

## Sull'immunità delle "alte cariche" una sentenza di "mezzi silenzi"

di Andrea Pugiotto \*

(Commento pubblicato in "Diritto&Giustizia", 2004, n.5)

Dunque c'è ancora un giudice *a Berlino*. Lavora a Roma, a Palazzo della Consulta, chiamato a svolgere un compito di garanzia tanto delicato quanto essenziale, affidatogli quando al governo degli uomini si è sostituito il governo delle leggi e, sopra queste, la legge delle leggi: la Costituzione.

E' quanto viene in mente leggendo il dispositivo della sentenza n. 24/2004 che annulla *in toto* l'art. 1 della legge n. 140 del 2003, noto come «lodo Maccanico» (*sic* nell'intestazione del comunicato ufficiale, del 13 gennaio scorso, che preannunciava la decisione). La Corte ne ha dichiarato illegittimo il comma impugnato per poi estendere l'incostituzionalità anche alle rimanenti disposizioni, confermando con ciò le potenzialità garantiste dell'istituto dell'illegittimità consequenziale [ipotizzate da G. BRUNELLI, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.* 2002, 3644 ss]. Cade così l'obbligo *ex lege* di ibernare i processi penali a carico dei Presidenti della Repubblica, delle due Assemblee parlamentari, del Consiglio dei ministri, della stessa Consulta.

Trattandosi di una decisione di annullamento integrale del testo (e non interpretativa o manipolativa), essa si ripercuote certamente sulla richiesta di abrogazione popolare del lodo, nel contempo dichiarata ammissibile con sentenza di pari data n. 25/2004. I due dispositivi, solo in apparenza contraddittori, confermano invece che giudizio di ammissibilità del referendum e giudizio di legittimità delle leggi seguono ritmi, regole processuali, logiche costituzionali differenti, anche quando - come nel caso in esame - il testo legislativo che ne è oggetto sia il medesimo. Spetterà ora all'Ufficio centrale presso la Cassazione, ai sensi dell'art. 39 della legge n. 352 del 1970, prendere atto della sopravvenuta incostituzionalità, dichiarando la cessazione del procedimento referendario.

Ma il fatto costituzionale significativo che emerge dall'intreccio tra le due pronunce è un altro. Il via libera dato a un quesito abrogativo su una disposizione contestualmente annullata conferma che il giudizio di ammissibilità del referendum *non* è - né può dissimulare - un preventivo giudizio di ragionevolezza della relativa normativa di risulta (come invece spesso accaduto), rispetto al quale il controllo sul quesito «si atteggia con caratteristiche specifiche ed autonome» (sentenza n. 251/1975). E' un apprezzabile ritorno alle origini da parte del giudice dei referendum.

La buona notizia, dunque, è che il sistema dei correttivi alla forma di governo parlamentare non è collassato: l'indirizzo politico deciso da una maggioranza legittimata dal voto popolare si realizza a mezzo di procedure controllate e sottoponendosi a regole costituzionali indisponibili, perché patrimonio di tutti. Leggere, nella sentenza in esame, la scelta politica di una Corte fattasi vindice dell'opposizione parlamentare è l'espressione del risentimento di chi - solo ora - scopre con stupore che lo Stato di diritto ha una precisa architettura costituzionale, più complessa di quanto i populisti desiderino e più efficace di quanto i girotondi paventino.

Ciò detto, le motivazioni della sentenza n. 24/2004 meritano un'analisi attenta e - a mio avviso - robusti rilievi critici. L'illegittimità del lodo era prevedibile, come previste erano pure le ragioni che hanno guidato il giudice costituzionale a tale approdo [cfr., a commento dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano, le previsioni di G. GIOSTRA, *Il "lodo Berlusconi" alla prova dei giudici. (Un inevitabile incidente di costituzionalità e un anomalo provvedimento presidenziale)*, in *Quest. Giust.* 2003, 825 ss.; E. MARZADURI, *Al vaglio della Corte costituzionale l'erosione del principio di uguaglianza*, in *Guida al diritto* 2003, n. 30, 81; R. OLIVERI DEL CASTILLO, *Immunità, versione Lewis Carroll*, in *D&G* 2003, n. 29, 35 ss; A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, non una (semplice) sospensione ma una vera immunità*, in *D&G* 2003, n. 29, 31 ss.]. Ma ciò che non era affatto prevedibile o previsto è la *ratio decidendi* cui si conforma la pronuncia in esame. E poiché - come ha ricordato nel suo commiato il Presidente Chieppa - «vi è da sospettare, se critiche non ve ne sono sull'operato di un giudice», fosse anche il giudice delle leggi, nessuno credo si adonerà.

