituzionale -la cui legittimità, peraltro, è comunque controversa- non è ammissibile, in questa materia, uno *jus singulare* che violi il principio di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge.

Si può così affermare che l'impianto complessivo della legge ha retto al vaglio di costituzionalità?

Una conclusione del genere pare francamente azzardata. La Corte ha bocciato proprio, per l'ennesima volta, quella parte di disciplina che si distacca, de-

DAL PARLAMENTO

rogandola, da quella ordinaria.

Basta, dunque, fare una semplice prova del nove: seppure fossero abrogate le disposizioni "superstiti", il giudice sarebbe comunque chiamato a valutare, di volta in volta, la legittimità dell'impedimento a comparire del Presidente del Consiglio dei Ministri, tenendo conto della rilevanza e della delicatezza delle funzioni svolte, così da contemperare tutte le esigenze in gioco, ossia l'esercizio della funzione giurisdizionale e il «sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono» a quella carica (Corte cost. n. 24 del 2004) nel contesto di un clima di «leale collaborazione» tra le parti, ciò che avviene concordando preventivamente le data delle udienze da celebrare.

A ben vedere, quindi, quel che resta della legge si rivela sostanzialmente inutile, perché a quel medesimo risultato (in ultima analisi, la valutazione caso per caso, da parte del giudice, della legittimità dell'impedimento addotto, alla luce degli impegni che derivano dalla carica esercitata) si perverrebbe applicando la disciplina prevista in via ordinaria dal codice di rito per qualsiasi imputato.

2. Le immunità (lato senso) nel sistema processuale penale ad orientamento costituzionale: cenni all'art. 112 Cost.

Prima di inoltrarci in *subiecta materia*, tuttavia, appare opportuno -*recte* indispensabile- ricostruire brevemente i passaggi nodali della questione, partendo da una breve disamina delle immunità, intese in senso lato, nel sistema complessivo di giustizia penale che si muove nel solco della Carta repubblicana.

Più specificamente ci si deve chiedere, se ed in quali termini talune ipotesi di immunità -che introducono meccanismi di "autorizzazione" (a procedere o *ad acta*) o di "sospensione" del processo a favore dei soggetti titolari di cariche pubbliche- siano compatibili con le esigenze di accertamento della responsabilità penale sottese al modello giurisdizionale del processo accusatorio.

A tal fine, è opportuno soffermarsi anche sul profilo costituzionale, formale ed applicativo del principio di obbligatorietà dell'azione penale, così da analizzare la compatibilità con lo stesso delle ipotesi di immunità quali condizioni di procedibilità.

La tematica delle immunità quale "limite all'obbligatorietà della legge penale"¹

¹ RICCIO, voce «Immunità», in *Dig. pen.*, V, Torino, 1992, 173 ss.; DOMINIONI, *Immunità, extraterritorialità e asilo nel diritto penale internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 378 ss.; GIULIANI, *Sulla natura giuridica delle immunità penali*, in *Scuola Pos.*, 1962, 685 ss.; BRUNELLI, voce «Immunità», in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.

ha costituito, tradizionalmente, una delle frontiere dogmatiche apparentemente meno esplorate del diritto penale sostanziale e processuale.

Successivamente, tuttavia, si è assistito al proliferare, in quella che era “terra di nessuno”, di una copiosa produzione giurisprudenziale e dottrinale.

Orbene, per ricostruire il fondamento giuridico globale della possibilità di sottrarsi al processo nella storia del costituzionalismo liberaldemocratico è necessario richiamare più in generale “il principio della divisione orizzontale dei poteri”.

In un recente saggio si evidenzia, infatti, come «coloro che rappresentano l'unità e la totalità non possono essere giudicati da chi non è rappresentante (...). L'argomento decisivo per spiegare l'immunità di determinati organi (e dei loro titolari e componenti) è comunque di essere "sovrani" (...) l'unica dipendenza che quell'organo (sovrano) può avere è verso il popolo»⁵.

La sovranità degli organi costituzionali “verso” il popolo, quale principio cardine dello Stato costituzionale di diritto, diviene dunque un nodo nevralgico per una lettura delle immunità in chiave costituzionale.

Se infatti il capoverso dell'art. 1 Cost. dispone che «la sovranità appartiene al popolo, che l'esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione», ne consegue che il popolo «non può, col suo voto, rendere giudiziariamente immuni coloro che siano stati da esso stesso eletti» e «che nessun organo costituzionale, collegiale o monocratico, può dirsi, per definizione, sovrano»⁶.

Ed invero, le immunità costituzionali, invocate nei diversi contesti storico-politici dai soggetti che svolgono pubbliche funzioni, veicolano senza dubbio un'eterogeneità di interessi contrapposti, che vanno dal sereno svolgimento della funzione istituzionale, alla tutela del prestigio e dell'immagine della carica stessa, dall'esigenza di garantire la funzionalità dell'ufficio coperto alla difesa della politica da indebite interferenze giudiziarie⁷.

Nell'itinerario di ricerca dei limiti delle prerogative costituzionali nell'ambito del processo penale, è opportuno soffermarsi sul rapporto tra le immunità ed il principio di obbligatorietà dell'azione penale⁸.

Com'è noto, il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale –secondo cui il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale– è stato costitu-

⁵ T. KLITSCH DE LA GRANGE, *Immunità e giurisdizione ordinaria*, in *Palomar*, n. 14, n. 1/2003, 76.

⁶ A. PACE, *Immunità politiche e principi costituzionali*, in *Diritto Pubblico*, 2003, 400 ss.

⁷ SIRACUSANO, *Le immunità politiche di diritto interno: fra tutela dal processo e tutela del processo*, in AA. VV., *Immunità costituzionali e crimini internazionali*, Milano, 2008, 78 ss.

⁸ CHIAVARIO, *Lessico essenziale delle immunità politiche*, in AA. VV., *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di Orlandi e Pugiotto, Torino, 2008, 3 ss.

DAL PARLAMENTO

zionalizzato dall'art. 112 della nostra Carta fondamentale. Tale norma, come Chiavario⁹ e Devoto¹⁰ fanno notare, è una disposizione laconica, lapidaria, da cui si possono desumere due elementi fondamentali: il primo è che, di fronte alla *notitia criminis*, esercitare l'azione penale è un obbligo e non una facoltà od una scelta discrezionale; il secondo è che l'esercizio dell'azione penale compete al pubblico ministero, quale *dominus* indiscusso della fase delle indagini.

È, in ogni caso, possibile affermare che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, nella Costituzione repubblicana, costituisce senza dubbio il «punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale»¹¹, come reazione all'esperienza totalitaria conclusasi con la fine della seconda guerra mondiale.

L'obbligatorietà dell'azione penale si ricollega poi, al principio di legalità dei delitti e delle pene, consacrato dall'art. 25, co. 2, Cost., in quanto, in presenza di una precisa disposizione legislativa incriminatrice, il pubblico ministero non può astenersi dal promuovere l'azione penale e non dare quindi concreta attuazione al dettato normativo: in tal senso, il principio di obbligatorietà dell'azione penale esclude «intermediazioni di ragioni di semplice opportunità tra le scelte della legge di incriminare determinati tipi di condotta ed i comportamenti del titolare pubblico dell'azione penale»¹².

In questo caso, il mancato esercizio dell'azione penale, invero, determinerebbe sul piano generalpreventivo un «disorientamento» dei consociati circa l'effettiva e concreta vigenza della norma penale. In un'ottica specialpreventiva, poi, esso non realizzerebbe la funzione rieducativa della pena, in quanto l'autore del reato sfuggirebbe alla sanzione penale minacciata dalla fattispecie incriminatrice, e maturerebbe quindi la convinzione di poter anche in futuro sottrarsi all'intervento punitivo.

Il legame con il principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, inoltre, richiama secondo Chiavario, il legame con il principio di legalità dell'azione penale stessa, che deve essere esercitata secondo forme e modalità predeterminate dal codice di rito, per tutelare i consociati da eventuali abusi e arbitri degli organi giudiziari.

