

Il diritto costituzionale alla difesa tra funzione di governo ed esercizio dell'azione penale

di Giuseppe Lauricella *
(21 febbraio 2011)

1. Premessa.

Il diritto di difesa è esigenza fondamentale per ogni individuo che in un ordinamento democratico fondato sulla Costituzione si eleva a valore preminente.

L'uomo – se visto attraverso il pensiero kantiano – è il fine al quale tende tutto il sistema di valori e principi costituzionali, che prevedono gli strumenti ed i mezzi per garantire l'uguaglianza, la libertà e la presunzione di innocenza, la sicurezza.

Ciò vale per ogni individuo, al quale, secondo l'art. 2 della Costituzione, “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili (...), sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità”.

Così come è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che, “limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana” (art. 3, comma 2, Cost.).

Il diritto di difendere i propri diritti ed interessi legittimi è un diritto inviolabile, al pari del diritto di libertà.

Tutti possono agire per la difesa dei propri diritti e interessi legittimi, a prescindere dalla propria condizione.

Ma hanno tutti la stessa capacità di difendersi? E, per altro verso, chi esercita l'azione penale ha la stessa condizione nei confronti di tutti, indistintamente? Può il principio di uguaglianza continuare ad avere efficacia e ad essere osservato pur nella previsione di guarentigie assicurate a specifiche figure istituzionali per il ruolo che svolgono?

Le recenti, ed anche meno recenti, iniziative legislative di governo (lodo Schifani, lodo Alfano, legittimo impedimento, per dirne alcune) hanno risvegliato l'attenzione nei confronti di una evocata “esigenza”, sopita con l'abrogazione (nel 1993) dell'autorizzazione a procedere nei confronti dei membri del Parlamento nazionale.

La Corte costituzionale, chiamata a giudicarne la legittimità costituzionale, ha, sostanzialmente ammesso l'esigenza nel segno del “sereno svolgimento dell'attività di governo”, riaprendo, di fatto, il dibattito sulla legittimità, o meno, di una possibile specifica guarentigia per chi svolge determinate funzioni, costituzionalmente riconosciute e rilevanti.

Quel che assurge a novità è l'aver concepito per legge ordinaria l'applicabilità delle guarentigie anche nell'ipotesi di reati commessi al di fuori dell'esercizio della funzione di governo.

È evidente che, in ipotesi come queste, anche l'esercizio dell'azione penale subisce delle limitazioni, cedendo di fronte ad un'esigenza ritenuta prevalente. L'intervento della Corte costituzionale ha scongiurato, almeno fino ad oggi, forzature, senza però chiudere all'idea che in ordine ad organi che svolgono determinate funzioni rilevanti costituzionalmente, possono essere previste delle guarentigie attraverso il procedimento aggravato di cui all'art. 138 della Costituzione.

Sembra quasi, allora, che il diritto di difesa "istituzionale" sia più ampio del diritto di difesa "individuale".

Pertanto, dopo aver, brevemente, analizzato il diritto di difesa sul piano generale, si cercherà di valutare il senso delle ultime riforme in ordine alle Alte cariche dello Stato e la posizione giurisdizionale assunta dalla Consulta, per comprendere se non sia giunto il momento di ripensare a forme di garanzia che possano portare un riequilibrio tra i poteri dello Stato.

2. Il diritto di difesa costituzionalmente garantito.

L'art. 24 della Costituzione è inserito nella Parte I, dedicata ai "diritti e doveri dei cittadini" ed ai "rapporti civili", compresa tra l'art. 13 e l'art. 28 della Costituzione.

Dunque, l'art. 24 della Costituzione ed il diritto che afferma si trovano accanto a tutte le varie forme di libertà, che costituiscono il fondamento e i valori garantiti dell'ordinamento democratico: il diritto di difesa come diritto inviolabile costituzionalmente garantito¹.

Il primo comma dell'art. 24 della Costituzione afferma che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

Si tratta di una norma che – diversamente da quanto si riscontra in altri articoli della Carta fondamentale – si rivolge a "tutti" e non solo ai "cittadini", estendendo, in tal modo, la garanzia a qualunque soggetto – pubblico o privato - che dovesse entrare in rapporto con il nostro ordinamento e che possa vantare una posizione giuridica di vantaggio verso altri soggetti privati o verso la Pubblica amministrazione, per far valere un proprio diritto (soggettivo) o interesse legittimo².

È la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 18 del 1992, sottolinea come il diritto alla tutela giurisdizionale vada considerato tra "i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intrinsecamente connesso – con lo stesso principio democratico – l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio".

Conseguentemente, ogni norma che tentasse di eludere (o, addirittura, eliminare) la possibilità di agire in giudizio, senza prevedere, in ogni caso, la

¹ Nella sentenza n. 98/1984, la Corte costituzionale attribuisce all'art. 24 Cost. "valore preminente, essendo il diritto di difesa inserito nel quadro dei diritti inviolabili della persona" e, di conseguenza, "esso non potrebbe essere sacrificato in vista di altre esigenze, come quella della speditezza del processo".

