

**Dopo la sentenza sul legittimo impedimento:
la ricerca di un punto di equilibrio**

di Glauco Nori*
(9 febbraio 2011)

1 - Con la sentenza della Corte costituzionale n.23/2011, che ha dichiarato parzialmente illegittima la legge n.51/2010, si può considerare conclusa la vicenda in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato, iniziata con la legge n.140/2003 (art.1, comma 2), dichiarata illegittima con la sentenza n. 24/2004.

In quest'ultima la Corte non aveva preso in esame se, per la natura della materia, fosse necessaria una legge costituzionale, questione tra quelle dichiarate assorbite.

E' ormai un principio, applicato anche dalla Corte costituzionale, che il giudice non è tenuto a seguire l'ordine logico delle questioni o quello proposto dalle parti. Esigenze di economia processuale possono indurre ad affrontare per prima la questione di soluzione più rapida, che esaurisce il giudizio.

Il silenzio della sentenza su di una questione assorbita non poteva significare che la Corte avesse escluso implicitamente la necessità di una legge costituzionale in quanto questione logicamente preliminare

La Corte era chiamata a giudicare su una legge ordinaria. Una volta accertato che violava l'art.3 Cost., diventava inutile ogni indagine ulteriore.

Se avesse affrontato la questione ed avesse ritenuto necessaria la legge costituzionale, si sarebbe dovuta porre anche un'altra domanda: se la violazione o, meglio, la deroga dell'art.3, in quanto principio fondamentale della Costituzione, fosse consentita ad una legge costituzionale, che, secondo quanto la Corte ha rilevato più di una volta, non può essere in contrasto con principi di quella natura.

L'esame avrebbe potuto avere solo la funzione di un avvertimento al legislatore, sia costituzionale che ordinario.

Al silenzio, pertanto, non si poteva dare significato positivo.

Raggruppate le sospensioni già previste per il processo penale dalla legislazione ordinaria, la Corte ha rilevato che non costituivano un numero chiuso e che il legislatore avrebbe potuto stabilirne altre per esigenze extraprocessuali, salvo ad identificarne i presupposti e le finalità.

Il bene tutelato dalla legge contestata, secondo la Corte, andava visto "nell'assicurazione del sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche".

Questa conclusione comportava qualche difficoltà di coordinamento con la premessa che "la situazione cui si riconnette la sospensione disposta dalla norma censurata è costituita dalla coincidenza delle condizioni di imputato e di titolare di una delle cinque più alte cariche dello Stato".

Gli interessi apprezzabili erano due: il sereno esercizio delle funzioni ed il diritto di difesa, la cui tutela contemporanea la legge intendeva assicurare.

Né era scontato che la prevalenza fosse della funzione di governo una volta che del diritto di difesa la tutela era attuata spostando nel tempo le condizioni che ne richiedevano l'esercizio.

Piuttosto che stabilire la prevalenza tra di essi, che non risultava indispensabile per come le questioni erano state proposte, sarebbe stato forse utile verificare se, essendo entrambi gli interessi costituzionalmente garantiti, ci fosse un mezzo diverso per tutelarli adeguatamente nello stesso tempo.

Premesso che la normativa censurata creava un regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione, la Corte è passata ad esaminare se "il rilievo che l'ordinamento

attribuisce ai valori rispetto ai quali la connotazione di diversità può venire in considerazione” comportasse la violazione dell’art.3 Cost.

La violazione dell’art.3 è stata vista nel trattamento differenziato “sotto il profilo della parità riguardo ai principi fondamentali della giurisdizione” dei Presidenti della Camere, del Consiglio dei ministri e della Corte costituzionale “rispetto agli altri componenti degli organi da loro presieduti”.

Dalla sentenza non si poteva dedurre che l’art.3 non sarebbe stato violato se lo stesso trattamento fosse esteso ai membri della Camere ed i componenti del Consiglio dei ministri (i giudici della Corte costituzionale possono essere trascurati per quanto osservato dalla Corte in proposito).

Sempre per economia processuale la Corte avrebbe potuto limitarsi all’esame della posizione dei membri delle Camere e del Consiglio dei ministri perché da sola sufficiente a considerare violato l’art.3 Cost. Le questioni ulteriori, in quanto assorbite, non si potevano ritenere risolte.

2 - Con la legge n.124/2008, secondo certe fonti, si sarebbe tornati a disciplinare la materia attenendosi ai principi desumibili dalla sentenza appena esaminata.

Le questioni di legittimità costituzionale, che sono insorte, forse anche per questo sono state più complesse e più elaborata è stata la motivazione della sentenza n.263/2009.