Corollario di tale principio, poi, è il canone dell'indisponibilità dell'azione

⁹ CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2658 ss.

¹⁰ DEVOTO, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale, ruolo del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996, 2024 ss.

¹¹ ICHINO, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. Giustizia*, 1997, 290.

¹² CHIAVARIO, *op.cit.*, 2660.

penale, che comporta l'irrilevanza di transazioni, accettazioni o rinunce tra le parti in causa, al di là delle ipotesi tassativamente previste dalla legge.

Ma non è tutto. L'obbligatorietà dell'azione penale si ricollega anche con l'inviolabile principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge sancito dall'art 3 Cost., atteso che non è concessa alcuna disparità di trattamento legata a valutazioni di opportunità del processo nell'accertamento dei reati e della responsabilità degli autori, e quindi alcuna discriminazione fondata sulle singole condizioni personali e sociali sia degli imputati che delle persone offese. Ed ancora, è evidente il legame con il principio di indipendenza del pubblico ministero, elevato a rango di principio costituzionale (art. 104, co. 1, Cost.) solo con l'entrata in vigore della Carta fondamentale che, tra l'altro, va annoverato tra le conquiste dell'ordinamento repubblicano¹³.

Così come i giudici esercitano la loro attività giurisdizionale senza condizionamenti e pressioni esterne, attenendosi solo alla legge nelle loro decisioni, allo stesso modo gli organi inquirenti, nel valutare l'opportunità o meno di esercitare l'azione penale, sono soggetti esclusivamente alla legge, che prevede sia le fattispecie di reato perseguibili penalmente sia le forme e le modalità con cui promuovere l'azione penale: in quest'ottica, il capoverso dell'art. 101 e l'art 112 Cost. realizzano un'istanza di legalità e di garanzia dei cittadini da eventuali arbitri ed abusi del potere giudiziario.

L'obbligatorietà dell'azione ex art 112 Cost. trae dunque la sua *ratio* ispiratrice e le sue istanze garantiste dai principi cardine di uno Stato Costituzionale di diritto, quali quello di eguaglianza, di legalità, di indipendenza della magistratura e, più in generale, della separazione orizzontale dei poteri.

Alla luce delle considerazioni svolte, sorgono dei quesiti di fondo: innanzitutto, come si concilia l'esenzione dalla giurisdizione di soggetti titolari di cariche pubbliche rispetto al principio di obbligatorietà dell'azione penale? In secondo luogo, fino a quale limite è possibile invocare una "tutela dal processo" per tali soggetti, senza violare il principio di ragionevolezza e creare delle ingiustificate sacche di "privilegi"?

3. Il c.d. Lodo Maccanico e le sua illegittimità costituzionale.

Ora, la L. 20 giugno 2003, n. 140, recante «Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei

¹³ G. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Conso, Bologna, 1979, 6 ss.

DAL PARLAMENTO

confronti delle alte cariche dello Stato», all'art. 1, vietava «di sottoporre a processi penali, [...] per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione della medesima [,] il Presidente della Repubblica [...], il Presidente del Senato [...], il Presidente del Consiglio [...], il Presidente della Corte costituzionale»; facendo salva, peraltro, l'applicazione, con riferimento al Capo dello Stato, dell'art. 90 Cost. (il quale, com'è noto, ne prevede l'irresponsabilità per gli atti "funzionali", «[...] salvo che per altro tradimento o per attentato alla Costituzione»); e, a proposito del Presidente del Consiglio, quella dell'art. 96 (sulla responsabilità di tale soggetto per i reati "ministeriali")¹⁴.

Inoltre, lo stesso capoverso dell'art. 1 disponeva, a far data dall'entrata in vigore di detta legge medesima, che -salvo quanto previsto dalle menzionate norme costituzionali- fossero sospesi, nei confronti dei predetti soggetti, «[...] i processi penali in corso in ogni fase, stato o grado, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle stesse».

Nei confronti di tale disciplina è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, sostenendo ch'essa, «[...] nello stabilire per i processi suindicati la sospensione automatica, generalizzata e senza prefissione di un termine finale», avrebbe violato sia il principio di eguaglianza, con riferimento al canone di obbligatorietà dell'azione penale (artt. 3 e 112 Cost.), sia -istituendo una prerogativa non prevista dalle disposizioni della Carta fondamentale, che sarebbero stati quindi illegittimamente modificati con legge ordinaria, in violazione del suo art. 138- gli artt. 68, 90 e 96 Cost.¹⁵

Con la sentenza n. 24 del 20 gennaio 2004, il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 2, della Legge n. 140 del 2003 (Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 Cost. nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), ed altresì la conseguente illegittimità costituzionale dei commi 1 e 3 del medesimo art. 1 della legge in questione.

In risposta agli interrogativi sollevati ed individuati nell'ordinanza di remissione, la Consulta ha ritenuto occorresse «in primo luogo definire quali siano la natura, la funzione e la portata della normativa impugnata».

¹⁴ Sulla Legge n. 140 del 2003 v., fra gli altri: ORLANDI, *Lodo "Maccanico": attuazione dell'art. 68 e sospensione dei processi per le alte cariche. Profili di diritto processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1205 ss.; GRISOLIA, *Un passo avanti o un passo indietro nella disciplina delle immunità parlamentari?*, ivi, 1226 ss.; PANSINI, *Una scelta pienamente costituzionale*, ivi, 1223 ss.

¹⁵ Trib. Milano, ord. 30 giugno 2003, in G.U., 1a serie spec., n. 36 del 2003.

Sul punto la risposta è stata nel senso che quella normativa «riguardava una sospensione del processo penale, istituto che si sostanzia nel temporaneo arresto del normale svolgimento del medesimo ed è oggetto non di una disciplina generale, bensì di specifiche regolamentazioni dettate con riguardo alla diversità dei presupposti e delle finalità perseguite». Dopo aver rapidamente ricordato e ripercorso le varie cause di "sospensione" del processo, la Corte ha osservato che, quando la sospensione è «prevista per situazioni oggettive del processo», essa appare «funzionale al suo regolare svolgimento». Ciò non comporterebbe «che quello delle sospensioni sia un sistema chiuso e che il legislatore non possa stabilire altre sospensioni finalizzate alla soddisfazione di esigenze extraprocessuali, ma implica la necessità di identificare i presupposti di tali sospensioni e le finalità perseguite, eterogenee rispetto a quelle proprie del processo».

Il bene che la sospensione disposta dalla norma censurata intendeva tutelare nel caso specifico, ad avviso della Corte, andava «ravvisato nell'assicurazione del sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche», costituendo, quindi, «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». Occorreva, pertanto, «accertare e valutare come la norma incida sui principi del processo e sulle posizioni e sui diritti in esso coinvolti».

In proposito la Corte ha ritenuto, in quel caso, che la sospensione fosse «generale, automatica e di durata non determinata», concernendo processi «extrafunzionali, cioè estranei alle attività inerenti alla carica», priva di «alcun filtro, quale che sia l'imputazione ed in qualsiasi momento dell'*iter* processuale insorga, senza possibilità di valutazione delle peculiarità dei casi concreti» ed infine tale da subire, «per quanto concerne la durata», «gli effetti della reiterabilità degli incarichi e comunque della possibilità di investitura in altro tra i cinque» casi indicati.

Da quanto rilevato emergeva quindi, ad avviso della Corte, che «la misura predisposta dalla normativa censurata creava un regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione, in particolare di quella penale». Che tuttavia «la constatazione di tale differenziazione non conduce di per sé all'affermazione del contrasto della norma con l'art. 3 Cost. Il principio di eguaglianza comporta infatti che, se situazioni eguali esigono eguale disciplina, situazioni diverse possono implicare differenti normative», nel qual caso «ha decisivo rilievo il livello che l'ordinamento attribuisce ai valori rispetto ai quali la con-

DAL PARLAMENTO

notazione di diversità può venire in considerazione».