² Cfr., PIZZORUSSO, voce *Garanzia costituzionale dell'azione*, in *D. disc. priv.*, 1992, p. 610. Inoltre, vedi sentenza della Corte cost. n. 114/2004.

facoltatività della scelta procedurale, potrebbe di per sé violare il principio costituzionale alla difesa, attesa la sua rilevanza sul piano della garanzia costituzionale.

Altro significato assumerebbe, allora, l'*alternatività*, ma solo se, in prima istanza, si sia garantita la *facoltatività*, appunto.

Basti, in tal senso, pensare all'arbitrato in sede di rapporto di lavoro, che può essere legittimamente considerato soltanto se lasciato alla libera scelta della parte più debole del rapporto (il lavoratore) e non quale unico rimedio di risoluzione del rapporto³.

L'art. 24 della Costituzione, inevitabilmente, si pone in connessione con altre norme di garanzia. Così, dalla generalità del principio alla difesa (art. 24, co. 1, Cost.) si passa – quasi come un corollario – all'art. 113 della Costituzione, il quale regola la tutela giurisdizionale di diritti ed interessi legittimi “contro gli atti della Pubblica Amministrazione” (art. 113, co. 1, Cost.).

A rafforzare la garanzia del diritto alla difesa intervengono sia l'art. 25 della Costituzione, che al comma 1 afferma il principio del “giudice naturale precostituito per legge”, sia gli artt. 102 e 108 della Costituzione, che, rispettivamente, al comma 1 e al comma 2, affidano, da un canto, l'esercizio della funzione giurisdizionale alla magistratura e, dall'altro, affermano l'indipendenza della magistratura, quale condizione per garantire l'uguaglianza di fronte alla legge, rafforzata dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. Insomma, si tratta di principi e strumenti che mirano ad assicurare una efficace ed oggettiva attività giurisdizionale, che garantisca a tutti il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

Come è stato osservato, il tempo può costituire un limite al diritto d'azione, ma, contemporaneamente e per altri versi, può influire in favore di chi è parte (imputato) in un processo⁴.

È un limite quando le procedure stabiliscono termini di decadenza per l'esercizio di un diritto. Così è, infatti, per il ricorso amministrativo, o per la costituzione nel giudizio civile, atteso che l'inerzia conduce all'impossibilità di agire per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi, determinando la sopravvivenza di situazioni lesive o la efficacia e l'inoppugnabilità di atti amministrativi, benché illegittimi.

³ In generale e costantemente, la Corte costituzionale ha affermato (per tutte, vedi la sent. C. cost. n. 127/ 1997) che “se la Costituzione garantisce ad ogni soggetto il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, ne deriva che, fuori dalle ipotesi previste dall'art. 103 Cost., tale diritto deve potersi esercitare dinanzi agli organi giudiziari ordinari”; pertanto, continua la Corte cost., “il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, co. primo, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, co. primo, Cost.”.

⁴ La Corte costituzionale ha, da sempre, sottolineato che i limiti temporali non debbono mai produrre forme di preclusione in ordine a situazioni di vantaggio né, tantomeno, costituirne un impedimento. Pertanto, per restare nell'ambito della ragionevolezza, i termini non debbono rivelarsi né troppo lunghi né troppo brevi. Allo stesso modo, essi debbono garantire il diritto di agire o di partecipare attraverso la loro conoscibilità da parte dell'interessato. Vedi, in tal senso e in particolare, le sentenze della Corte cost. n. 118/1963, 10/1970, 372/1988, 14/1977, 42/1981, 111/1998, 170/1999.

Per altro verso, il trascorrere del tempo può costituire l'unica possibilità di non subire le conseguenze di un procedimento (penale), una volta maturati i termini di prescrizione, o può determinare l'impossibilità di completare la fase dell'espletamento delle indagini, limitandone l'efficacia, che, evidentemente, si giustifica di fronte all'esigenza di non mantenere un soggetto, *sine die*, in uno stato di soggezione.

Sono strumenti e principi che rimandano al principio del "giusto processo", come affermato dall'art. 111 della Costituzione⁵.

Il giusto processo si realizza garantendo il contraddittorio tra le parti, poste in condizione di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge deve assicurare la ragionevole durata del processo.

A suffragio del diritto di difesa, che implica il diritto alla partecipazione, sia con la difesa sostanziale che tecnica, il principio del giusto processo afferma il diritto ad essere informati nel più breve tempo possibile, circa la natura e i motivi dell'accusa (per la persona accusata di un reato) e, in generale, deve essere garantita la notificazione di ogni atto (in particolar modo, in penale), per assicurare la ampia ed efficace partecipazione al procedimento. In tal senso può essere intesa la "informazione della persona sottoposta alle indagini", come prevista dall'art. 19 della legge n. 60/2001 e dall'art. 369-*bis* cod. proc. pen., proprio per garantire l'effettività della difesa tecnica.

Allo stesso modo, va garantito il diritto alla prova, attraverso tutte le procedure e gli atti previsti dai codici di procedura, che si pone quale necessario presupposto della difesa.

La motivazione di ogni provvedimento giurisdizionale è obbligatoria, affinché la parte interessata possa conoscere il processo logico-giuridico seguito dal giudice ed, eventualmente, impugnare l'atto davanti ad un giudice di grado superiore, chiedendo un riesame del fatto o la corretta applicazione delle norme.