Superate agevolmente le deboli eccezioni di inammissibilità della *quaestio*, la sentenza non individua le ragioni d'incostituzionalità del lodo nella sua veste giuridica (la legge ordinaria) o nella sua natura (di immunità mascherata) ma

*esclusivamente* nella sua struttura. «La sospensione in esame è generale, automatica e di durata non determinata» e, solo in ragione di ciò, lede gli articoli 3 e 24 della Costituzione.

L'automatismo del lodo è illegittimo perché una sospensione *ope legis*, senza filtro alcuno, per qualunque reato, in qualsiasi fase processuale, viola il diritto di difesa dell'imputato e della parte civile. Il primo è condannato a svolgere il proprio mandato sotto la spada di Damocle di un'imputazione non verificabile nel processo, salvo dimettendosi dall'alta carica ma rinunciando così ad un suo diritto politico. Quanto alla parte civile costituitasi nel processo penale sospeso, subisce senza rimedio lo stallo della propria azione risarcitoria previsto dal non derogato art. 75, 3° comma, c.p.p.

La durata «per un tempo indefinito e indeterminabile» della sospensione introdotta dal lodo è incostituzionale perché una interruzione *sine die*, reiterata *ex lege* ad ogni rinnovo nella carica o nell'ipotesi di assunzione di altra carica apicale, lede - prima ancora che la ragionevole durata del processo - il diritto di difesa, di azione, la stessa effettività della giurisdizione.

Quanto alla generalità del lodo, la Corte ne assume un'accezione oggettiva (copre tutti i reati ipotizzabili, in qualunque epoca commessi, estranei alle attività inerenti alla carica) tranne poi individuarne la ragione d'illegittimità nell'ambito soggettivo di applicazione. Il lodo, infatti, è irragionevole perché assimila l'inassimilabile (accomunando in un'unica disciplina cariche diverse per fonti d'investitura e natura delle funzioni) e differenzia ciò che non è distinguibile (il regime processuale dei Presidenti delle Camere, del Consiglio dei ministri e della Corte costituzionale, rispetto ai componenti degli organi da essi presieduti).

Convince meno, invece, l'ulteriore censura circa il mancato richiamo del lodo al regime immunitario del Presidente (e dei giudici) della Corte costituzionale. E non solo per l'ovvia considerazione che quel silenzio è comunque riempito, per ragioni di gerarchia delle fonti, dalla disciplina costituzionale. Semmai il rilievo è altrove [e lo si deve a R. ORLANDI, *Lodo "Maccanico": attuazione dell'art. 68 Cost. e sospensione dei processi per le alte cariche. Profili di diritto processuale*, in *Dir. pen. e Proc.* 2003, 1209-1210]. Sta tutto nell'inutilità del lodo per il Presidente della Consulta. Qualificato infatti come "recettizio" il rinvio che l'art. 3, 2° comma, legge cost. n.1 del 1948, fa al (vecchio) art. 68 della Costituzione, ne discende che ai giudici costituzionali - Presidente compreso - continuerà ad applicarsi l'istituto dell'autorizzazione a procedere in tutta la sua originaria ampiezza (in linea con quanto prescritto dal pleonastico art.2, legge n. 140 del 2003, che ne stabilisce la prevalenza sulle procedure introdotte dalla legge n.140, lodo compreso).

