

La seconda volta

di Andrea Pugiotto*

(in corso di pubblicazione in *Cassazione penale*, 1/2010)

SOMMARIO: 1. Come un teorema (la sentenza n. 262/2009). – 2. Ipotesi (le immunità tutelano l'organo e, derogando all'eguaglianza davanti alla giurisdizione, hanno copertura costituzionale). – 3. Tesi (la legge n. 124 del 2008 traveste da mera sospensione processuale un inedito regime immunitario). – 4. Primo corollario (in quanto privo di copertura costituzionale, il lodo è incostituzionale). – 5. Secondo corollario (semaforo rosso per la legge ordinaria *non* significa semaforo verde per la legge costituzionale). – 6. Lemma (il rispetto del giudicato costituzionale ex art. 136 Cost. e il suo indebolimento). – 7. Continuità (e non discontinuità) tra le sentenze nn. 24/2004 e 262/2009 – 8. Scenario.

1. Facciamo finta che la legge n. 124 del 2008 non rappresenti – come invece rappresenta - l'ennesimo provvedimento legislativo tarato sul caso (di un) singolo¹. E' uno sforzo imposto dalla necessità di ragionare *giuridicamente*² sulla vicenda ora approdata alla sentenza n. 262/2009, qui

¹ «Conosciamo tutti la vera ragione per cui si è addivenuti alla redazione del "lodo", impensabile in un quadro politico diverso da quello presente» (A. RUGGERI, *Il "lodo" Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale (a margine di Corte cost. n. 262 del 2009)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, nota 22).

Qualche indizio? Il *nomen* invalso di «lodo», traslato dalla terminologia arbitrale privatistica, che squarcia il velo di una legislazione solo formalmente generale e astratta (cfr. E. OLIVITO, *Eguaglianza come parità di trattamento e sospensione dei processi*, in *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, a cura di R. Bin – G. Brunelli – A. Guazzarotti – A. Pugiotto – P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2009 196 nota 8). Il *lapsus calami* contenuto nell'*incipit* del primo comma dell'articolo unico di cui si compone la legge, dove si parla (non di alte cariche che non possono essere sottoposte a processo, come recitava il precedente lodo, bensì) di processi «sospesi», assumendosi immediatamente il punto di vista della sola alta carica già sotto giudizio (cfr. R. ORLANDI, *Questioni processuali nell'applicazione della legge 23 luglio 2008, n. 124*, ivi, 32). La *ratio legis* confusa con l'*occasio legis* e da questa soppiantata, tanto da ritenersi «che l'esigenza di evitare la celebrazione di taluni processi esprima l'urgenza di proteggere soggetti istituzionali da un preteso *fumus persecutionis*» (L. GESLAO, *Breve nota intorno alla legge n. 124 del 2008*, ivi, 135). La circostanza che l'unica alta carica ad essersene valsa è stato il Presidente del Consiglio (cfr. L. FERRARELLA, *Lodo Alfano e processi a quo*, in *Il lodo Alfano. Prerogativa o privilegio?*, a cura di A. Celotto, Neldiritto editore, Roma, 2009, 127 ss.). Chiude il cerchio il gran darsi da fare, all'indomani della sentenza n. 262/2009, per escogitare rinnovati marchingegni normativi per restituire "serenità" al premier (cfr. G. MARINUCCI, *Un nuovo "lodo Alfano" e/o un "mini-lodo Casini-Vietti?*, in www.forumcostituzionale.it).

² «Come è noto, ai fini dell'interpretazione di una disposizione di legge non rileva l'intenzione degli autori, quanto piuttosto il modo in cui la norma si "oggettivizza" nel sistema», tiene a ricordarci P.A. CAPOTOSTI, *Intervista*, in *Il lodo Alfano*, cit. 98.

fatta oggetto di commento per alcuni dei suoi numerosi profili di interesse costituzionalistico³.