Nel caso in esame «il legislatore (del 2003) ha ritenuto prevalente l'esigenza di protezione della serenità dello svolgimento delle attività connesse alle cariche in questione». Questa valutazione, però, non è stata condivisa nel 2004 dalla Consulta, che ha, invece, considerato «l'automatismo generalizzato della sospensione», che «incide, menomandolo, sul diritto di difesa dell'imputato», al quale è posta l'alternativa tra continuare a svolgere l'alto incarico sotto il peso di un'imputazione (eventualmente tale da) concernere anche reati gravi e particolarmente infamanti, oppure dimettersi dalla carica ricoperta al fine di ottenere, con la continuazione del processo, l'accertamento giudiziale favorevole; che «sacrificato è altresì il diritto della parte civile» la quale, anche ammessa la possibilità di trasferimento dell'azione in sede civile, doveva soggiacere alla sospensione prevista dall'art. 75, co. 3, c.p.p.; che «all'effettività dell'esercizio della giurisdizione non sono indifferenti i tempi del processo», e che «una stasi del processo per un tempo indefinito e indeterminabile» vulnerava «il diritto di azione e di difesa», mentre «la possibilità di reiterate sospensioni lederebbe il bene costituzionale dell'efficienza del processo». Sotto altro profilo la norma censurata incorreva anche nella violazione dell'art. 3 Cost. per aver accomunato «in unica disciplina cariche diverse non soltanto per le fonti di investitura, ma anche per la natura delle funzioni», distinguendo altresì, «per la prima volta sotto il profilo della parità riguardo ai principi fondamentali della giurisdizione, i Presidenti delle Camere, del Consiglio dei Ministri e della Corte costituzionale rispetto agli altri componenti degli organi da loro presieduti».

Rilevato, altresì, che «si riscontrano nella norma impugnata anche gravi elementi di intrinseca irragionevolezza», la Consulta concludeva ritenendo la questione fondata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., restando «assorbito ogni altro profilo di illegittimità costituzionale».

Restava quindi impregiudicata -evidentemente, perché assorbita- la seconda questione: quella concernente l'avvenuta introduzione, nel concreto, di un'immunità procedurale non prevista dal dettato costituzionale.

4. Il c.d. Lodo Alfano e le sua illegittimità costituzionale.

Il riprodursi della medesima esigenza di proteggere l'esercizio del potere politico nei confronti di presunte interferenze da parte dell'ordine giudiziario ha condotto -quindi- ad emanare la L. 23 luglio 2008, n. 124, recante «Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte

cariche dello Stato»¹⁶. Tale ulteriore atto -che pure, con effetto immediato, sospendeva i processi penali nei confronti dei soggetti investiti delle cariche di Presidente della Repubblica, del Senato, della Camera e del Consiglio (art. 7 co. 1, 7 e 8, L. n. 124 del 2008)-, in qualche modo, teneva conto delle precedenti indicazioni provenienti dai Giudici della Consulta. Erano infatti previsti: il diritto dell'imputato di rinunciare alla sospensione, ma non anche alla carica; la possibilità -a processo sospeso- di assumere le prove non rinviabili; il diritto della parte civile di trasferire l'azione in sede privatistica senza subire l'effetto di cui all'art. 75, co. 3, c.p.p. (art. 1, co. 2, 3 e 6, L. n. 124 del 2008).

Promulgata la Legge n. 124 del 2008, disegnata all'interno di un unico articolo -relativo anch'esso a «Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato» (questa volta prendendone, però, in considerazione quattro e non più cinque, essendo stato eliminato ogni riferimento al Presidente della Corte costituzionale)-, peraltro formulato con modificazioni rispetto al precedente del c.d. Lodo Maccanico del 2003, volte a conseguire l'espresso obiettivo di impedire che potessero riproporsi i segnalati vizi oggetto di censura da parte della sentenza n. 24 del 2004, subito sono state riproposte, con tre distinte ordinanze del Tribunale di Milano e del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Roma, plurime questioni di legittimità costituzionale delle nuove disposizioni, tra le quali, in particolare, quella di cui all'art. 138 Cost. per aver utilizzato nuovamente, nell'introdurre la relativa normativa nel nostro ordinamento, una legge "ordinaria", mentre sarebbe stato indispensabile, secondo i Giudici remittenti, per evitare censure sul piano della legittimità costituzionale di quelle scelte, regolare la materia con norme di rango "costituzionale".

In contrario, si è principalmente obiettato, per un verso, che la stessa sentenza n. 24 del 2004 aveva esplicitamente ammesso che il legislatore può legittimamente prevedere ipotesi di sospensione del processo penale per esigenze extraprocessuali, e non avendo specificato che debba all'uopo procedersi con norme di rango costituzionale, il termine "legislatore" andava riferito a quello "ordinario" (anche se, per la verità, il brano in questione era inserito nel "fatto" e non nel "diritto"); e per altro verso, soprattutto, che in quella decisione la questione di una eventuale illegittimità della legge impugnata non era stata fondata sul suo rango di legge "ordinaria", né poteva considerarsi "assorbita", al

¹⁶ Su tale provvedimento, v., fra gli altri, BELLAGAMBA, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. I profili sostanzialistici*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1213 ss.; CECCHETTI, *I profili costituzionalistici*, ivi, 1219 ss.; FRIGO, *I profili procedurali*, ivi, 1225 ss.

DAL PARLAMENTO

pari della riserva finale per «ogni altro profilo di illegittimità», in quanto, trattandosi di profilo formale e non sostanziale, era logicamente antecedente rispetto alle questioni affrontate, cosicché l'assorbimento, dichiarato in chiusura della decisione per lasciare genericamente impregiudicato ogni altro eventuale vizio, avrebbe dovuto necessariamente considerarsi riferito ai soli profili di merito relativi alla legge censurata, e non a quelli aventi carattere di pregiudizialità, come appunto, *in primis*, una supposta violazione dell'art. 138 Cost., che di conseguenza doveva ritenersi implicitamente riconosciuto come "non fondato" e perciò definitivamente rigettato.

Nella medesima direzione si è orientato il Presidente della Repubblica, che ha ritenuto di motivare con due comunicati¹⁷ sia l'autorizzazione alla presentazione del relativo disegno di legge, sia la successiva promulgazione di questa. Non vi è dubbio, per la verità, che si tratta di comunicati di cui è stata sottolineata la sicura "irritualità", dato che, ai sensi dell'art. 74 Cost., si motivano i rinvii e non le autorizzazioni o le promulgazioni, cioè gli eventuali dissensi e non i consensi. Tuttavia l'intervento del presidente volto ad "autorizzare" il disegno di legge non poteva trovare altra ipotizzabile giustificazione se non nell'intento di esplicitare che, ad avviso del Capo dello Stato, il disegno di legge approvato il 27 giugno 2008 dal Consiglio dei ministri è risultato corrispondere ai rilievi formulati dalla sentenza n. 24 del 2004 della Corte costituzionale, la quale aveva costituito «punto di riferimento per la decisione» di Napolitano di autorizzare la presentazione di quel disegno di legge, e ciò in particolare in quanto, con quella decisione, la Corte non sancì che la norma di sospensione di quei processi dovesse essere adottata con legge costituzionale.

Il medesimo concetto fu ribadito nel successivo comunicato del 23 luglio 2008, emesso con riguardo alla avvenuta "promulgazione" del provvedimento da parte del Presidente, ed in cui era detto che «a un primo esame -quale compete al Capo dello Stato in questa fase- il disegno di legge approvato il 27 giugno dal Consiglio dei ministri è risultato corrispondente ai rilievi formulati in quella sentenza» (Corte cost. n. 24 del 2004). La quale, infatti, «non sancì che la norma di sospensione di quei processi dovesse essere adottata con legge costituzionale».

Ciò non di meno, con la sentenza n. 262 del 2009 il Giudice delle Leggi ha invalidato anche questo secondo provvedimento, prendendo in considerazione il profilo che in precedenza non era stato affrontato.