Dichiarata così fondata la *quaestio* - dispone la Corte - «resta assorbito ogni altro profilo di illegittimità costituzionale». Qui cominciano i (mezzi) silenzi della sentenza, riconducibili ad una duplice strategica scelta argomentativa: l'inversione dell'ordine logico (se non gerarchico) delle censure d'illegittimità prospettate dal giudice *a quo*, che contestava del lodo l'*an* prima ancora che il *quomodo*; il ricorso (non obbligato, dunque voluto) all'istituto dell'assorbimento, che consente alla Corte di non sciogliere i nodi costituzionali di fondo della disciplina scrutinata. Ne esce così una motivazione minimalista. Perché non si misura fino in fondo con il problema della natura extrafunzionale e privata dei reati cui il lodo fa da scudo. Perché dice *dove* va corretto il lodo, ma non *come* debba essere corretto, cioè attraverso quale vettore normativo (una legge ordinaria o costituzionale?).

Entrambi i profili vanno invece approfonditi, seguendo la trama ordita dalla Corte in sentenza: da essi, infatti, dipende il (non improbabile) seguito parlamentare della decisione in esame.

Il primo nodo non sciolto riguarda la compatibilità del lodo con il regime costituzionale delle immunità funzionali e con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Altrove si era argomentato che una sospensione processuale, posta a copertura di imputazioni relative a reati *estranei* alle attività inerenti alla carica o addirittura commessi *prima* di assumerla, finisse per tutelare un interesse privato senza pregio costituzionale [A. PUGIOTTO, *"Lodo Maccanico", una legge a rischio di incostituzionalità*, in *D&G* 2003, n.26, 8 ss. ed ora - con sviluppi maggiori - ID., *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del "lodo Maccanico"*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)]. La Corte, invece, si dimostra altrimenti persuasa: vede dietro il lodo un «interesse apprezzabile» identificabile nella «assicurazione del sereno svolgimento delle rilevanti funzioni» che ineriscono alle cinque alte cariche. In ragione di ciò, ritiene la misura «diretta alla protezione della funzione». E proprio facendo leva su tale bene e sulla peculiare posizione di chi è titolare di un *munus publicum* apicale, esclude che una presunzione assoluta di legittimo impedimento per *status* istituzionale leda, *in sé e per sé*, l'eguaglianza.

L'argomentazione valorizza un interesse del cui pregio costituzionale si può invece dubitare. E' la stessa Corte a

legittimare il dubbio quando, decidendo nella citata sentenza n. 25 l'ammissibilità del quesito referendario sul lodo, osserva come la domanda abrogativa non riguardi «leggi a contenuto costituzionalmente vincolato o costituzionalmente necessarie». Qui sta la contraddizione: come può anche solo impostarsi un bilanciamento tra beni di sicuro rilievo costituzionale (l'eguaglianza davanti alla giurisdizione, l'obbligatorietà dell'azione penale, il diritto di difesa e di azione) ed un interesse genericamente «apprezzabile» ma, evidentemente, non imposto né richiesto dalla Costituzione?

L'argomentazione della Corte, inoltre, prova troppo. E' ovvio che situazioni diverse - come sono la titolarità di una carica istituzionale e la condizione di comune cittadino - giustificano regimi differenziati. Ma non in tutti i casi. Nelle ipotesi di procedimenti penali *già in corso prima* dell'assunzione della carica protetta o di processi penali per reati commessi *antecedentemente* al mandato istituzionale, la titolarità sopravvenuta dell'ufficio di Presidente (della Repubblica, del Senato, della Camera, del Consiglio, della Corte costituzionale) rappresenta della sospensione processuale non già il fondamento e il limite, bensì il mero presupposto. Davvero, almeno in questi casi, le situazioni giuridicamente differenziate sono «ontologicamente identiche» (come sostiene - a ragione - la parte privata costituitasi in giudizio). Davvero, in simili ipotesi, il richiamo alla carica ricoperta è un mero «pretesto per assicurare un privilegio» [G. GIOSTRA, *Il "lodo Berlusconi" alla prova dei giudici*, cit., 827].