La giurisprudenza è sempre intervenuta a definire l'esercizio e le garanzie connesse al diritto alla difesa, dettandone, in certi casi, anche i limiti.

Certamente, l'art. 24 della Costituzione indica e garantisce il diritto alla difesa, distinguendo la c.d. "difesa tecnica" dalla c.d. "difesa sostanziale" (detta anche "autodifesa")⁶.

La differenza sta nel carattere di obbligatorietà, che, di sicuro, appartiene alla difesa tecnica, ma non alla difesa sostanziale.

La difesa tecnica è quella assicurata dall'assistenza di chi esercita la professione legale, dalla quale non si può prescindere, tranne in quei casi specifici in cui è consentito stare in giudizio senza l'assistenza di un legale (come, per esempio, per alcune controversie di minore entità in materia

⁵ Sul ruolo funzionale della difesa tecnica rispetto al giusto processo, cfr., sent. Corte cost. n. 421/1997 e 182/2001.

⁶ Sul diritto di difesa in senso tecnico e sostanziale, cfr., fin dalle prime pronunce, sent. Corte cost. n. 46/1957. Inoltre, COMOGLIO, *Il II comma dell'art. 24, il diritto di difesa nel processo civile*, in *Comm. Branca*, 1981, p. 53 e ss.; VASSALLI, *Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale*, in *Scritti giuridici*, III, 1997, p. 49.

tributaria, davanti alla Commissione tributaria, o davanti al TAR (e al Cons. di Stato) per giudizi in materia di accesso o elettorale)⁷.

La difesa sostanziale, altro non è che il diritto riconosciuto ad ogni soggetto interessato alla causa di partecipare al processo: l'imputato, l'attore e il convenuto, il ricorrente, l'amministrazione e il controinteressato.

Si tratta dello strumento attraverso il quale si realizza il contraddittorio: partecipare è un diritto della parte, che, comunque, può rinunciare ad essere fisicamente presente in quanto, appunto, non obbligato, o può determinare il rinvio dell'udienza giustificato da un legittimo impedimento.

Di contro, l'obbligatorietà della difesa tecnica (che rientra tra i diritti inviolabili, come richiamato dal comma 2 dell'art. 24 Cost.) comporta che, in mancanza della nomina del difensore di fiducia da parte, per esempio, dell'imputato, il giudice provvederà a nominare un difensore d'ufficio⁸.

Ciò perché non è consentito dalla Costituzione il rifiuto alla difesa tecnica, atteso che non solo – come sancisce la Costituzione nell'art. 24, al comma 2 – “la difesa è diritto inviolabile”, ma è anche irrinunciabile⁹.

Lo stesso, e a maggior ragione, vale nel caso dei non abbienti, ai quali – in attuazione del comma 3 dell'art. 24 Cost. – vengono assicurati “i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione”. Ne è l'esempio l'istituto del gratuito patrocinio.

Peraltro, se l'obbligatorietà è connessa alla difesa nel processo penale, il carattere assume un rilievo – si direbbe – “costitutivo” nel processo civile, in cui la parte può costituirsi soltanto attraverso il proprio legale, cui viene conferito un mandato (“a margine” o “in calce”) espressamente indicato nell'atto introduttivo del giudizio, pena la nullità (si tratta, infatti, di un onere).

3. Il diritto di difesa “rafforzato”.

Orbene, assunti i principi che supportano il diritto alla difesa che, unitamente al diritto alla partecipazione al processo, assicurano un equilibrato e garantito percorso processuale, sembra opportuno comprendere quali siano le ragioni di diritto che hanno condotto la Corte costituzionale a dichiarare la incostituzionalità della legge n. 51 del 7 aprile 2010 (sul legittimo impedimento), che riconosceva al presidente del Consiglio dei Ministri (ed ai Ministri), sebbene in via provvisoria per la durata massima di diciotto mesi dall'entrata in vigore della stessa legge, la “facoltà” di invocare il legittimo impedimento senza motivarlo e unilateralmente, per il “concomitante esercizio delle attività

⁷ Vedi, SCOCA, *Giustizia amministrativa*, 2006, p. 198. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 2003, p. 568 e ss..

⁸ La giurisprudenza della Corte cost. ha costantemente affermato la obbligatorietà della difesa tecnica, che in ogni caso, deve essere garantita dal giudice con la nomina del difensore d'ufficio. Così, sent. Corte cost. n. 53/1968, 86/1968, 69/1970, 76/1970, 168/1972, 69/1975. Cfr., inoltre, SCALFATI, sub art. 97 c.p.p., in *Codice di proc. pen. Commentato*, I, 2007, p. 711 e ss..

⁹ Così, sent. Corte cost. n. 421/1997 e 182/2001. In dottrina, cfr., VASSALLI, *G. cost.*, 1997, p. 890; ZAGREBELSKY, *G. cost.*, 1979, p. 855.

connesse” alle funzioni di governo, per il solo fatto – dunque - di ricoprire la carica, senza che il giudice del procedimento potesse in alcun modo sindacare o verificare in ordine alla fondatezza dell’impedimento.