Si è parlato, in proposito, di una decisione costituzionale dall'«andamento sillogistico»⁴. Non a torto. Spostando l'allegoria su altro piano, si può ricorrere all'immagine del teorema geometricamente dimostrato: la Corte muove da un'ipotesi, indica una tesi, la prova argomentatamente, formula due corollari, include un lemma.

2. L'ipotesi da cui prende le mosse il Giudice delle leggi è la seguente: tutte le immunità sono poste a tutela – diretta o indiretta – dell'organo costituzionale e sono derogatorie dell'eguaglianza davanti alla giurisdizione. In quanto tali, debbono avere copertura costituzionale.

Nel dimostrare l'assunto la sentenza contiene alcune importanti precisazioni.

La prima attiene al concetto di immunità, di cui viene accolta un'accezione molto estesa: le prerogative «possono assumere, in concreto, varie forme e denominazioni [...] 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»⁵.

La seconda precisazione si rivela strategica nell'economia della sentenza. Il regime delle immunità è materia costituzionale: ciò non perché esisterebbe in tema «una espressa riserva di legge costituzionale», bensì perché «le suddette prerogative sono sistematicamente regolate da norme di rango costituzionale». L'affermazione è avvalorata attraverso i soli esempi degli articoli 68, 90, 96 Cost., pertinenti all'esame in corso, cui possono però essere affiancati anche l'art. 122 Cost. (relativo alle prerogative dei consiglieri regionali) e l'art. 3, comma 1, della legge costituzionale n. 1 del 1948 (relativo alle immunità dei giudici costituzionali)⁶. Viene inoltre ripercorsa una

³ Per i profili più squisitamente processualpenalistici rinvio al commento di R. ORLANDI, *Illegittimi privilegi*, in questo medesimo fascicolo. Quanto ai prodromi dell'intera vicenda cfr. A. SPERTI, *La sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato, dal lodo Schifani al lodo Alfano*, in *Temi e questioni di attualità costituzionale*, a cura di S. Panizza e R. Romboli, Cedam, Padova 2009, 301 ss. (ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche pregresse).

V. 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.*, 2009, 4536.

⁵ *Considerato in diritto*, punto 7.3.1. (tutte le citazioni testuali della sentenza n. 262/2009 riportate nel presente paragrafo sono attinte da qui). Per una ricognizione dei multiformi istituti, sostanziali e processuali, riconducibili alla categoria delle immunità in senso lato vedi ora E. STANIG, *Le immunità: profili di diritto penale sostanziale*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 269 ss.

⁶

consolidata giurisprudenza costituzionale che esclude la possibilità per il legislatore di intervenire ad alterare, *in peius* o *in melius*, il regime delle immunità costituzionali⁷.

E' un passaggio argomentativo decisivo, eppure criticato nei primi commenti per una sua presunta equivocità⁸. Dissento da tale critica.

In tema di immunità, anche volendolo, la Corte non avrebbe potuto parlare di riserva alla legge costituzionale. Perché le riserve o sono espresse o non sono. Perché, se assoluta, la riserva alla legge costituzionale escluderebbe tutta una serie di prerogative introdotte per via legislativa ordinaria (è il caso, ad esempio, delle immunità diplomatiche, delle immunità dei consiglieri del CSM, della legge n. 219 del 1989 in tema di reati ministeriali) o contemplate nei codici penale e di rito penale (scriminanti, fori speciali, condizioni di procedibilità, per esemplificare): ipotesi che, invece, secondo la sentenza n. 262/2009, legittimamente «si inquadrano nel *genus* degli istituti diretti a tutelare lo svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali attraverso la protezione dei titolari delle cariche ad essi connesse».