L'argomentazione, infine, avalla una soluzione non obbligata. La legge cost. n. 1 del 1989 - attuativa dell'art. 96 della Costituzione - non prescrive, ad esempio, la sospensione dei processi al *premier* imputato di reati ministeriali. E non basta, a spiegare la discrasia, l'assunto dell'Avvocatura dello Stato (punto 4, ritenuto in fatto) relativo alla loro «indubbia maggiore gravità dal punto di vista istituzionale»: che dire, allora, di un Presidente del Consiglio imputato - in ipotesi - del reato comune di associazione mafiosa, o di corruzione di giudici in atti giudiziari? Davvero la loro commissione comporta la lesione di «interessi cedevoli» il cui perseguimento «può essere rinviato al momento della cessazione dell'esercizio delle funzioni protette», senza danni per la tenuta istituzionale dell'ordinamento? In altre occasioni poi [cfr. la sentenza n. 225/2001, i cui principi vengono «interamente confermati» nella sentenza n. 263/2003] il punto di gravità tra le esigenze della giurisdizione e la funzione del parlamentare-imputato è stato indicato dalla Corte costituzionale nel ricorso all'istituto del legittimo impedimento, il cui accertamento è rimesso ad una valutazione in concreto del giudice, sindacabile in sede di conflitto di attribuzioni tra poteri. Allora - per ricomporre una situazione non dissimile da quella ora in esame - si negò espressamente la necessità di regole speciali, derogatorie del diritto processuale comune, richiamando piuttosto giudice e parlamentare-imputato alla leale collaborazione. Oggi, invece, la Corte cambia spartito.

Quanto al nodo irrisolto della fonte idonea a veicolare il lodo, la sentenza dice e non dice.

La Corte riconosce in una sospensione processuale automatica, a tempo indeterminato, generalizzata nel suo ambito soggettivo di applicazione, una lesione della «parità di trattamento rispetto alla giurisdizione», principio che è «alle origini della formazione dello Stato di diritto» (punto 6, considerato in diritto). Sembra dunque preclusa una riproposizione del lodo - *sic et simpliciter* - attraverso il binario dell'art. 138 Cost.: si tratterebbe di revisione contraria a valori «fondamentali», sottratti dunque allo stesso legislatore costituzionale [non onnipotente, com'è noto: vedi da ultimo, muovendo proprio dal caso in esame, M. BARBERO, *Bocciato il c.d. "Lodo Schifani-Maccanico": si riapre il dibattito sull'immunità*, in *Forum Quad. Cost.*].

Viceversa - e quasi per paradosso - un lodo-*bis* riveduto e corretto reintrodotta con legge ordinaria sembra rientrare nel novero delle soluzioni possibili: perché - afferma la Corte - «il sereno svolgimento delle rilevanti funzioni» proprie delle alte cariche «può essere tutelato in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto» (punto 4, considerato in diritto). Del resto, qualificandolo come una tra le possibili ipotesi di sospensione del rito penale, la Corte accede alla tesi - della difesa e dell'Avvocatura dello Stato - che scorpora il lodo dal regime delle immunità propriamente dette riservato alla fonte di rango costituzionale. Derubricato così a mero istituto processuale, si aprono invece le porte per un rinnovato intervento in materia del legislatore ordinario, purché capace di lasciarsi alle spalle le «obiezioni gravi ma non insuperabili» [S. CURRERI, *Prime riflessioni sulla sentenza 20 gennaio 2004, n. 24 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. Cost.*] sollevate dal giudice costituzionale.

Non a torto, si è parlato di «sentenza-pilota» [C. DELL'ACQUA, *La certezza dei tempi il nodo da sciogliere*, ne *Il Messaggero*, 21 gennaio 2004] dove ritrovare agevolmente le coordinate per un lodo-*bis*: possibilità di prevedere un rinvio dell'azione punitiva dello Stato nel nome di un «apprezzabile interesse» pubblico; allargamento della sospensione processuale a tutti i membri degli organi costituzionali interessati; previsione di un meccanismo autorizzatorio subordinato ad una valutazione caso per caso; rinunciabilità alla sospensione processuale; sua durata temporale fino alla scadenza del mandato istituzionale; possibilità per la parte civile di proseguire l'azione risarcitoria in sede civile, indipendentemente dalla interruzione del processo penale [così il vice Avvocato Generale dello Stato O. FIUMANA, //

*lodo Schifani va solo ritoccato*, ne *Il Giornale*, 23 gennaio 2004; così anche S. CASSESE, *Immunità. Quale via d'uscita*, ne *Il Corriere della sera*, 25 gennaio 2004]. E' in questo spiraglio aperto il punto più critico della sentenza. Ma anche il meno risolto.