La legge 51/2010, all’art. 1, comma 1, stabilisce che “per il Presidente del Consiglio dei Ministri costituisce legittimo impedimento, ai sensi dell’articolo 420-ter del codice di procedura penale, a comparire nelle udienze dei procedimenti penali, quale imputato, il concomitante esercizio di una o più delle attribuzioni previste dalle leggi o dai regolamenti e in particolare dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, dagli articoli 2, 3 e 4 del decreto legislativo 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, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 268 del 15 novembre 1993, e successive modificazioni, delle relative attività preparatorie e consequenziali, nonché di ogni attività comunque coesistente alle funzioni di Governo”.

Insomma, una norma che – prima della pronuncia della Corte costituzionale - affidava allo stesso Presidente del Consiglio, peraltro con decisione unilaterale, la comunicazione dell’impedimento al giudice del procedimento presso il quale lo stesso è chiamato a rispondere penalmente di un qualsiasi reato, anche non attinente all’esercizio delle funzioni di governo. Infatti, non si trattava neanche di valutare se ricorressero o meno le condizioni, atteso che la norma dell’art. 1 della legge n. 51/2010 indica quale legittimo impedimento ogni ambito riferibile alla funzione di Presidente del Consiglio.

Se ciò non bastasse, il comma 3 dello stesso art. 1 stabilisce che “il giudice, su richiesta di parte, quando ricorrono le ipotesi di cui ai commi precedenti, rinvia il processo ad altra udienza”.

Norma che si rivela come una finzione, poiché sembra attribuire al giudice un potere che, in effetti, non ha, proprio perché “le ipotesi di cui ai commi precedenti” chiudono ogni possibilità di individuare ambiti non coperti dal legittimo impedimento.

Ma v’è di più. Nella remota ipotesi che il giudice avesse individuato una fattispecie non contemplata dalle circostanze di cui al comma 1, la stessa legge 51, al comma 4 dell’art. 1 prevedeva che “ove la Presidenza del Consiglio dei Ministri attesti che l’impedimento è continuativo e correlato allo svolgimento delle funzioni di cui alla presente legge, il giudice rinvia il processo a udienza successiva al periodo indicato, che non può essere superiore a sei mesi”.

Ovvero, il potere attribuito alla Presidenza del Consiglio dei Ministri di “attestare” (senza motivare) un impedimento “continuativo e correlato allo svolgimento delle funzioni”, che obbligava il giudice a rinviare il processo per un termine massimo di sei mesi.

La legge, come ricordato, ha carattere provvisorio, con una scadenza a diciotto mesi, in attesa che il Parlamento approvi una legge costituzionale che – come dice il comma 1 dell’art. 2 della legge 51/2010 - rechi “la disciplina organica delle prerogative del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri, nonché

della disciplina attuativa delle modalità di partecipazione degli stessi ai processi penali”.

Tutto ciò, con l'espressa finalità di “di consentire al Presidente del Consiglio dei Ministri e ai Ministri il sereno svolgimento delle funzioni loro attribuite dalla Costituzione e dalla legge” (art. 2, co. 1).

La Corte costituzionale, il 13 gennaio 2011, ha emesso una sentenza che dichiara la legge incostituzionale in alcune parti, vincolando il legittimo impedimento alla *ratio* del codice di procedura penale e rimettendo, in ogni caso, al giudice la valutazione “in concreto” dell'impedimento.

La Consulta, peraltro a larghissima maggioranza, ha dichiarato l'illegittimità - per violazione degli artt. 3 e 138 della Costituzione - dell'art. 1, comma 3, “nella parte in cui non prevede che il giudice valuti in concreto, a norma dell'art. 420-ter, comma 1, del codice di procedura penale, l'impedimento addotto”, nonché comma 4, per “l'ipotesi di impedimento continuativo e attestato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri”.

Pertanto, la Corte ha, per un verso, mantenuto in vita la legge, affermando, di fatto, che il principio generale possa essere legittimo, ma, per l'altro verso, ha dichiarato la contrarietà alla Costituzione di tutte quelle norme che consentono di invocare il legittimo impedimento senza comprovati e concreti motivi e senza che tale valutazione sia affidata unicamente al giudice.

Volgendo lo sguardo alle disposizioni ritenute legittime, sia non ritenendo fondate le questioni di legittimità (la Corte ha ritenuto che “non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 1, comma 1, in quanto tale disposizione venga interpretata in conformità con l'art. 420-ter, comma 1, del codice di procedura penale”), sia dichiarando la inammissibilità delle “ulteriori questioni di legittimità costituzionale relative alle disposizioni di cui all'art. 1, commi 2, 5 e 6, e all'art. 2”, sembra ragionevole domandarsi se sia stato esteso il diritto di difesa in favore del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri. La risposta non può che essere affermativa, se, come è stato sopra rilevato, il diritto di difesa va inteso non solo nel diritto di agire per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, ma anche nel diritto alla partecipazione in senso sostanziale oltre che tecnico. Peraltro, non va sottaciuta la correlazione del diritto di difesa all'art. 111 Cost., che garantisce il diritto al contraddittorio ed al giusto processo.