Al tempo stesso, parlando di «uno specifico sistema normativo» inscritto in Costituzione, la sentenza può però respingere la tesi dottrinale secondo la quale – al netto delle immunità espressamente previste nel testo costituzionale – ci si muoverebbe all'interno di un ambito costituzionalmente inqualificato⁹, che il legislatore ordinario potrebbe

⁷ Per un'analisi d'insieme, di taglio interdisciplinare, vedi R. ORLANDI- A. PUGIOTTO (a cura di), *Immunità politiche e giustizia penale*, Giappichelli, Torino 2005.

⁸ Il richiamo è alle sentenze nn. 4/1965, 148/1983, 300/1984, 120/2004 e 149/2007: gli stessi precedenti – *tutti*, nessuno escluso – erano stati rammentati nel dibattito ferrarese da C. CARUSO, «Non mi avrete mai come volete voi»; *nuova legge, vecchi vizi*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 68-69; T.F. GIUPPONI, *La sospensione dei processi per le alte cariche nella legge n. 124 del 2008: di lodo in lodo, l'incostituzionalità non cambia*, ivi, 138, C. MARTINELLI, «Lodo» Alfano: *l'inadeguatezza intrinseca della legge ordinaria e la praticabilità (in astratto) di una revisione costituzionale*, ivi, 180; R. ORLANDI, *Questioni processuali*, cit., 32 (con particolare enfasi sulla sentenza n. 300/1984). Resta invece fuori dai precedenti evocati dalla Corte costituzionale la sentenza n. 379/1996, la cui *ratio decidendi* avrebbe ben potuta essere messa a valore: cfr. G. BRUNELLI, *Un privilegio illegittimo (anche per vizio formale)*, ivi, 60.

⁹ Cfr. T.F. GIUPPONI, *La sentenza sul "lodo Alfano": le possibili prospettive di riforma*; A. MORRONE, *La sentenza sul "lodo Alfano": una risposta tardiva?*: entrambi in *Quad cost.* 2009, fasc. 4, in corso di pubblicazione (ma già reperibili in www.forumcostituzionale.it). Radicalmente critico sull'intera impalcatura della sentenza in esame (accusata di «intransigente costituzionalismo») è C. CHIOLA, *Lamentatio sulla pietra tombale del Lodo Alfano*, in www.forumcostituzionale.it.

E' una delle tesi di fondo della relazione introduttiva al seminario ferrarese, svolta da G.M. SALERNO, *La sospensione dei processi penali relativi alle alte cariche dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 7-8 e 27-28. In tal senso anche D. TRABUCCO, *Legge costituzionale vs. legge ordinaria dello Stato: questione di metodo e di scelte*, in www.forumcostituzionale.it.

discrezionalmente riempire. Invece, ci dice la Corte, così non è. Riconosciuta – per ragioni sistematiche – la natura costituzionale della materia, il legislatore ordinario «in tema di prerogative (e cioè di 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».

La tesi del costituzionalmente inqualificato aveva il fiato corto. Se la complessiva architettura delle prerogative risponde ad una situazione di «bilanciamento costituzionalmente bloccato»¹⁰, è da escludersi che una legge ordinaria possa manipolarla, allungando artatamente la serie chiusa delle deroghe (costituzionali) a principi (costituzionali): lo impone l'ordine gerarchico delle fonti oltre che il dato – di tutta evidenza – che svela dietro un intervento solo apparentemente aggiuntivo un'alterazione del disegno costituzionale originario, dunque una sua (nuova) eccezione¹¹. E se davvero, in materia, dovessimo prendere sul serio la tesi per cui ciò che non è escluso da espressa disposizione costituzionale è legislativamente ammesso, si giustificerebbe il paradosso¹² per cui – ad esempio – potrebbe oggi reintrodursi *con legge ordinaria* la originaria autorizzazione a procedere del previgente art. 68 Cost., perchè non più presente nel sistema delle immunità a seguito della revisione costituzionale del 1993.

3. Formulata l'ipotesi, la Corte enuncia anche la tesi che intende provare. E' la seguente: la legge n. 124 del 2008 traveste da semplice sospensione processuale quella che, invece, è una vera e propria immunità.