¹⁷ Rispettivamente del 2 e del 23 luglio 2008, disponibili in www.quirinale.it

Nell'esaminare le diverse censure profilate dai rimettenti, la Corte ha anzitutto escluso che la pronuncia del 2004 avesse mai affrontato la questione dell'idoneità della legge ordinaria a introdurre la sospensione del processi per le alte cariche, nonché la sussistenza, sul punto, di un giudicato implicito: invero, per la Consulta, la presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità, conferisce alla Corte il potere di stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza e dichiarare assorbite le altre¹⁸. In tal caso, l'accoglimento di una qualunque delle questioni, comportando la caducazione della disposizione denunciata, è infatti idoneo a definire l'intero giudizio di costituzionalità e non implica alcuna pronuncia sulle altre questioni, ma solo il loro assorbimento, così come accaduto con la sentenza n. 24 del 2004, che ha privilegiato l'esame dei fondamentali profili concernenti la violazione del diritto di difesa ed i principi di eguaglianza e ragionevolezza, che emergevano in modo immediato e non discutibile, e ha dichiarato «assorbito ogni altro profilo di illegittimità costituzionale», lasciando così impregiudicata la questione relativa all'art. 138 Cost. sull'idoneità della fonte, sia essa di rango ordinario o costituzionale.

Ciò posto, la Corte ha affrontato il nodo nevralgico sul profilato contrasto della normativa sottoposta a scrutinio con gli artt. 3 e 138 Cost.

L'esame della Corte è partito dalla ricognizione del tessuto di principi su cui si fondano le prerogative costituzionali, che «si inquadrano nel *genus* degli istituti diretti a tutelare lo svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali attraverso la protezione dei titolari delle cariche connesse», e «si sostanziano in una specifica protezione delle persone munite di *status* costituzionali, tale da sottrarle all'applicazione delle regole ordinarie». Tali prerogative possono assumere, in concreto, varie forme e denominazioni –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 possono riguardare sia gli atti propri della funzione (cosiddetti atti funzionali) sia gli atti ad essa estranei (cosiddetti atti extrafunzionali), ma in ogni caso presentano la duplice caratteristica di essere dirette a garantire l'esercizio della funzione di organi costituzionali e di derogare al regime giurisdizionale comune; invero, trattandosi di istituti che configurano particolari *status* protettivi, sono, al tempo stesso, meccanismi fisiologici al funzionamento dello Stato e derogatori rispetto al

¹⁸ Corte costituzionale, sentenze nn. 464 del 1992 e 34 del 1961.

DAL PARLAMENTO

principio di eguaglianza tra cittadini¹⁹.

Il problema dell'individuazione dei limiti quantitativi e qualitativi delle prerogative, poi, «assume una particolare importanza nello Stato di diritto», perché, da un lato «alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione» e, dall'altro, gli indicati istituti di protezione «non solo implicano necessariamente una deroga al suddetto principio, ma sono anche diretti a realizzare un delicato ed essenziale equilibrio tra i diversi poteri dello Stato, potendo incidere sulla funzione politica propria dei diversi organi». Questa «complessiva architettura istituzionale, ispirata ai principi della divisione dei poteri e del loro equilibrio, esige che la disciplina delle prerogative contenuta nel testo della Costituzione debba essere intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali»; sistema dunque, che «non è consentito al legislatore ordinario alterare né in *peius* né in *melius*»²⁰.

Per la Consulta tale conclusione non deriva dal riconoscimento di una espressa riserva di legge costituzionale in materia, ma dal fatto che le suddette prerogative sono sistematicamente regolate da norme di rango costituzionale. Tali possono essere, ad esempio, le norme che attengono alle funzioni connesse alle alte cariche considerate dalla norma denunciata, come: l'art. 68 Cost., il quale prevede per i parlamentari (e, quindi, anche per i Presidenti delle Camere) alcune prerogative sostanziali e processuali in relazione sia a reati funzionali (co. 1) sia a reati anche extrafunzionali (co. 2 e 3); l'art. 90 Cost., il quale prevede l'irresponsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione; l'art. 96 Cost., il quale prevede per il Presidente del Consiglio dei Ministri e per i Ministri, anche se cessati dalla carica, la sottoposizione alla giurisdizione ordinaria per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, secondo modalità stabilite con legge costituzionale.

In quest'ottica, la giurisprudenza costituzionale aveva già affermato il princi-

¹⁹ Per un interessante approfondimento di tali problematiche si rinvia a GIOSTRA, *Repetita non iuvant*, in *Giur. cost.*, 2009, 5, 3708 ss. L'Autore evidenzia quanto possa essere pericoloso asserire che la sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato integra una disparità di trattamento rispetto agli altri cittadini lesiva dell'art. 3 Cost., ma che il *vulnus* si sana se ad introdurlo è una legge costituzionale. Questa potrebbe non bastare se la violazione concerne un principio cardine della Costituzione come quello di eguaglianza.

²⁰ Sul punto si v. D'ANDREA, *La Corte non è andata in letargo nel lungo inverno costituzionale italiano*, in *Giur. cost.*, 2009, 5, 3718, secondo cui «alterare l'equilibrio costituzionale in materia di prerogative, in particolare allargando le deroghe, pone sempre e comunque un problema di ragionevolezza della scelta normativa, ancorché di fonte costituzionale, rispetto a coloro i quali non godono di quel beneficio».

pio secondo cui «il legislatore ordinario, in tema di prerogative (immunità intese in senso ampio), può intervenire solo per attuare, sul piano procedimentale, il dettato costituzionale, essendogli preclusa ogni eventuale integrazione o estensione di tale dettato».

Al riguardo era stato, ad esempio, affermato che sono «eccezionalmente dettati, e da norme costituzionali, i casi di deroga al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale» (Corte cost. n. 4 del 1965); è esclusa la competenza del legislatore ordinario in materia di immunità (Corte cost. n. 148 del 1983); vi è «concordia della giurisprudenza, della dottrina e dello stesso legislatore, nell'escludere che, attraverso legge ordinaria, sia ammissibile un'integrazione dell'art. 68, co. 2, Cost., e comunque la posizione di una norma che attribuisca analoghe prerogative» idonee a derogare all'art. 112 Cost.; l'art. 3 l. n. 140 del 2003, nella parte in cui costituisce attuazione del primo comma dell'art. 68 Cost., non viola la Costituzione, perché non comporta «un indebito allargamento della garanzia dell'insindacabilità apprestata dalla norma costituzionale», ma «può considerarsi di attuazione, e cioè finalizzato a rendere immediatamente e direttamente operativo sul piano processuale il disposto dell'art. 68, co. 1, Cost.» (Corte cost. n. 120 del 2004); il medesimo art. 3 della Legge n. 140 del 2003 è una norma finalizzata «a garantire, sul piano procedimentale, un efficace e corretto funzionamento della prerogativa parlamentare» di cui al primo comma dell'art. 68 Cost. (Corte cost. n. 149 del 2007, che richiama ancora Corte cost. n. 120 del 2004).

Tanto premesso, l'attenzione della Corte si è spostata sul problema secondo cui la norma denunciata creerebbe una vera e propria prerogativa, introducendo, tramite una legge ordinaria, un'ipotesi di sospensione del processo penale che si risolve in una deroga al principio di eguaglianza; assunto che, secondo la Corte, risulta corretto.

La *ratio* della disposizione indagata, si muove dalla linea ricostruttiva della sentenza del 2004: si era, *illo tempore*, chiarito che la sospensione del processo penale per le alte cariche dello Stato (caratterizzata dalla generalità, automaticità e dalla durata non determinata) è finalizzata alla "soddisfazione di esigenze extraprocessuali"; queste consistono nella «protezione della serenità dello svolgimento delle attività connesse alle cariche in questione», e cioè nell'«apprezzabile interesse» ad assicurare «il sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche»; detto interesse va tutelato in armonia con i principi fondamentali dello «Stato di diritto, rispetto al cui migliore assetto la protezione è strumentale»; la sospensione, dunque, è «predisposta

DAL PARLAMENTO

(...) alla tutela delle importanti funzioni di cui si è detto»; ove si ritenesse (in base ad "un modo diverso, ma non opposto, di concepire i presupposti e gli scopi della norma") che il legislatore, in considerazione dell' «interesse pubblico allo svolgimento delle attività connesse alle alte cariche», abbia stimato tale svolgimento alla stregua di «un legittimo impedimento a comparire» nel processo penale e abbia, perciò, «voluto stabilire una presunzione assoluta di legittimo impedimento», la misura della sospensione processuale «anche sotto questo aspetto (...) appare diretta alla protezione della funzione».