Tutto ciò trova il suo riscontro e fondamento nella disposizione della legge 51/2010, la quale, al comma 1 dell'art. 2, indica la finalità – e, dunque, anche la giustificazione – nel “consentire al Presidente del Consiglio dei Ministri e ai Ministri il sereno svolgimento delle funzioni loro attribuite dalla Costituzione e dalla legge”.

Un impianto normativo che non amplia il diritto in favore della persona ma dell'organo, inteso come soggetto che ricopre una determinata carica, al quale la Costituzione e le leggi attribuiscono funzioni, che, data la loro primaria rilevanza, possono giustificare una deroga normativa e, dunque, una garanzia

specifica in nome di un interesse generale prevalente, ovvero “il sereno svolgimento” dell’azione del governo.

Nelle motivazioni della Corte costituzionale viene accolto il principio, specificandolo in ordine alla figura ed alla funzione del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri. Mantenendo, però, di fatto, l’impedimento che è già individuato dall’art. 420-ter del codice di procedura penale.

L’unica novità starebbe nell’averlo definito con una legge, la quale, comunque, cesserà di avere efficacia allo scadere dei diciotto mesi dalla sua entrata in vigore, quando dovrebbe – il condizionale è d’obbligo – intervenire la nuova legge costituzionale sulla interruzione dei processi a carico del Presidente del Consiglio dei Ministri e, forse, anche di altre alte cariche dello Stato.

Una sentenza, dunque, che tipizza i casi di legittimo impedimento, superando la pleora di attività individuate dalla legge “a termine”, rimanendo nell’ambito dell’art. 420-ter cod. proc. pen., soprattutto, nel riaffermare la riserva giurisdizionale nella valutazione “concreta” dell’impedimento.

Insomma, la Corte costituzionale afferma che la motivazione dell’impedimento non può essere “generica” e il giudice non deve rinviare l’udienza per il solo fatto che sia “attestato” l’impedimento. Anzi, il giudice, come già previsto dall’art. 420-ter del codice di procedura penale, deve valutare, in concreto e caso per caso, non solo l’impedimento ma anche se questo sia “assoluto e attuale”.

Quindi, l’impegno che viene addotto quale legittimo impedimento deve comportare una impossibilità, in concreto, a comparire data la concomitanza e l’indifferibilità rispetto all’udienza.

Pertanto, la Corte costituzionale ha, in parte, interpretato il testo della legge n. 51 (art.1, comma 1), salvandolo soltanto se applicato nei termini dell’art. 420-ter: “il giudice non riconoscerà come “legittimi” impegni politici non qualificati, cioè non riconducibili ad attribuzioni coesenziali di funzione di governo, pur previste da leggi o regolamenti”. Per altro verso, si è pronunciata con una sentenza “additiva” restituendo al giudice la valutazione sull’impedimento (art. 1, comma 3).

Infine, ha dichiarato la incostituzionalità del comma 4 dell’art. 1 per “irragionevole sproporzione tra diritto di difesa ed esigenze della giurisdizione”, laddove rimette esclusivamente all’attestazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri la sussistenza dell’impedimento, che avrebbe lasciato al giudice il compito “notarile” di prenderne atto e rinviare l’udienza.

Rimane, in ogni caso, la provvisorietà della soluzione legislativa, peraltro ridimensionata dalla decisione della Corte costituzionale.

4. La posizione della Corte sulla “funzione di governo”.

Tutto ciò conduce ad altre considerazioni. In primo luogo, una di fondo. È, comunque, coerente con il nostro sistema costituzionale prevedere tali garanzie? Inoltre, è certo che l’interesse prevalente sia “il sereno svolgimento”

dell'azione di governo, anche quando i reati contestati esulano dalla funzione stessa? E, infine, da cosa è nata l'esigenza (o, meglio, qual è la causa) di prevedere una tali forme di garanzia?

Alla prima ed alla seconda questione la Corte costituzionale ha recentemente offerto una lettura in chiave positiva.

Va premesso che, per un verso, non sfugge la differenza tra la legge n. 51/2010 (legittimo impedimento) e i due precedenti "lodi" (Schifani e Alfano, sulla sospensione dei processi), atteso che la prima attiene all'esercizio del diritto di difesa individualmente considerato, sebbene riferito al Presidente del Consiglio (ed ai Ministri), mentre sia il lodo Schifani che il lodo Alfano riguardano la tutela della funzione, quale prerogativa.

Ma, per altro verso, non si può non rilevare che tutte le leggi ora richiamate, in un modo o nell'altro, incidono sul concetto di "funzione di governo", il quale assurge ad elemento che può giustificare normative specifiche di tutela in nome del suo "sereno svolgimento".

Quindi, senza voler entrare nel merito, quel che si intende, qui, comprendere è se la Corte costituzionale abbia, di fatto, esteso la definizione di "funzione di governo", atteso che, in ogni caso, si provocherebbero conseguenze nell'applicazione e nella interpretazione di norme che alla detta "funzione" possano, in generale, riferirsi.

Sia nella sentenza (C. cost., n. 24/2004) sul c.d. "lodo Schifani" (legge n. 140/2003), sia nell'altra pronuncia (sent. C. cost., n. 262/2009) in ordine al c.d. "lodo Alfano" (legge n. 124/2008), la Corte, ha dichiarato la incostituzionalità delle due leggi perché, in sostanza, non supportate dal procedimento aggravato previsto dall'art. 138 della Costituzione, atteso che entrambe le leggi intervenivano a regolare una materia riservata al rango costituzionale, per la cui legittimità occorreva una legge costituzionale.