Per dimostrarlo, la sentenza muove innanzitutto dalla *ratio* della legge in esame, ricostruita attraverso i suoi lavori preparatori, la sua trama normativa ed un frequente gioco di sponda con la precedente sentenza n. 24/2004¹³. Secondo la Corte il lodo Alfano - come già il lodo Maccanico -

¹⁰ L'espressione è di P. CARNEVALE, "A futura memoria": dalla Corte segnali "per il dopo", in *Il lodo Alfano*, cit., 43-44. Sulla possibilità di un apporto di dettaglio da parte della legislazione ordinaria rispetto alla materia costituzionale delle immunità cfr., sul piano della riflessione deduttiva, G. SORRENTI, *Due riflessioni sulla quaestio della legge n. 124 del 2008: forma e materia costituzionale e tertium comparationis (come "convitato di pietra"?) nei giudizi di eguaglianza*, e, con metodo induttivo dalla giurisprudenza costituzionale (con espresso riferimento alle sentenze nn. 300/1984 e 148/1983), P. VERONESI, *Il lodo perde il nome ma non i vizi d'illegittimità*, entrambi in *Il lodo ritrovato*, cit., rispettivamente 253-257 e 280.

¹¹

In tal senso, ad esempio, A. RUGGERI, *Il "lodo Alfano al bivio"*, cit., 5; G.U. RESCIGNO, *Ci voleva una legge costituzionale!*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 220.

¹²

Acutamente segnalato da P. VERONESI, *Il lodo perde il nome*, cit., 284.

¹³

La Corte neutralizza agevolmente anche la mossa del cavallo tentata dalla difesa privata, secondo cui l'autentica *ratio* della legge n. 124 del 2008 andava ricercata nella «finalità di tutelare (in via esclusiva o principale) non già la funzione inerente alla carica, ma il diritto di difesa garantito all'imputato dalla Costituzione e, quindi, di soddisfare

risponde al fine 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 esse appartengono) attraverso l'attribuzione di uno specifico *status* protettivo»¹⁴. Delle immunità, dunque, la legge impugnata presenta il primo dei due elementi costitutivi: garantire, sia pure in via mediata, l'esercizio della funzione di organi costituzionali.

Rintracciabile è anche l'altro requisito strutturale proprio delle immunità: la deroga al principio di eguaglianza. Secondo i giudici costituzionali, infatti, il lodo, applicandosi a favore dei titolari di quattro alte cariche dello Stato imputati di reati *comuni* (in qualunque epoca commessi, anche *prima* di rivestire tali cariche), crea una disparità di trattamento davanti alla giurisdizione – per così dire – a 360°.

Innanzitutto rispetto a tutti gli altri cittadini¹⁵, che svolgono attività private parimenti impegnative e doverose (espressione di un principio fondamentale, il diritto-dovere al lavoro, contemplato all'art. 4, comma 2, Cost.¹⁶): tutti costoro, se imputati di reati, sono chiamati a difendersi in giudizio, senza godere di alcuna sospensione processuale a garanzia della loro “serenità” professionale.

La violazione dell'eguaglianza è riscontrabile, in secondo luogo, con riferimento allo *status* protettivo dei singoli senatori, deputati, ministri, sottoposti ad un regime giuridico diverso da quello riservato al loro

esigenze proprie del processo» (cfr. *Considerato in diritto*, punto 7.3.2.1): su ciò, diffusamente, R. ORLANDI, *Illeciti privilegi*, cit., §§ 2 e 4. Quanto alla originale strategia processuale messa a punto dall'Avvocatura dello Stato, difesa pubblica della medesima alta carica, cfr. S. BARTOLE, “L'apprendista stregone”, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; M. RUOTOLO, *Il vero «lodo»: processi più veloci*, ivi. Considerazioni severe sulla «duplice veste» con la quale il Presidente del Consiglio ha partecipato al giudizio costituzionale incidentale sono svolte da R. BIN, *Le molte implicazioni della sentenza sulla legge Alfano*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, fasc. 12, § 6 (in corso di pubblicazione).