La motivazione suscita qualche perplessità su di un punto, che, peraltro, non ha inciso sulla decisione.

E’ stato dichiarato violato anche l’art.138 Cost., che, come noto, disciplina il procedimento legislativo costituzionale.

Può, pertanto, essere violato se nella formazione di una legge costituzionale non se ne rispetta il procedimento, ma non se si è adottata una legge ordinaria, invece che costituzionale.

L’art.138 non dice quando è necessaria la legge costituzionale, ma come vada fatta se si ritiene necessaria.

Se la legge costituzionale sia necessaria o non, si ricava solo dalla materia interessata in quanto disciplinata da una norma o da un principio costituzionale sostantivo.

Anche la Corte sembrerebbe d’accordo quando ha classificato “di carattere generico e formale” la contestazione sollevata, rilevando che il Tribunale remittente aveva prospettato “una questione specifica e di carattere sostanziale”.

Stando alle conclusioni tratte dalla Corte in ogni caso in cui una norma di legge fosse dichiarata costituzionalmente illegittima sarebbe violato anche l’art.138 Cost., che verrebbe ad essere una norma quasi a violazione necessaria.

La questione, come la stessa Corte ha rilevato, è di ordine formale, ma le formalità in materia costituzionale non sembrano trascurabili anche se, nel singolo caso, non hanno condizionato la sentenza.

3 - Una premessa va fatta per evitare gli equivoci, che potrebbero essere provocati da alcuni incisi della motivazione della sentenza.

La distinzione tra reati funzionali ed extrafunzionali e tra reati commessi prima o dopo l’assunzione della carica, o addirittura prima della entrata in vigore della legge, non poteva avere rilievo.

La legge ha preso in considerazione non la natura delle contestazioni, ma la pendenza di un procedimento che di per se stessa, qualunque sia l’imputazione, richiede che l’imputato si dedichi alla sua difesa.

Agli interessati non si attribuiva un trattamento differenziato circa la responsabilità penale, che non era alleggerita sotto alcun profilo, e circa il giudice, che rimaneva sempre quello competente secondo la normativa ordinaria.

Poiché tra funzioni di governo ed esigenze di difesa poteva sorgere incompatibilità la legge predisponesse un mezzo processuale perché nessuno dei due restasse pregiudicato. Solo la durata del procedimento subiva un pregiudizio attraverso un allungamento, pregiudizio da mettere eventualmente a raffronto con la necessità di tutelare due interessi, entrambi garantiti dalla Costituzione, quando fossero entrati in conflitto perché il titolare di una delle cariche protette era contemporaneamente imputato.

La stessa Corte in più di un'occasione ha ritenuto che sia compito del legislatore ordinario rendere effettiva la tutela giurisdizionale di un interesse, protetto costituzionalmente, quando sia esposta a rischi per fatti contingenti.

L'argomento di partenza della motivazione è che il beneficio dato dalla legge va riportato tra le prerogative, che debbono avere copertura costituzionale.

Secondo la Corte le prerogative "presentano la duplice caratteristica di essere dirette a garantire l'esercizio delle funzioni di organi costituzionali e di derogare al regime giurisdizionale comune. Si tratta, dunque, di istituti che configurano particolari *status* protettivi dei componenti degli organi; istituti che, sono, al tempo stesso, fisiologici al funzionamento dello Stato e derogatori rispetto al principio di uguaglianza tra i cittadini". Possono essere sostanziali (insindacabilità, immunità sostanziali, inviolabilità) o immunità meramente processuali (quali fori speciali, condizioni di procedibilità o altro meccanismo processuale di favore), e possono riguardare sia gli atti propri della funzioni che quelli estranei.

Che potesse essere portata a rango di prerogativa la sola sospensione del procedimento che, senza nessun altro beneficio sostanziale o processuale, si sarebbe comunque svolto davanti al giudice competente e seguendo il procedimento secondo il codice di procedura penale, era stato posto in dubbio.

La Corte ha risposto classificando come immunità ogni "altro meccanismo processuale di favore", senza indicazioni circa la sua portata e circa l'entità della deroga all'ordine costituzionale.

Qualche precisazione ulteriore sarebbe stata utile per evitare che potesse essere considerata prerogativa anche la disciplina differenziata dei luoghi in cui i titolari delle più alte cariche dello Stato possono essere ascoltati (art.205 c.p.p.), che non è stata ritenuta tale dalla sentenza n.24/2004, in quanto incidente su "un aspetto secondario dell'esercizio della giurisdizione".