La Corte, infatti, sembra legittimare il ricorso alla legge ordinaria sul presupposto che il lodo sia assimilabile ad una sospensione di rito ma, nel contempo, è costretta a rilevarne l'anomala unicità di misura che persegue finalità «eterogenee rispetto a quelle proprie del processo», dunque riconducibile ad una scelta esclusivamente politica del legislatore ordinario.

Riconosce nel lodo una sospensione per *status* a suo avviso funzionale all'esercizio della carica. Ma - anche volendo accedere a tale riconoscimento - la Corte, evitando di pronunciarsi sulla sospetta violazione degli artt.68, 90 e 96 Cost., non spiega come possa tale sospensione coniugarsi con un regime costituzionale che riserva alla legge approvata ex art. 138 Cost. la disciplina delle prerogative funzionali degli organi apicali.

Illude infine i fautori di un rinnovato intervento *ope legis*. Il restauro di un lodo-*bis* dovrà riguardare anche altri punti non affrontati nella sentenza ma segnalati dal giudice *a quo*: ad esempio, il problema della dispersione del materiale probatorio non rinnovabile e degli atti processuali indifferibili, di cui l'art. 1 della legge n. 140 si disinteressava [G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, in *D&G* 2003, n. 24, 8 ss.]; oppure la necessità di differenziare tra reati coperti dall'ombrello della sospensione processuale e reati immediatamente perseguibili (diversamente dal lodo prima maniera, che copriva ad esempio anche la flagranza di reato). Ed è facile prevedere che un *lifting* condotto attraverso il bisturi legislativo dovrà comunque fermarsi davanti a crepe troppo larghe e profonde per l'abilità del legislatore ordinario. Basta qualche interrogativo per prefigurare alcune. Condizionare la possibilità di un rinnovo nell'alta carica ricoperta (o di candidatura ad altra carica) ad una rinuncia al lodo, non richiederebbe una revisione dell'art. 51 della Costituzione? Omogeneizzare la sospensione per *status*, allargandola a tutte le cariche politiche rappresentative o a tutte le cariche di governo direttamente elette, sarebbe davvero una mera misura processuale caricabile sulle spalle di una legge ordinaria? Analogamente, l'estensione della sospensione processuale - giustificata dalla necessità di assicurare «il sereno svolgimento» delle funzioni istituzionali - non al solo dibattimento ma all'intero procedimento penale [problema ambiguamente risolto dall'art.1 della legge n. 140: cfr. E. MARZADURI, *Dubbi sullo stop nella fase delle indagini*, in *Guida al diritto* 2003, n. 26, 23 ss.; G. PANSINI, *Una scelta pienamente costituzionale*, in *Dir. pen. e Proc.* 2003, 1233 ss.] non rappresenterebbe un peso costituzionalmente insostenibile per il legislatore?

Ecco perché, cocciutamente, resto dell'opinione che una presunzione assoluta di legittimo impedimento processuale per *status* istituzionale rappresenti una impropria addizione, per via legislativa, al dettato costituzionale. Il cui silenzio quanto al regime processuale dei reati extrafunzionali contestati ad un'alta carica va inteso - per ragioni sistematiche e per il loro carattere derogatorio del principio di eguaglianza davanti alla giurisdizione - come *divieto* di regimi speciali ulteriori a quelli dettati dagli artt.68, 90, 96 Cost. e 3, 2° comma, legge cost. n. 1 del 1948.

Qualcuno - temo - vorrà riproporre un lodo-*bis* adoperando la sentenza n.24/2004 come leva per manomettere tale cornice costituzionale. Ma il ricorso alla legge ordinaria per introdurre vere e proprie «modificazioni tacite alla Costituzione», quasi che la nostra Carta fosse flessibile, è una prospettiva che «dovrebbe essere considerata inammissibile» [A. PIZZORUSSO, *Giustizia e giudici*, in [www.associazioneideicostituzionalisti.it](http://www.associazioneideicostituzionalisti.it)]. Forse, una pronuncia diversamente motivata si sarebbe meglio sottratta alle strumentalizzazioni che -c'è da scommettere - non tarderanno a venire.

\* Straordinario di Diritto costituzionale Università degli studi di Ferrara