¹⁴ *Considerato in diritto*, punto 7.3.2.1. Ivi è anche la precisazione secondo la quale, nel meccanismo immunitario in esame, «non viene in rilievo, dunque, l'aspetto psicologico, individuale e contingente, della soggettiva serenità del singolo titolare della carica statale». Il lodo, insomma, ambisce a tutelare il sereno svolgimento della funzione (e non la serenità esistenziale di chi è Presidente *pro tempore*). Eppure, il confine tra serenità “oggettiva” e serenità “soggettiva” è davvero sottilissimo, nel momento in cui la sospensione del processo penale per reati non funzionali si riferisce a «organi che coincidono con un solo possibile titolare di ufficio singolo, personalmente individuabile»: ecco perché il lodo Alfano, proprio per il suo ambito di applicazione soggettiva, «non può non configurare, oltre che una prerogativa dell'organo, anche un privilegio *ad personam*» (F. MODUGNO, *Il principio di uguaglianza come principio “supremo” dell'ordinamento costituzionale*, in *Il lodo Alfano*, cit., 76).

¹⁵

«O non cittadini», secondo l'opportuna addenda di P. FARAGUNA. *Una storia di “lodi”: non c'è bis senza ter?*, in www.personaedanno.it.

¹⁶

Il richiamo all'art. 4 Cost., solo sottinteso nella sentenza n. 262/2009, è invece giustamente esplicitato da F. SORRENTINO, *La Corte e l'eguaglianza: la sospensione dei processi nei confronti delle alte cariche tra la sent. n. 24 del 2004 e la sent. n. 262 del 2009*, in *Il lodo Alfano*, cit., 85 nota 3.

Presidente (del Senato, della Camera, del Consiglio). Come già rilevato nella precedente sentenza n. 24/2004, ad essere alterato è così «il complessivo disegno del Costituente», che semmai contempla «una interpretazione costituzionale non “verticistica” delle assemblee parlamentari e del Governo»¹⁷. Così come si conferma irragionevole anche l'identico trattamento riservato a quattro alte cariche in realtà disomogenee per fonte d'investitura e per funzioni: anche qui la Corte ha gioco facile a richiamarsi al suo precedente del 2004¹⁸.

C.v.d.: sussistendo entrambe le condizioni proprie delle prerogative immunitarie (protezione indiretta della funzione, deroga all'eguaglianza davanti alla giurisdizione), la legge n. 124 del 2008 ha introdotto nella forma della sospensione processuale una vera e propria immunità.

4. Una simile addizione legislativa sarebbe legittima se lo *status* protettivo così introdotto rientrasse o fosse comunque ricavabile dal disegno costituzionale delle immunità. Il problema – per Alfano – è che l'ombrello del regime costituzionale delle immunità, per quanto aperto, non riesce a riparare il suo lodo.

Qui il Giudice delle leggi ha ragione da vendere. Le fonti costituzionali, per come sono scritte e per come vengono interpretate, non conoscono il postulato secondo il quale esisterebbe incompatibilità tra l'esercizio di funzioni istituzionali e la difesa nel processo, tanto più in caso di imputazioni per reati non funzionali¹⁹.

Quanto al diritto costituzionale positivo, esso *non* prescrive la sospensione dei processi al Presidente del Consiglio imputato di reati ministeriali (legge costituzionale n. 1 del 1989). Né la prevede nell'ipotesi di Capo dello Stato formalmente accusato di alto tradimento o attentato alla Costituzione: al contrario, l'art. 3 della legge costituzionale n. 1 del

¹⁷

S. PANIZZA, *Oltre il “lodo” v'è di più*, in www.nelmerito.com (6 novembre 2009).

¹⁸ Ha doppiamente ragione R. PINARDI, *La legge Alfano e la sentenza n. 24/2004 (ovvero: i «fantastici quattro» tra lodo ritrovato e Costituzione nuovamente violata)*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 206-207: sia quando rileva come «l'unico elemento che avvicina le cariche in oggetto, per quel che concerne la “fonte d'investitura” è il fatto di *non* essere espressione diretta della sovranità popolare», sia quando ricorda (a smentita della politicità come presunto denominatore comune tra le quattro alte cariche) l'esclusione del Presidente della Repubblica dal circuito dell'indirizzo politico affermata dalla Corte nella sua sentenza n. 200/2006 in tema di grazia.