La Corte ha sostenuto il suo giudizio anche con alcuni richiami normativi.

L'art.68 Cost. prevede prerogative sia sostanziali che processuali, ma con effetti sostanziali rilevanti. Ugualmente effetti solo sostanziali, nella forma dell'irresponsabilità, produce l'art. 90 in favore del Presidente della Repubblica e sostanziali sono anche quelli previsti nell'art.96 per il Presidente del Consiglio dei ministri e per i ministri.

Benefici sostanziali si trovano esaminati nelle sentenze richiamate. Essi creerebbero quello che la Corte ha definito come *status* per i destinatari.

E' bene richiamare l'attenzione sul fatto che le deroghe sono riferite alla giurisdizione in generale, non riferite ad una categoria distinta di soggetti.

Tutti questi benefici hanno un tratto comune. In misura diversa sottraggono l'interessato alla giurisdizione, escludendone la responsabilità penale o impedendo che il procedimento sia intrapreso.

La legge n.124/2008, lasciando impregiudicata la responsabilità penale, attraverso la sospensione produceva solo una maggiore durata del processo.

La natura esclusivamente processuale della norma non è stata considerata rilevante. "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 che non è consentito al legislatore ordinario alterare né *in peius* né *in melius*".

In questa descrizione del sistema, peraltro, non si trova la risposta al perché ogni "altro meccanismo processuale di favore" fosse prerogativa.

L'esercizio delle funzioni di governo e la difesa in giudizio sono entrambi garantiti dalla Costituzione senza condizioni. Se l'Autorità di governo si fosse trovata sottoposta ad un procedimento penale, la legge intendeva rendere possibile la tutela di entrambi.

Come già si è ricordato, evitare che un interesse, garantito costituzionalmente, corra il rischio di essere pregiudicato in situazioni contingenti è compito che può svolgere il legislatore ordinario.

La questione sembra superata dalla Corte attraverso la premessa che l'obiettivo della norma era la tutela delle sole funzioni di governo, che, pertanto, ha ritenuto non più comparabili con l'altro interesse.

Il legislatore avrebbe potuto fare una scelta diversa? Anche questa domanda era stata posta alla Corte.

La sospensione del giudizio consente il pieno esercizio del diritto di difesa, ritardando la funzione giurisdizionale, con pregiudizio solo alla durata del processo. Non sarebbe stato, invece, possibile, senza danni ben maggiori, sospendere le funzioni di governo.

La Corte l'ha ritenuta superata probabilmente per la stessa ragione, vale a dire perché l'interesse da tenere in considerazione era soltanto uno.

La sentenza risulta innovativa, anche se parzialmente, perché ha portato tra le prerogative tradizionali, soggette a disciplina esclusivamente costituzionale, ogni "meccanismo processuale di favore", consistente in "deroghe alle formalità ordinarie", qualunque ne sia l'incidenza sul principio di uguaglianza.

4 - Una volta che la legge impugnata era stata ritenuta illegittima per ragione di materia, la motivazione si sarebbe potuta arrestare. La Corte questa volta non ha voluto lasciare questioni assorbite ed ha esaminato anche quella, sollevata dai giudici remittenti, della violazione del principio di uguaglianza.

La Corte ha ritenuto irragionevole la disciplina di favore predisposta dalla legge sotto profili diversi.

Non sembra decisiva l'osservazione che la sospensione era applicabile ai processi instaurati "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 natura dei reati avrebbe potuto avere rilievo per le immunità di ordine sostanziale. Il diritto di difesa va, invece, garantito in ogni procedimento, qualunque sia il reato ed il tempo della sua commissione perché è la contemporaneità del processo che provocava il rischio, al quale la legge aveva voluto rimediare.

Per individuarne la *ratio* la Corte ha richiamato, insieme alla sua sentenza precedente, la relazione al disegno di legge. Sennonché – la Corte lo ha rilevato più di una volta – la *ratio* di una legge va vista non necessariamente nell'obiettivo indicato dall'organo proponente, ma nella funzione che svolge e negli interessi tutelati.

E' questa, peraltro, una osservazione solo di principio perché non è su quella affermazione che si fonda la sentenza.

L'art.3 Cost., secondo la Corte, sarebbe stato violato una prima volta concedendo il beneficio solo ai Presidenti delle Camere e del Governo e non a tutti i componenti.

Per il Governo, in particolare, la Corte ha rilevato che compete "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.)."

Quest'ultimo richiamo non risulta chiaro perché il primo comma dell'art.95 attribuisce al Presidente del Consiglio dei ministri il compito di mantenere l'unità di indirizzo politico ed

amministrativo, ma prima ancora quello di dirigere la politica generale del Governo, della quale è dichiarato responsabile.