Quel che, comunque, si rileva dalle due pronunce della Corte costituzionale è l'ammissione dell'idea (o principio) che per le alte cariche dello Stato sia legittimo prevedere un regime di garanzia specifico, che ponga le stesse al riparo da eventuali procedimenti penali che dovessero intraprendersi (o fossero già stati intrapresi) nei loro confronti, ribadendo l'assunto secondo il quale "il principio di uguaglianza comporta infatti che, se situazioni eguali esigono eguale disciplina, situazioni diverse possono implicare differenti normative" (sent. C. cost., n. 24/2004). Sempreché non si tratti di misure o strumenti che operino con una sorta di "automatismo generalizzato", poiché, in tal caso, verrebbe menomato il diritto di difesa (garantito dall'art. 24 Cost.), non lasciando all'imputato l'alternativa sul piano difensivo (in tal senso, sent. C. cost. n. 24/2004)¹⁰.

In definitiva, i giudici costituzionali, da allora, hanno cominciato ad estendere le sfere di garanzia per determinati organi, in quanto tali, anche per

¹⁰ Nella sentenza n. 24/2004 (sul lodo Schifani), la Corte costituzionale, infatti, precisa che "l'automatismo generalizzato della sospensione incide, menomandolo, sul diritto di difesa dell'imputato, al quale è posta l'alternativa tra continuare a svolgere l'alto incarico sotto il peso dell'imputazione (...) oppure dimettersi dalla carica al fine di ottenere, con la continuazione del processo, l'accertamento giudiziale che egli può ritenere a sé favorevole".

comportamenti o atti penalmente rilevanti che non rientrano nella (ristretta) sfera delle loro funzioni.

A ciò si lega la seconda questione. Come si è già ricordato, con la sentenza del 13 gennaio 2011, le cui motivazioni sono state depositate il 25 gennaio 2011, in ordine al legittimo impedimento del Presidente del Consiglio e dei Ministri, la Corte Costituzionale ha, ancora una volta, ribadito che la legge ordinaria (nel caso la n. 51/2010) non può regolare una materia di livello costituzionale, per la quale è previsto il procedimento di cui all'art. 138 della Costituzione. Ma ha proceduto, in nome del "sereno svolgimento" della funzione di governo, ad una sostanziale estensione delle fattispecie coperte dalle garanzie costituzionali, ritenendo, di fatto, cedevoli i comportamenti illeciti anche al di fuori dall'esercizio delle funzioni di governo.

Un'estensione – si direbbe – discutibile, anche alla luce del dibattito che si è di recente aperto sulla qualificazione del comportamento del Presidente del Consiglio in ordine al reato contestatogli di concussione, ai fini della individuazione del giudice competente (Tribunale ordinario/Tribunale dei Ministri).

Infatti, la posizione "estensiva" della Corte potrebbe – involontariamente – incidere sulla interpretazione da dare ai "reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dai Ministri", secondo l'art. 4 della legge costituzionale n. 1 del 1989, in materia di autorizzazione a procedere con conseguente rito processuale davanti al Tribunale dei Ministri¹¹.

Questione che, probabilmente, potrebbe portare ad un conflitto di attribuzione sollevato dal governo (o dalla maggioranza della Camera di appartenenza) qualora il giudice ordinario dovesse ritenersi competente, aderendo alla qualificazione, in senso soggettivo, sostenuta dalla procura della Repubblica, che non ritiene il reato contestato commesso "nell'esercizio delle funzioni", ma commesso con abuso "della qualità" di Presidente del Consiglio.

Una differenza non di poco conto, atteso che se il reato è commesso nell'esercizio delle funzioni, si deve procedere secondo quanto stabilito dalla legge costituzionale n. 1/89; mentre se è commesso "nella qualità", esulerebbe dalle funzioni e rientrerebbe nella procedura ordinaria affidata al giudice ordinario, evitando anche la decisione dell'Assemblea parlamentare sull'autorizzazione a procedere.

Pertanto, tornando all'orientamento estensivo sulla "funzione di governo" che di recente e costantemente ha rivelato la Corte costituzionale, quale potrà essere la linea logico-giuridica che seguirà il giudice costituzionale di fronte ad un eventuale (per non dire probabile) conflitto di attribuzione sulla scelta della via "ordinaria" del procedimento penale nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri? E, comunque, quale potrà essere l'orientamento in ogni altra occasione in cui la Corte costituzionale dovesse trovarsi a giudicare in ordine alla "funzione di governo" sotto il profilo sia della legittimità costituzionale che

¹¹ Legge costituzionale del 16 gennaio 1989, n. 1 - Modifiche degli articoli 96, 134, e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'art. 96 della Costituzione, in *G.U. n. 13 del 17 gennaio 1989*.

del conflitto di attribuzione? Prevarrà ancora l'interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo, intendendo entrambi (interesse pubblico e funzione di governo) in senso estensivo e preminente o si ripristinerà un preciso confine della funzione di governo?