¹⁹ Quale sia, infatti, la ragione costituzionalmente apprezzabile per giustificare un regime immunitario nei confronti di imputazioni *comuni* addirittura privilegiato rispetto a quello prescritto per imputazioni *funzionali*, non è dato sapere. Sul punto, la sentenza n. 262/2009 – come già la precedente sentenza n. 24/2004 – conferma che «un meccanismo generale e automatico di sospensione del processo [...] non può trovare ragionevole giustificazione in un supposto maggiore disvalore dei reati funzionali rispetto a tutti, indistintamente, gli altri reati» (*Considerato in diritto*, punto 7.3.2.3.1.).

1989, riconoscendo la *possibilità* – e non *l'obbligo* – che la Corte costituzionale quale giudice penale ne disponga la sospensione dalla carica, evidentemente non ritiene incompatibile con l'esercizio dell'ufficio di Presidente della Repubblica la sottoposizione a giudizio del suo titolare *pro tempore*. Analogamente, l'art. 68 Cost. (in entrambe le sue formulazioni, *ante* e *post* riforma costituzionale del 1993) non contempla incompatibilità di sorta tra esercizio della funzione parlamentare (anche di Presidente d'Assemblea) e impegni processuali.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale in materia, la soluzione di una temporanea sospensione del processo penale *non* è avallata né dalla sentenza n. 154/2004 sul “caso Cossiga” (in riferimento a reati extrafunzionali del Capo dello Stato)²⁰ né dal robusto filone giurisprudenziale inaugurato con sentenza n. 225/2001 nel “caso Previti” (in riferimento al legittimo impedimento del parlamentare imputato di reati estranei alla sua funzione).

Se non bastasse, c'è dell'altro. Motivando l'ammissibilità del referendum abrogativo sul vecchio lodo Maccanico, la Corte costituzionale riconobbe espressamente che il quesito non aveva ad oggetto «leggi a contenuto costituzionalmente vincolato o costituzionalmente necessarie» (così la sentenza n. 25/2004)²¹, affermando in tal modo che la sospensione processuale a favore delle alte cariche dello Stato rappresenta un regime immunitario *non* imposto né richiesto dalla Costituzione.

Si giustifica così il primo corollario del teorema dimostrato dalla Corte costituzionale: «la normativa censurata attribuisce ai titolari di quattro alte cariche istituzionali un eccezionale e innovativo *status* protettivo, che non è desumibile dalle norme costituzionali sulle prerogative e che, pertanto è privo di copertura costituzionale». La legge ordinaria, per questo, «non costituisce fonte di rango idoneo a disporre in materia»²². Inevitabile, quindi, la declaratoria d'incostituzionalità dell'intera legge n. 124 del 2008.

5. Nessun dubbio circa l'inidoneità della fonte primaria a veicolare il lodo: la sentenza n. 262/2009 chiude «le porte a qualsiasi ulteriore

²⁰ Con riferimento ad una presunta irresponsabilità presidenziale per atti estranei alla sua funzione, stupisce che se ne torni ancora a parlare come di un problema irrisolto (cfr. F. BIAGI, *La (im)procedibilità dell'azione penale nei confronti del Capo dello Stato in pendenza di mandato*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 51 ss.) o addirittura risolto nel senso di un congelamento di fatto dei relativi procedimenti penali (cfr. G. FRIGO, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. Profili procedurali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1233 nota 48 e 1234)

²¹

Come segnalato subito in A. PUGIOTTO, *Sull'immunità delle “alte cariche” una sentenza di “mezzi silenzi”*, in *D&G*, 2004, fasc. 5, 12.