La Corte non ha nemmeno preso in considerazioni le funzioni, attribuito dall'ordinamento dell'Unione europea, che oggi il Presidente del Consiglio è chiamato a svolgere a titolo individuale, in particolare in seno al Consiglio Europeo.

La sentenza in proposito ha ribadito il principio tradizionale che il Presidente del Consiglio è *primus inter pares*.

Questa prima argomentazione non significa che per la Corte, se lo stesso trattamento fosse stato esteso a tutti i componenti degli organi collegiali interessati, l'art.3 non sarebbe stato ugualmente violato.

La violazione dell'art.3 era stata già riscontrata "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 e spirituale della società (art.4, secondo comma, Cost.)".

Il Presidente del Consiglio, anche se *primus inter pares*, svolge, dunque, funzioni da ritenere "parimenti impegnative", almeno a questo proposito, come quelle di tutti i titolari di altre cariche pubbliche o dei singoli cittadini.

L'argomento, non a caso posto all'inizio della seconda parte della motivazione, ha forse avuto per la Corte la funzione di premessa di ordine generale, sulla quale inserire poi gli argomenti successivi, costituenti la vera motivazione della sentenza.

5 - Secondo la sentenza n.23/2011 "è rilevante, ai fini della verifica della legittimità costituzionale della disciplina censurata, stabilire se quest'ultima, a prescindere dal suo carattere temporaneo, rappresenti una deroga al regime processuale comune, che è in particolare quello previsto dall'art.420-ter cod. proc. pen. violando il principio della uguale sottoposizione dei cittadini alla giurisdizione e ponendosi, quindi, in contrasto con gli art.3 e 138 Cost. La disciplina oggetto di censura sarà dunque da ritenersi illegittima, ma se, e nella misura in cui, alteri i tratti essenziali del regime processuale comune".

Da mettere a raffronto non erano, dunque, la posizione del Presidente del Consiglio dei ministri ed i singoli ministri (la legge aveva esteso anche a questi gli stessi benefici) e nemmeno i soggetti investiti da funzioni pubbliche, ma ogni persona fisica (nella sentenza sono chiamati *cittadini*, ma è evidente che il termine è stato adottato per comodità espositiva perché alla cittadinanza non è dato alcun rilievo).

La Corte ha ritenuto illegittimo il comma 3 della legge n.51/2010 perché gli accertamenti che consentiva "non esauriscono lo spettro dei poteri di valutazione dell'impedimento, che sono esercitati dal giudice in base alla disciplina generale di cui all'art.420-ter, comma 1, cod. proc. pen. Secondo tale disciplina, infatti, spetta al giudice, ai fini del rinvio dell'udienza, valutare in concreto non solo la sussistenza in fatto dell'impedimento, ma anche il carattere assoluto e attuale dello stesso... La mancanza di tale elemento, pertanto, attribuisce all'art.1, comma 3, della legge n.51 del 2010 un carattere derogatorio rispetto al diritto comune. Per i motivi già chiariti, ciò si traduce in un vizio di costituzionalità di tale disposizione, che deve essere pertanto dichiarata illegittima nella parte in cui non prevede siffatto potere di valutazione in concreto dell'impedimento".

La Corte, richiamando la norma generale dell'art.420-ter, ha ritenuto che la posizione del Presidente del Consiglio andasse messa a raffronto con quella di ogni persona fisica e non soltanto con quella dei ministri o dei componenti del Parlamento, così estendendo la sfera dell'indagine sull'uguaglianza, resa necessaria dalla nuova legge.

Non vi si può vedere una incoerenza con la sentenza precedente che, valutando la sola disuguaglianza tra ministri e il Presidente del Consiglio, aveva visto la violazione dell'art. 3 già nella esclusione dei primi dal beneficio in contestazione.

E' stata lasciata, peraltro, irrisolta una questione, che suscitava anche la sentenza precedente.

La Corte ha ribadito che era coinvolto il principio della divisione dei poteri, che "non è ... violato dalla previsione del potere del giudice di valutare in concreto l'impedimento, ma, eventualmente, soltanto dal suo cattivo esercizio, che deve rispondere al canone della collaborazione".

Questa enunciazione finale si raccorda con quella di poco precedente, secondo la quale "quando il giudice valuta in concreto, in base alle ordinarie regole del processo, l'impedimento consistente nell'esercizio delle funzioni governative, si mantiene entro i confini della funzione giurisdizionale e non esercita un sindacato di merito sull'attività del potere esecutivo, né, più in generale, invade la sfera di competenza di altro potere dello Stato".