Da tali inequivoche affermazioni -sottolinea la Corte- discende il corollario che la sospensione processuale prevista dalla Legge n. 140 del 2003 persegue la *ratio* di proteggere la funzione pubblica, assicurando ai titolari delle alte cariche il sereno svolgimento delle loro funzioni (e, indirettamente, di quelle dell'organo al quale essi appartengono) attraverso l'attribuzione di uno specifico *status* protettivo.

Peraltro, la scelta del legislatore di aver riguardato esclusivamente ad alcune alte cariche istituzionali e di prevedere l'automatica sospensione del processo, senza alcuna verifica caso per caso dell'impedimento, evidenziava che l'unica *ratio* compatibile con la norma censurata fosse proprio la protezione delle funzioni connesse all'alta carica.

Stessi argomenti sono stati estesi al meccanismo sospensivo introdotto dalla Legge n. 124 del 2008: la *ratio* della disposizione dichiarata illegittima, al pari di quella della norma oggetto della sentenza n. 24 del 2004, è stata dunque individuata nella «protezione delle funzioni di alcuni organi costituzionali, realizzata attraverso l'introduzione di una peculiare sospensione del processo penale».

Chiarito ciò, ci si è chiesti se la sospensione prevista dalla legge del 2008 avesse l'ulteriore caratteristica delle prerogative, e cioè quella di derogare al principio di eguaglianza creando una disparità di trattamento: anche in questo caso, a tale domanda, è stata fornita risposta positiva.

Invero, la sentenza n. 24 del 2004 ha precisato, sia pure con riferimento all'art. 1 della Legge n. 140 del 2003, che la sospensione processuale per gli imputati titolari di alte cariche «crea un regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione», regime che va posto a raffronto con il principio - anch'esso richiamato dalla suddetta sentenza- della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, fissato dall'art. 3 Cost.

I medesimi rilievi sono stati ritenuti validi anche per il censurato art. 1 della Legge n. 124 del 2008, visto che la denunciata sospensione è risultata essere «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 risolveva, 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, co. 2, Cost.)».

Pur essendo pacifico che in base al principio di eguaglianza situazioni uguali esigono uguale disciplina e situazioni diverse consentono differenti discipline, per la Consulta, tuttavia, doveva essere ribadito «che, nel caso in cui la differenziazione di trattamento di fronte alla giurisdizione riguardi il titolare o un componente di un organo costituzionale e si allegghi, quale ragione giustificatrice di essa, l'esigenza di proteggere le funzioni di quell'organo, si rende necessario che un tale *ius singulare* abbia una precisa copertura costituzionale»: invero, «il complessivo sistema delle suddette prerogative è regolato da norme di rango costituzionale, in quanto incide sull'equilibrio dei poteri dello Stato e contribuisce a connotare l'identità costituzionale dell'ordinamento».

L'accertata violazione del principio di eguaglianza «rileva, poi, sicuramente anche con specifico riferimento alle alte cariche dello Stato prese in considerazione dalla norma censurata: da un lato, sotto il profilo della disparità di trattamento fra i Presidenti e i componenti degli organi costituzionali; dall'altro, sotto quello della parità di trattamento di cariche tra loro disomogenee».

Quanto al primo profilo, è stato rilevato 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 e 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*.

Del pari, non è configurabile una significativa preminenza dei Presidenti delle

DAL PARLAMENTO

Camere sugli altri componenti, perché tutti i parlamentari partecipano all'esercizio della funzione legislativa come rappresentanti della Nazione e, in quanto tali, sono soggetti alla disciplina uniforme dell'art. 68 Cost.

In definitiva, dunque, la Corte ha rimarcato che «la sospensione processuale prevista dalla norma censurata è diretta essenzialmente alla protezione delle funzioni proprie dei componenti e dei titolari di alcuni organi costituzionali e, contemporaneamente, crea un'evidente disparità di trattamento di fronte alla giurisdizione»: sussistevano, pertanto, entrambi i requisiti propri delle prerogative costituzionali, con conseguente inidoneità della legge ordinaria a disciplinare la materia. In particolare, «la normativa censurata attribuisce ai titolari di quattro alte cariche istituzionali un eccezionale ed innovativo *status* protettivo, che non è desumibile dalle norme costituzionali sulle prerogative e che, pertanto, è privo di copertura costituzionale»: essa, dunque, «non costituisce fonte di rango idoneo a disporre in materia». Discende da qui la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma oggetto di scrutinio.

Sul punto, è anche possibile evidenziare che secondo autorevole dottrina²¹ da una eventuale ed automatica ibernazione dei processi per le c.d. alte cariche dello Stato derivano una serie di “insormontabili controindicazioni tecniche”. Invero, andrebbe, di certo, esclusa, una sospensione a trecentosessanta gradi in quanto essa non potrebbe interessare anche la fase delle indagini preliminari²². Se così non fosse, infatti, non si ravviserebbe un'ipotesi di sospensione ma si realizzerebbe una vera e propria impunità per i soggetti in questione. Pertanto, l'organo inquirente non potrebbe ricercare elementi di prova a distanza di un lasso temporale eccessivamente lungo; d'altro canto bisognerebbe far fronte alla assunzione delle prove urgenti e non rinviabili che –in previsione di un lungo termine di sospensione del procedimento– aumenterebbero in modo vertiginoso. Il loro numero sarebbe direttamente proporzionale alla durata della sospensione del processo²³.

Rilevanti inconvenienti pratici si registrerebbero anche nella sfera della difesa;

²¹ Per una completa panoramica delle conseguenze processuali derivanti dalla sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato si rinvia a GIOSTRA, *Repetita non iuvant*, cit., 3708 ss.

²² Alla stessa conclusione giunge anche DELL'ANNO, *Processo penale e alte cariche dello Stato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, 7. II., *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, Torino, 2011, 1507 ss., sostenendo che se la sospensione riguardasse anche la fase delle indagini si realizzerebbe «un grave pregiudizio all'esercizio dell'azione penale, perché tale esercizio sarebbe non soltanto differito, ma sostanzialmente alterato, per l'estrema difficoltà di reperire le fonti di prova a distanza di diversi anni». In questo caso si correrebbe il rischio di una sottrazione dell'imputato alla giurisdizione.

²³ Quanto più lunga sarà la sospensione del processo tanto più numerose saranno le prove che richiedono una immediata assunzione onde evitare la dispersione delle stesse.

non sarebbe possibile impedire al difensore dell'indagato di svolgere indagini difensive successivamente alla sospensione del processo, posto "che può addirittura espletare indagini in vista di un processo penale non ancora attuale (art. 391 *nonies*)". È, infatti, del tutto scontato che ibernare l'esercizio di quel diritto non sarebbe una soluzione percorribile, anche perché ne scaturirebbe la dispersione di utili fonti di prova.

5. I rapporti tra le sentenze Maccanico e Alfano.

A questo punto, appare opportuno mettere a confronto le due importanti pronunce della Consulta precedenti a quella del 2011. Invero, la mancata pronuncia su un punto pregiudiziale (relativo, nel caso di specie, alla scelta della fonte normativa) non può essere considerata equivalente alla soluzione positiva del quesito.

Sicché, è da considerarsi ineccepibile –sotto il profilo formale– la risposta fornita dalla pronuncia del 2009, tanto nel negare che da quella precedente scaturisse (in virtù di una supposta identità di oggetto rispetto alle questioni allora risolte) una soluzione obbligata "*pro iudicato*" anche per quelle poi sollevate sul nuovo "lodo", quanto nell'escludere che l'"assorbimento", da parte della prima decisione, della questione attinente ai rapporti tra la normativa impugnata e l'art. 138 Cost., formasse a sua volta una sorta di giudicato implicito o comunque una tacita autorizzazione all'uso della legge ordinaria per disciplinare la materia *sub iudice*.