²²

Considerato in diritto, punto 7.3.3.

intervento del legislatore *ordinario*»²³. Ne consegue per questo, come un secondo corollario, la possibilità per il legislatore *costituzionale* di introdurre un lodo-*ter*?

Si possono nutrire seri dubbi sulla tesi – in auge nel dibattito politico – secondo la quale sarebbe sufficiente elevare di grado l'atto-fonte per scavalcare le censure mosse contro il lodo dalla Corte costituzionale. Se letta con un minimo d'attenzione, la sentenza n. 262/2009 si rivela, in tal senso, disseminata di indizi.

1° *indizio*. La Corte accende un semaforo rosso alla legge ordinaria, ma *non* accende un semaforo verde alla legge costituzionale. Anzi. L'unico passaggio esplicito in tema è di segno contrario: «solo una fonte di rango costituzionale sarebbe idonea (*ove non violasse a sua volta principi supremi, insuscettibili di revisione costituzionale*) ad escludere il contrasto con la Costituzione»²⁴. E' un evidente richiamo all'esistenza di un genoma costituzionale non alterabile per via legale, perchè quello di revisione costituzionale è pur sempre un potere *costituito*, cui è inibito sostituirsi integralmente al potere *costituente*.

E' un problema che il giudice *a quo* romano aveva posto nella sua ordinanza: l'eguaglianza quale principio supremo *comunque* violato da un lodo *comunque* veicolato. Ed è solo il difetto di rilevanza della relativa *quaestio*, condannata perciò all'inammissibilità, ad aver precluso alla Corte una presa di posizione ancora più esplicita.

2° *indizio*. Non si può ritenere che, avendo già fatto riferimento nel considerato in diritto della sentenza al combinato disposto degli artt. 138 e 3 Cost., *implicitamente* la Corte avrebbe escluso l'operatività del principio di eguaglianza quale possibile controlimita ad un lodo introdotto attraverso la procedura aggravata della revisione costituzionale.

La ragione è presto detta. L'eguaglianza attorno alla quale la sentenza n. 262/2009 ragiona è declinata nella sua forma *mite* di canone generale di ragionevolezza (e non nella sua forma *assoluta* di principio supremo): se così non fosse, il richiamo congiunto agli articoli 138 e 3 rappresenterebbe un ossimoro costituzionale, proprio perché l'assolutezza del principio supremo di eguaglianza non tollera alcuna lesione in nessuna forma, neppure quella della legge costituzionale²⁵.

3° *indizio*. Anche in questa occasione la Corte ricorre all'istituto processuale dell'assorbimento²⁶. A scanso di equivoci (e memore degli incredibili fraintendimenti sviluppatisi attorno al suo precedente del 2004),

²³

A. GIORGIS, «...nelle forme e nei limiti della Costituzione», in *Il lodo Alfano*, cit., 64.

²⁴

Considerato in diritto, punto 7.1. Il corsivo è mio.

²⁵

Similmente P. FARAGUNA, *Una storia di lodi*, cit. (da cui ho attinto l'immagine stradale dei semafori adoperata per il 1° indizio).

²⁶ Andando per questo incontro alle (rinnovate) critiche, tra gli altri, di R. BIFULCO, *Sui limiti del c.d. assorbimento dei motivi nel giudizio di costituzionalità*, in *Il lodo Alfano*, cit., 21 ss.

lo fa attraverso una formulazione assai prudente e massimamente inclusiva: «restano assorbite le questioni relative all'irragionevolezza intrinseca della denunciata disciplina [...] ed ogni altra questione non esaminata». C'è tutto lo spazio perché, in una successiva occasione, la questione – qui rimasta in profondità – dell'eguaglianza quale controlimito ad una eventuale revisione costituzionale riemerge in superficie, colpendo e affondando un eventuale lodo-*ter*.