Nella sentenza n.262/2009 era stato già rilevato che la normativa in materia di prerogative è rivolta a realizzare "un delicato ed essenziale equilibrio tra i diversi poteri dello Stato, potendo incidere sulla funzione politica dei diversi organi".

Nel rimettere l'attuazione di questo equilibrio, ai sensi dell'art.420-ter, ad uno dei poteri interessati ed in particolare all'organo procedente, sarebbe stato utile chiarire come questa soluzione si accordasse con la divisione dei poteri.

Giudicando del comma 4 dell'art.1 della legge, si è ritenuta insufficiente l'attestazione generica della Presidenza del Consiglio dei ministri "dal momento che l'attestazione risulta affidata ad una struttura organizzativa di cui si avvale, in ragione della propria carica, lo stesso soggetto che deduce l'impedimento in questione".

Ci si sarebbe dovuto domandare, di conseguenza, se la fissazione del punto di equilibrio tra i due poteri potesse essere rimessa alla decisione di uno di essi, e proprio dell'organo procedente. Non era in contestazione se la giurisdizione fosse stata esercitata correttamente, questione per la quale sarebbe stata esauriente la motivazione già riportata, ma se alla funzione giurisdizionale potesse essere affidato il compito di individuare i suoi limiti nei confronti di un altro potere.

In pratica, quanto era precluso alla legge ordinaria, veniva demandato ad una ordinanza del giudice procedente.

Secondo la Corte, trattandosi di rapporti tra poteri, entrambi debbono attenersi al canone della leale collaborazione. Se una circostanza dedotta per il rinvio non fosse riconosciuta utile dal giudice penale, le eventuali contestazioni sulla violazione della leale collaborazione dovrebbero, pertanto, essere risolte dalla Corte costituzionale attraverso un ricorso per conflitto di attribuzioni. Ma sarebbe sempre su iniziativa del Governo e per impugnare un provvedimento giurisdizionale.

Il mezzo sarebbe stato lo stesso se fosse stata impugnabile l'attestazione della Presidenza del Consiglio, questa volta su iniziativa dell'organo giurisdizionale.

Nella sentenza non è spiegato perché sia stata scelta la prima delle soluzioni, con la quale si è data una posizione prevalente ad uno dei due poteri in conflitto.

Se la scelta fosse stata motivata, la Corte probabilmente si sarebbe dovuta domandare se fosse costituzionalmente legittima l'applicazione dell'art.420-ter, c.p.p. nel caso esaminato, legittimità che la sentenza ha dato per scontata, ma che poteva non risultare del tutto chiara.

"... quando il giudice valuta in concreto, in base alle ordinarie regole del processo, l'impedimento consistente nell'esercizio di funzioni governative, si mantiene entro i confini

della funzione giurisdizionale e non esercita un sindacato di merito sull'attività del potere esecutivo, né, più in generale, invade la sfera di competenza di altro potere dello Stato".

Mantenersi *all'interno* della funzione giurisdizionale significa, secondo la Corte, applicare le *ordinarie* regole del processo. Se la funzione giurisdizionale sia stata esercitata secondo le sue regole *interne*, presuppone che si sia accertato che si era mantenuta nell'area assegnata dalla Costituzione.

Secondo i principi ogni giudice giudica, oltre che della sua competenza, anche della sua giurisdizione, ma nei confronti di altri giudici, quindi all'interno della stessa funzione. Non è scontato che possa giudicare anche dell'estensione del suo *potere* giurisdizionale quando il contrasto è con un altro *potere* di uguale rilievo costituzionale.

Nella prospettiva della sentenza il ricorso per conflitto di attribuzione potrà essere proposto solo dopo una decisione dell'autorità giurisdizionale. Si sarebbe potuto arrivare allo stesso risultato salvaguardando la posizione di parità delle parti.

Se alla Corte si dovesse rivolgere direttamente il giudice precedente, che escludesse la ricorrenza di un impedimento valido in quello prospettato dal Governo, entrambi i poteri manifesterebbero la loro visione diversa su di un piano di parità senza l'esercizio preventivo del proprio potere con effetti nei confronti dell'altro.

Il conflitto, alle condizioni indicate dalla Corte, determina anche un allungamento dei tempi per la soluzione delle contestazioni, allungamento che la stessa Corte, con la sentenza n.262/2009, ha tenuto presente nel giudicare della legittimità costituzionale della legge n.124/2008.

* Avvocato dello Stato - g.nori@univpm.it