Circa la prima questione, i giudici costituzionali fanno leva sulle "correzioni" che il "lodo Alfano" presentava rispetto al "lodo Maccanico" e, anche se non può dirsi che il legislatore del 2008 si fosse adeguato in tutto e per tutto ai rilievi avanzati dalla sentenza del 2004 per motivare la censura fatta cadere sulla legge del 2003, pare davvero arduo ravvisare una tale identità di oggetti tra le due vicende, da precludere addirittura un nuovo giudizio. Quanto alla seconda *questio* (relativa agli effetti dell'"assorbimento"), è intrinsecamente difficile ritenere che vi sia un'implicita ammissione di compatibilità costituzionale di una nuova normativa - se costruita cercando di evitare le censure di incostituzionalità in cui sia incappata una normativa analoga - sotto tutti gli altri profili prospettati alla Corte nell'occasione precedente ma, allora, non presi da essa in espressa considerazione.

Resta tuttavia la constatazione che dalla vicenda *de qua*, considerata nel suo insieme (e cioè tenendo conto sia della sentenza n. 24 del 2004 sia della sen-

DAL PARLAMENTO

tenza n. 262 del 2009), emerge il larghissimo spazio di libertà di scelta, da parte della Corte, nell'ordine di trattazione dei profili sotto i quali le questioni da risolvere le si presentano, laddove verrebbe da pensare che almeno il dubbio sull'esistenza di una "riserva di legge costituzionale" per la disciplina di una determinata materia o comunque sulla violazione di una norma sulle fonti debba essere trattato e deciso in modo esplicito e in via prioritaria. E, se è vero che neppure per i giudici comuni la "pregiudizialità logica" si traduce necessariamente in "pregiudizialità giuridica" come vincolo formale per il giudice, tale constatazione sembrerebbe di quelle che mettono a disagio soprattutto chi sa che un "ordine" nella successione delle questioni da risolvere è specificamente previsto per le deliberazioni dei giudici civili e penali, cui rispettivamente l'art. 276, co. 2, c.p.c. e l'art. 527, co. 1, c.p.p. impongono di esaminare anzitutto le questioni "preclusive del merito". Né può dimenticarsi che la stessa Corte costituzionale fa di solito precedere - come è giusto - la risposta alle eccezioni di "inammissibilità" rispetto all'esame della "fondatezza" dei quesiti che le vengono proposti.

A questo va aggiunto che alle ragioni della logica si uniscono poi quelle dell'opportunità. Soprattutto in materie di altissima valenza "politica" sarebbe invero opportuno che, là dove possibile (e qui lo sarebbe stato, se nel 2004 la Corte avesse affrontato prioritariamente la questione del rapporto con l'art. 138 Cost.), il Parlamento, nelle sue scelte, sapesse su quale terreno è legittimo muoversi.

6. La Legge n. 51 del 2010 (c.d. sul Legittimo impedimento ministeriale).

La reazione -o meglio la risposta- del legislatore alla sentenza sul lodo Alfano è intervenuta con la Legge n. 51 del 2010, recante «Disposizioni in materia di impedimento a comparire in udienza», che costituisce in buona sostanza un ulteriore tentativo del Parlamento -che ha ritenuto di seguire le indicazioni della Consulta- rivolto a tutelare determinate alte cariche dello Stato nei confronti di iniziative giudiziarie ritenute pretestuose e strumentali per fini di lotta politica.

Detto in estrema sintesi, con la Legge n. 51 del 2010 si è inteso tutelare il Presidente del Consiglio ed i Ministri contro eventuali iniziative giudiziarie "politicizzate" mediante un adattamento a tali peculiari fattispecie della disciplina generale riguardante le cause che impediscono la partecipazione degli imputati ai rispettivi processi.

Volendo preliminarmente tracciare la disciplina ordinaria del legittimo impe-

dimento, v'è richiamato l'art. 420 *ter*, co. 1, c.p.p. concernente specificamente l'udienza preliminare; peraltro, alla disciplina ivi contenuta, nei limiti della sua compatibilità, fa rinvio, ai fini dell'udienza dibattimentale, l'art. 484, co. 2 *bis*, c.p.p.

Per la prima disposizione, il legittimo impedimento, unitamente al caso fortuito ed alla forza maggiore, costituisce una causa di rinvio del processo ad altra udienza, sempre che determini, in capo all'imputato, un'assoluta impossibilità di comparire.

Secondo un consolidato orientamento, una simile impossibilità -nell'ipotesi *de qua*, ostativa alla dichiarazione di contumacia ed al proseguimento del processo senza l'imputato- non va intesa in senso "naturalistico" (cioè, come ostacolo materiale superiore a qualunque sforzo umano); e neppure come "impossibilità oggettiva" (vale a dire, che prescinde dalle condizioni specifiche dell'individuo). All'accusato può infatti richiedersi solo che egli spinga i suoi sforzi (nella fattispecie, diretti a presentarsi) unicamente sin dove non subentri un principio- espresso o ricavabile da regole giuridiche od etiche - incompatibile con un ulteriore suo impegno in tal senso.

In particolare, nell'elencazione contenuta nell'art. 420 *ter*, co. 1, c.p.p., il legittimo impedimento segue il caso fortuito e la forza maggiore come ragione di una simile inesigibilità; di qui il quesito circa gli aspetti differenzianti le tre distinte situazioni.

Più specificamente, caso fortuito e forza maggiore sembrano indicare due concetti distinti, individuabili, rispettivamente: nell'ipotesi in cui un accadimento ostativo alla presentazione, pur configurandosi in astratto come superabile, non risulti tale in concreto per il modo imprevedibile del suo realizzarsi; e nel caso in cui un evento *eiusdem generis* sia, sì, prevedibile, ma non anche evitabile, poiché superiore alle energie ed ai mezzi umani. Insomma: la fattispecie del caso fortuito e quella della forza maggiore sono accumulate dal fattore della "inevitabilità", ma si qualificano reciprocamente il primo per la imprevedibilità, la seconda per la irresistibilità.

A fronte di simili due figure, quella del legittimo impedimento pare connotarsi per il suo carattere ostativo da un punto di vista non già materiale, bensì giuridico, morale o sociale.

Alla distinzione tra le tre suddette categorie concettuali corrisponde, sul piano normativo, una diversificazione circa le modalità del rispettivo accertamento.

Difatti, lo stesso capoverso dell'art. 420 *ter*, c.p.p. stabilisce, quanto a caso fortuito e forza maggiore, che di ciascuna delle medesime fattispecie rilevi

DAL PARLAMENTO

anche la mera “apparenza di probabilità”. Quest'ultima circostanza - la cui verifica è pur rimessa alla libera valutazione del giudice, non potendo formare oggetto di discussione successiva né motivo di impugnazione - determina di per sé stessa un effetto ostativo, dovendo condurre inevitabilmente il giudice a rinviare il processo; diversamente, il legittimo impedimento - in assenza di una omologa clausola - deve considerarsi ragione di differimento soltanto se effettivamente provato²⁴.

Quanto a quest'ultima “dimostrazione” -infatti- non è dato rinvenire alcuna clausola che permetta di ritenere derogata la regola generale secondo cui i «fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali» (nella fattispecie, una situazione tale da ostacolare l'esercizio, da parte dell'imputato, del suo diritto alla presenza, implicando, quindi, la necessità del rinvio) devono formare “oggetto di prova”, secondo le regole generali del diritto istruttorio penale.

Al riguardo -del resto- prevale un orientamento rigoristico, reputandosi che la circostanza *de qua*, diversamente dal caso fortuito e dalla forza maggiore, possa assumere rilievo soltanto in quanto pienamente dimostrata, così da far ricadere sul prevenuto il corrispondente onere probatorio, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale. Più specificamente, la giurisprudenza parla di un “onere di tempestiva e completa comunicazione od allegazione”. Pertanto, l'imputato è tenuto ad addurre l'impedimento ed a dimostrarlo; né, se questo apparisse soltanto probabile, il giudice sarebbe tenuto a completare l'opera accertandolo.