Non è semplice dare una risposta. Il rischio è che la dilatazione della definizione della funzione di governo possa provocare effetti anche sull'applicazione delle scriminanti speciali previste dalla legge costituzionale n. 1/89.

In altri termini, se ogni comportamento di un Presidente del Consiglio dei Ministri dovesse essere considerato (o giustificato) nell'intento di perseguire, nell'esercizio della funzione di governo, un "preminente interesse pubblico", si rischia di far rientrare sempre e tutto nella sfera della legge costituzionale n. 1/89. Con la conseguente applicazione della scriminante prevista dall'art. 9, comma 3, che conduce "inevitabilmente" alla probabile negazione dell'autorizzazione a procedere da parte della Camera (*rectius*, maggioranza) di appartenenza.

Certo è che le recenti pronunce della Corte, a volte sibilline, suggeriscono un approccio cauto, soprattutto quando lo stesso giudice costituzionale, nella sentenza n. 23 del 2011, afferma che "una disposizione legislativa può essere dichiarata illegittima solo quando non sia possibile attribuire ad essa un significato compatibile con la Costituzione, cioè, nella fattispecie in esame (art. 1, comma 1, legge n. 51/2010, *n.d.a.*), ove non sia possibile ricondurla nel solco della disciplina comune, interpretandola in conformità con l'istituto processuale generale di cui è espressione l'art. 420-*ter* cod. proc. pen."

Con tale soluzione, la Corte ammette quali ipotesi di legittimo impedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri tutte quelle contemplate nel comma 1 dell'art. 1 della legge n. 51/2010, compreso il "concomitante esercizio (...) delle relative attività preparatorie e consequenziali, nonché di ogni attività *comunque coesistente alle funzioni di Governo*".

Pertanto, la Corte costituzionale, aderendo alla linea interpretativa della difesa dell'imputato, ha ritenuto che la disposizione censurata "non comporta una presunzione assoluta di legittimo impedimento" e "non impone alcun automatismo". Anzi, secondo la Corte, la disposizione "introduce un criterio volto ad orientare il giudice nell'applicazione dell'art 420-*ter* cod. proc. pen., e segnatamente del comma 1 di tale disposizione, mediante l'individuazione, in astratto, delle categorie di attribuzioni governative a tal fine rilevanti". Inoltre, la Corte costituzionale, richiamando un orientamento della Corte di cassazione (sent., VI pen., n. 10773/2004), ritiene che il legislatore lo abbia recepito, quando sostiene che "costituiscono legittimo impedimento, in base all'art. 420-*ter* cod. proc. pen., le attività del titolare di una carica governativa che siano "coesistenti alla funzione tipica del Governo"".

Quindi, per la Corte, se le ipotesi si riferiscono all'art. 420-*ter* cod. proc. pen. e le attività sono "coesistenti", la disposizione è legittima come, di conseguenza, l'impedimento.

Rimane, dunque, che l'aspetto "funzionale" delle attività del Presidente del Consiglio appare, oggi, nei fatti esteso, con tutte le conseguenze che tale interpretazione potrà comportare in ogni ambito di applicazione in sede giurisdizionale, incidendo sul modo di esercizio dell'azione penale, se non sull'esercizio stesso, *tout court*.

Peraltro, affermando che il legittimo impedimento è invocabile dal Presidente del Consiglio in ogni fattispecie richiamata dal comma 1, art. 1, legge n. 51/2010 - sempreché venga addotto un "preciso e puntuale impegno" riconducibile alle ipotesi indicate e nella sfera del codice di procedura penale e solo a condizione che siano impegni "coessenziali alle funzioni di governo"- senza distinguere tra procedimento ordinario e procedimento ai sensi della legge costituzionale n. 1/89, conferma che tali forme di impedimento possono essere invocate e applicate anche nei processi per reati commessi al di fuori dell'esercizio delle funzioni di governo, e, dunque, oltre i casi previsti dall'art. 96 della Costituzione nonché dalla legge costituzionale n. 1/89, pur essendo l'impedimento invocabile dall'imputato-Presidente del Consiglio (o Ministro) in quanto derivante da un impegno coessenziale alla funzione di governo.

5. Il conflitto tra i poteri dello Stato: una possibile soluzione.

Infine, per cercare di comprendere sul piano generale la genesi di tali esigenze normative a garanzia del "sereno svolgimento delle funzioni di governo", sembra opportuno chiedersi quale ne sia la causa.

Vanno fatte alcune considerazioni e indicate alcune soluzioni, non prima di avere posto una premessa, che si rivela come il "movente".

Il rispetto della Carta costituzionale impone un atteggiamento coerente in ordine a tutte le questioni, cercando di rimanere in linea con la *ratio* dei Costituenti.

Non v'è dubbio che il conflitto tra i poteri dello Stato inizia a rivelarsi dal momento in cui – per pressioni contingenti – si giunse ad eliminare dal dettato costituzionale (art. 68) la norma che stabiliva l'immunità e, dunque, l'autorizzazione a procedere nei confronti dei parlamentari¹².

Da quel momento, viene meno quell'equilibrio che, fino ad allora, aveva garantito l'autonomia e l'indipendenza tra i poteri dello Stato, in attuazione del principio di separazione.