Il carattere restrittivo di tale indirizzo emerge con chiarezza a proposito della causa impossibilitante più frequentemente addotta, cioè, della infermità; difatti, si afferma che: *a)* il giudice può valutare liberamente il certificato medico prodotto, per stabilire, in base a massime di comune esperienza, la sussistenza o meno dell'impossibilità di comparire; *b)* la insufficienza nella documentazione della malattia ridonda a danno dell'imputato, poiché questi ha l'onere di provare pienamente una simile situazione, mentre il giudice non è tenuto a disporre una visita fiscale per accertarla.

Da ultimo, il margine di ampia discrezionalità affidato al giudice nella valutazione dell'impedimento è confermato dal consolidato orientamento in punto di motivazione dell'ordinanza dichiarativa della contumacia: una volta che tale parte argomentativa risulti logica, adeguata e corretta, inerendo puntualmente alle prove addotte ed essendo immune da vizi dal punto di vista razionale e

²⁴ TAORMINA, *Diritto processuale penale*, II, Torino, 1995, 228.

da quello giuridico, l'apprezzamento del magistrato deputato a decidere sul merito è ritenuto insindacabile nel giudizio di cassazione.

La nuova disciplina «(.) in materia di impedimento a comparire in udienza», peculiarmente afferente –in realtà– ai soli Ministri della Repubblica, si connotava per i profili di spiccata specialità rispetto al regime delineato dalle disposizioni generali sul legittimo impedimento. Colpiva –anzitutto– la sua "programmatica temporaneità", laddove per espressa previsione del suo art. 2, esso era destinato ad essere applicato «fino alla data di entrata in vigore della legge costituzionale recante la disciplina organica delle prerogative del Presidente del Consiglio e dei Ministri e, comunque, non oltre diciotto mesi» dalla sua entrata in vigore. La legge *de qua* prospettava così il suo superamento in esito ad un'ulteriore operazione normativa diretta ad intervenire sul "livello primario" delle nostre fonti giuridiche; quest'ultima intesa ad una definitiva istituzione d'immunità in favore della categoria ministeriale.

Ora, già questa prima notazione non poteva non suscitare perplessità: se il Parlamento italiano ha ritenuto di provvedere, nella materia *de qua*, soltanto "in via provvisoria", in attesa di un successivo atto di rango costituzionale, era legittimo sospettare di un suo convincimento nel senso della natura "sostanzialmente costituzionale" caratterizzante il terreno sul quale è dovuto intervenire.

Dal punto di vista soggettivo, la Legge n. 51 del 2010 si qualificava, rispetto ai precedenti "lodi", per l'area diversa e, in un certo senso, più limitata dell'ambito da essa considerato: non più una serie di "Alte Cariche dello Stato", ma soltanto taluni soggetti specificamente integranti l'Esecutivo, individuati nel Presidente del Consiglio e nei Ministri. Tale riduzione suscitava anch'essa –inevitabilmente– dubbi.

Sotto il profilo oggettivo, inoltre, è stato evidenziato come l'amplessimo novero delle circostanze impedienti che diveniva rilevante non copriva i «casi previsti dall'articolo 96 della Costituzione» (art. 2, co. 1, Legge n. 51 del 2010); cioè, i procedimenti –di competenza del "tribunale dei Ministri" previsti dall'art. 7, L. cost. 16 gennaio 1989, n. 1– concernenti reati che si assumono commessi dai menzionati soggetti proprio nell'esercizio delle funzioni ministeriali e subordinati –a secondo dei casi– all'autorizzazione del Senato oppure a quella della Camera.

In particolare, per quanto riguardava il Presidente del Consiglio, era espressamente indicato come causa impediente «[...] l'esercizio di una delle attribuzioni previste [...] dagli articoli 5, 6 e 12 della L. 23 agosto 1988, n. 400, e

DAL PARLAMENTO

successive modificazioni, dagli articoli 2, 3 e 4 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 303, e successive modificazioni, e dal regolamento interno del Consiglio dei Ministri, di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 novembre 1993, [...] e successive modificazioni [...]» (art 1, co. 1, Legge n. 51 del 2010).

Ora, se si consideravano analiticamente queste disposizioni, era evidente la estrema vastità delle ipotesi considerate; nè tale nutrito elenco esauriva l'area delle funzioni il cui esercizio era suscettibile di costituire impedimento alla presentazione in udienza penale e -quindi- ragione di corrispondente rinvio. Invero, per espressa previsione del medesimo art 1, co. 1, Legge n. 51 del 2010 rilevavano, al medesimo effetto, in genere, tutte le altre "attribuzioni presidenziali previste dalle leggi o dai regolamenti", nonché le "relative attività preparatorie e consequenziali". In breve, l'area delle fattispecie tali da autorizzare l'astensione del ministro-imputato dalla partecipazione al processo, imponendone la sospensione, si caratterizzava per un'indeterminatezza di confini tale da vanificare ogni aspettativa di tassatività. Senza considerare che al quarto comma dell'art. 1, Legge n. 51 del 2010 si disponeva che «ove la Presidenza del Consiglio dei ministri attesti che l'impedimento è continuativo e correlato allo svolgimento delle funzioni di cui alla legge medesima, il giudice rinvia il processo a udienza successiva al periodo indicato [...]».

Così, al ministro che si reputava "troppo occupato" per poter partecipare al processo instaurato nei suoi confronti bastava esibire una "autocertificazione" (od una certificazione redatta dallo stesso Presidente del Consiglio che ne ha proposto la nomina) attestante il suo impegno concorrente per ottenere, solo che lo richiedesse, l'aggiornamento ad altra udienza del processo penale pendente nei suoi confronti. Né -una volta prodotta una simile documentazione- al giudice era più consentito alcun sindacato: né quello sulla sussistenza dell'impedimento, né quello sull'effettività della sua portata impossibilitante.

Dunque, non era difficile pronosticare una pronuncia di incostituzionalità della legge del 2010, soprattutto in considerazione delle motivazioni -già ampiamente esposte- e contenute nella sentenza n. 262 del 2009.

7. La sentenza della Corte Costituzionale n. 23 del 2011 ed il referendum del 12 e 13 giugno 2011.

E così è stato. Con la sentenza n. 23 del 26 gennaio 2011, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 3 e 4 dell'art. 1 della Legge n. 51 del 2010 per contrasto con gli artt. 3 e 138 Cost.

La lettura dell'articolata sentenza con cui è stata in parte bocciata la disciplina delineata dall'art. 1, della Legge n. 51 del 2010 permette di formulare delle osservazioni che, in estrema sintesi, si lasciano cogliere sotto un duplice profilo; da un lato la previsione di uno *jus singulare*, che si configura come prerogativa in favore del titolare della carica, necessita di copertura costituzionale; dall'altro, nella valutazione dell'impedimento a comparire addotto dal Presidente del Consiglio dei Ministri si applica la disciplina ordinaria, prevista dal codice di rito, in modo da contemperare i diversi beni in gioco, in un (auspicato e auspicabile) clima di leale collaborazione tra i poteri.

Al centro delle ordinanze di rimessione dei giudici milanesi, e della stessa decisione della Corte, vi era la questione della natura stessa della disciplina legislativa, con particolare riferimento ai poteri di valutazione del giudice procedente: legittima specificazione di una già vigente disciplina processuale generale (art. 420 *ter* c.p.p.), o autonoma e innovativa forma di tutela dell'esercizio delle funzioni di governo, vera e propria prerogativa costituzionale? Nel primo caso, come noto, la disciplina sarebbe potuta risultare pienamente legittima; nel secondo, invece, no, soprattutto alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale in materia, la quale ha chiarito come, in ambito di prerogative costituzionali, sia necessario intervenire attivando il procedimento aggravato, ex art. 138 Cost. (cfr. Corte cost. n. 24 del 2004 e n. 262 del 2009).