Gli effetti di tale scelta, sbagliata nell'ottica della garanzia dell'istituzione Parlamento, hanno risvegliato l'idea di un rimedio, sia in sede parlamentare, sia nel dibattito dottrinale.

Anche gli argomenti a sostegno dell'essere, ormai, venuti meno i motivi storici che avevano indotto il Costituente alla previsione dell'immunità parlamentare, si rivelano deboli, atteso che rimane viva l'esigenza di garantire, sempre, l'organo

¹² Sulla legge di revisione costituzionale dell'art. 68, cfr., PANIZZA, *Legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3*, in *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali (I-XVIII). Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, a cura di G. Branca e, poi, di A. Pizzorusso, Roma-Bologna, Zanichelli-Foro italiano, 1995, p. 650 e ss.; ZAGREBELSKY, *La riforma dell'autorizzazione a procedere*, in *Corr. Giur.*, 1994, p. 281 e ss.; MIDIRI, *La riforma dell'art. 68 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 2411 e ss..

parlamentare dalla tentazione di influire sull'azione politica da parte di altri poteri che tale funzione non hanno e non devono avere.

Quindi, pur non volendo, qui, stabilire se vi sia stato o meno un uso "politico" dell'azione penale, l'esigenza di garantire l'indipendenza e l'autonomia dei poteri dello Stato rimane anche sul piano della ipotesi e del principio.

Al tempo stesso, non sembra opportuno riproporre, *tout court*, l'originaria formulazione dell'art. 68 della Costituzione, anche per evitare quel meccanismo "auto-assolutorio", che, di certo, non aiuta a costruire un sistema credibile e di reale garanzia istituzionale.

In sede parlamentare, va ricordato, in particolare, il ddl Chiaromonte-Compagna (Senato, XVI legislatura), che cercava di superare il *deficit* affidando alla Camera di appartenenza il potere di richiedere, entro un certo termine, gli atti all'autorità giudiziaria che avesse comunicato l'esercizio di un'azione penale nei confronti di un parlamentare, per decidere sulla sospensione del procedimento per la durata del mandato.

Si trattava di un timido tentativo di riequilibrare i rapporti, che, però, non riusciva a superare le critiche di, sostanziale, autoreferenzialità.

Sul punto, la dottrina, sulla base della proposta Chiaromonte-Compagna, cerca di trovare una soluzione, prevedendo che la Camera interessata trasmetta gli atti ad un "organo terzo, chiamato effettivamente a decidere". Un organo "come la Corte costituzionale". Il meccanismo prevedrebbe la comunicazione da parte dell'autorità giudiziaria alla Camera di appartenenza dell'avvio di un procedimento penale nei confronti del parlamentare; qualora la Camera valutasse la sussistenza del "*fumus persecutionis*", trasmetterebbe gli atti ad un organo terzo per la decisione definitiva sulla sospensione del procedimento penale¹³.

Le critiche a tale impianto si concentrano sulla opportunità "di adire l'organo di giustizia costituzionale per valutare la ragionevolezza di una mera sospensione". Peraltro, anche l'ipotesi di una trasmissione automatica degli atti alla Corte, senza un ricorso, desta perplessità sul piano dell'indipendente esercizio dell'azione penale, in quanto "la Corte dovrebbe sottoporre a sindacato sia la delibera parlamentare che dispone la sospensione, sia gli atti d'indagine e la richiesta di rinvio a giudizio". In ogni caso, ci si esporrebbe al rischio di una contrapposizione tra la posizione assunta dalla Camera e la decisione definitiva della Corte.

Pertanto, alla luce di tutte le superiori considerazioni, comprese quelle in ordine alle ipotesi di soluzione avanzate in sede parlamentare e dottrinale, si ritiene opportuno individuare un meccanismo che venga incontro al "*deficit* immunitario" del Parlamento, superando ipotesi di decisioni "in causa propria" delle stesse Camere, ma che risponda anche all'esigenza odierna della proposta-Alfano di affidare il sindacato sulla responsabilità disciplinare dei magistrati ad un organo esterno al CSM, anche qui, per evitare – come è stato detto – "forme di insopportabile auto-perdonismo".

¹³ ZANON, *Per una riforma ragionevole di immunità parlamentare*, relazione tenuta a Roma, 18 gennaio 2010, in occasione della presentazione del n. 2/2009 di *Percorsi costituzionali*.

Si potrebbe pensare all'istituzione di un'Alta Corte, competente a decidere sia sul "*fumus persecutionis*" relativo all'esercizio dell'azione penale nei confronti di un parlamentare, sia in ordine alla responsabilità disciplinare dei magistrati, oltre che al "*fumus*" relativo ad azioni giudiziarie nei confronti di magistrati per eventuale responsabilità penale connessa alla responsabilità penale di un parlamentare o membro di governo.

Uguale competenza verrebbe attribuita all'Alta Corte per l'azione penale nei confronti di ministri, per i quali, poi, superato negativamente il giudizio sul *fumus*, resterebbe la competenza del "Tribunale dei Ministri", sempre per i reati commessi nell'esercizio delle funzioni di governo.

* Università di Palermo – lauricella@unipa.it.