È ora possibile esaminare, sia pur per brevi cenni, il costruito motivazionale della sentenza del 2011. Chiamata a scrutinare, sotto molteplici profili, la disciplina introdotta dalla Legge n. 51 del 2010, la Consulta si è ricollegata alla propria giurisprudenza, elaborata in occasione sia dei "lodi" precedenti²⁵, sia della risoluzione di conflitti di attribuzione proposti dalla Camera dei deputati nei confronti dell'autorità giudiziaria e riguardanti il mancato riconoscimento, da parte di quest'ultima, di legittimi impedimenti dell'imputato consistenti nella partecipazione ai lavori parlamentari²⁶.

Entrando in *media res*, la Corte costituzionale è intervenuta sulla *vexata quaestio* attuando un necessario bilanciamento tra esercizio della giurisdizione (con conseguente speditezza del processo) e tutela dell'esercizio delle funzioni costituzionali di governo. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, nessuna delle due esigenze può sacrificare totalmente l'altra, anche alla luce del doveroso rispetto del principio di leale collaborazione; dunque, «per un verso, il

²⁵ Si fa riferimento ai lodi Schifani ed Alfano, rispettivamente bocciati dalle sentenze n. 24 del 2004 e n. 262 del 2009.

²⁶ Cfr. Corte cost. n. 451 del 2005, n. 284 del 2004, n. 263 del 2003, n. 225 del 2001.

DAL PARLAMENTO

giudice deve definire il calendario delle udienze tenendo conto degli impegni del Presidente del consiglio dei ministri riconducibili ad attribuzioni coesenziali alla funzione di governo e in concreto assolutamente indifferibili. Per altro verso, il Presidente del Consiglio dei ministri deve programmare i propri impegni, tenendo conto, nel rispetto della funzione giurisdizionale, dell'interesse alla speditezza del processo che lo riguarda e riservando a tale scopo spazio adeguato nella propria agenda».

Siffatta ricostruzione rende indispensabile che il giudice sia lasciato libero di valutare, volta per volta ed in concreto, se l'impedimento attestato per la partecipazione alla specifica udienza sia non solo legittimo, ma assoluto ai sensi della disciplina generale prevista dall'art. 420 *ter* c.p.p. Al contrario, una disciplina che prevedesse un generale ed automatico obbligo di rinvio da parte del giudice senza alcun margine di valutazione, determinerebbe una evidente violazione della Costituzione, in virtù della costruzione di una vera e propria prerogativa, derogatoria del regime processuale comune e approvata con legge ordinaria (in spregio proprio degli artt. 3 e 138 Cost.).

Posto che la disciplina racchiusa nell'art. 1 della Legge n. 51 del 2010 non presentava un carattere unitario, la Corte ha perciò vagliato i singoli commi, che regolano aspetti differenti.

In ordine al comma 1, che elenca le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri costituenti legittimo impedimento, la Corte ha ritenuto la questione non fondata, a condizione che la disposizione sia ricondotta «nel solco della disciplina comune, interpretandola in conformità con l'istituto processuale generale di cui è espressione l'art. 420 *ter* c.p.p.». Il che significa che la disciplina censurata identifica alcune ipotesi tassativamente circoscritte di impedimento del Presidente del Consiglio dei ministri, ma non contempla «una presunzione assoluta di legittimo impedimento riferita ad una serie ampia e indeterminata di funzioni, in definitiva coincidenti con l'intera attività del titolare della carica governativa».

In altri termini, la legittimità dell'impedimento si ricollega ad impegni, connessi allo svolgimento della carica, che siano indicati in maniera precisa e puntuale.

Quando, dunque, il giudice potrà ritenere l'impedimento illegittimo? Lo dice espressamente la Corte: in presenza di «impegni politici non qualificati, cioè non riconducibili ad attribuzioni coesenziali alla funzione di governo, pur previste da leggi o regolamenti». Per contro, l'impedimento è legittimo «ove venga addotto un impedimento riconducibile a tale tipologia di attribuzioni, il giudice non potrà disconoscerne il rilievo in astratto, fermo restando il suo

potere, non sottrattogli dalla disposizione in esame, di valutare in concreto lo specifico impedimento addotto».

Pertanto, una valutazione -caso per caso- posta in essere dal giudice procedente, non solo (e non tanto) della astratta concomitanza dell'udienza con un generale impegno di governo, quanto della concreta sovrapposizione con attività strettamente coesenziali ad uno specifico impegno istituzionale connesso alla funzione di governo, che l'imputato dovrà puntualmente e specificamente indicare, anche in relazione ad eventuali attività di carattere "preparatorio o consequenziale".

La scure della Corte si è invece abbattuta sul comma 3, che regola i poteri del giudice in ordine all'accertamento del legittimo impedimento, e sul comma 4 dell'art. 1 della Legge n. 51 del 2010, che disciplina l'ipotesi di impedimento continuativo e attestato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri.

Il comma 3 prevedeva, infatti, una deroga rispetto alla disciplina ordinaria dettata dall'art. 420-ter, co. 1, c.p.p., perché impediva al giudice di «valutare in concreto non solo la sussistenza in fatto dell'impedimento, ma anche il carattere assoluto e attuale dello stesso»; così facendo si introduceva una disciplina derogatoria, priva della necessaria copertura costituzionale.

Parimenti, il comma 4, nel prevedere una peculiare figura di legittimo impedimento consistente nell'esercizio di funzioni di governo, connotata dalla continuità dell'impedimento stesso e dalla attestazione di esso da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri, rappresentava «una alterazione, e non già una integrazione o applicazione, della disciplina dell'istituto generale di cui all'art. 420 ter c.p.p.». Si trattava, perciò, di una disposizione derogatoria del regime processuale comune, che, anche in questo caso, delineava una prerogativa in favore del titolare della carica, in contrasto con gli artt. 3 e 138 Cost. Senza considerare che l'attestazione risultava affidata ad una struttura organizzativa di cui si avvale, in ragione della propria carica, lo stesso soggetto che deduce l'impedimento in questione.

Per evitare che si giunga a un pericoloso braccio di ferro tra giudici e Presidente del Consiglio dei ministri, la Corte ha indicato la via maestra, ossia un atteggiamento di "leale collaborazione", che «deve esplicarsi mediante soluzioni procedurali, ispirate al coordinamento dei rispettivi calendari». Ancora una volta, la Corte, si è contraddistinta per aver fornito sagge e opportune indicazioni mediando tra le parti in conflitto: «per un verso, il giudice deve definire il calendario delle udienze tenendo conto degli impegni del Presidente del Consiglio dei ministri riconducibili ad attribuzioni coesenziali alla fun-

DAL PARLAMENTO

zione di governo e in concreto assolutamente indifferibili. Per altro verso, il Presidente del Consiglio dei ministri deve programmare i propri impegni, tenendo conto, nel rispetto della funzione giurisdizionale, dell'interesse alla speditezza del processo che lo riguarda e riservando a tale scopo spazio adeguato nella propria agenda».

Ciò nonostante, si profila all'orizzonte l'insorgere di una nuova serie di conflitti di attribuzione tra Governo e autorità giudiziaria. Di fronte al mancato riconoscimento, come legittimo e assoluto perché coesenziale alle funzioni di governo, di un impedimento a comparire in udienza attestato dal Presidente del consiglio o da un Ministro in qualità di imputati, potrà infatti essere sollevato conflitto di attribuzione, rimettendo in ultimo alla Consulta il delicato compito di individuare in cosa consista la già citata "coesenzialità" di un impegno rispetto all'esercizio delle funzioni di governo. In questo modo, si potrebbe addirittura profilare una continua moltiplicazione dei possibili conflitti di attribuzione, con il rischio di un'eccessiva esposizione del Giudice costituzionale sul piano più prettamente politico e un conseguente snaturamento del suo delicato ruolo di garanzia.

Ma la sentenza della Consulta non ha messo fine alle questioni relative alla Legge n. 51 del 2010. Invero, non appena approvata la legge, è stata immediatamente promossa la richiesta di sottoporre a referendum popolare abrogativo l'intero testo del provvedimento.

Così, all'esito della consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011, le residue disposizioni della legge sul legittimo impedimento sono state abrogate.