Ricordo inoltre ai distratti che quella pronunciata dalla Corte costituzionale è una sentenza di accoglimento. Non di rigetto, l'unica il cui esito arriva «come risultato finale di un esame che fuga uno dopo l'altro ogni dubbio prospettato dal remittente, sgombrando il campo da ciascuno di essi»²⁷.

Anche in ragione di questa doppia considerazione processuale, la questione – qui dalla Corte non affrontata – dell'eguaglianza come argine ad un lodo-*ter* introdotto mediante revisione costituzionale resta del tutto impregiudicata.

4° *indizio*. La proposta di costituzionalizzare il lodo dà per scontato il pregio costituzionale del bene da esso tutelato (l'interesse al sereno svolgimento della funzione pubblica), capace così di entrare all'interno di un bilanciamento con i principi costituzionali inevitabilmente derogati.

E' un postulato di cui si può dubitare. Lo spessore costituzionale del bene tutelato dal lodo è più affermato che dimostrato nella sentenza n. 24/2004, dove la Corte non si spinge oltre alla generica qualifica di «interesse apprezzabile», nulla di più²⁸. Che si tratti di un'esigenza imposta o richiesta dalla Costituzione è già stato escluso – come sopra ricordato – nella coeva sentenza n. 25/2004. Significativamente, la stessa difesa privata del *premier*, nel giudizio di costituzionalità poi risolto dalla sentenza n. 262/2009, va alla ricerca di una diversa e più robusta giustificazione costituzionale per il lodo, indicandone l'autentica *ratio* nella necessità di garantire l'esercizio del diritto personale alla difesa in giudizio dell'alta carica: introducendo così una (erronea) subordinata, la principale ne esce indebolita, rivelando che i primi a non prendere sul serio il tono costituzionale dell'interesse alla serenità dell'alta carica sono proprio gli avvocati-parlamentari dell'imputato Presidente del Consiglio *pro tempore*, tra i principali artefici del provvedimento legislativo.

5° *indizio*. Risponde ad un interrogativo: il controlimito del principio supremo di eguaglianza preclude *in tutto* o solo *in parte* una riproposizione in veste costituzionale del lodo Alfano? Dipende.

²⁷

G. SORRENTI, *Due riflessioni sulla quaestio*, cit., 250.

²⁸

Sul peso specifico di tale qualificazione cfr. le corrosive valutazioni di L. CARLASSARE, *La tutela del sereno svolgimento dell'attività delle alte cariche nello Stato di diritto*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 66 nota 9. Che non sia riscontrabile una giustificazione all'introduzione di una regola costituzionale derogatoria a favore delle alte cariche dello Stato è il parere di G. DEMURO, *Guarentigie e assenza di ratio derogatoria*, in *Il lodo Alfano*, 56-57.

Si può certamente discutere sulla possibilità per il legislatore costituzionale di introdurre la sospensione processuale a favore di una o più delle alte cariche dello Stato²⁹. L'irragionevole differenza di regime tra Presidente e membri del relativo collegio, ribadita nella sentenza n. 262/2009, è infatti mediata attraverso il richiamo al sistema normativo degli artt. 68 e 96 Cost., che la revisione costituzionale potrebbe, in ipotesi, ricalibrare. Problema, peraltro, che non si pone affatto per l'alta carica monocratica della Presidenza della Repubblica.

Si può anche discutere se, tramite legge costituzionale, sia possibile introdurre una moratoria dei processi per reati *extrafunzionali*³⁰. Già la sentenza n. 24/2004 non censurò il vecchio lodo per la natura comune dei reati coperti dalla sospensione processuale. Ora la sentenza n. 262/2009 sembra spingersi oltre, riconoscendo apertamente che la categoria delle immunità in senso lato può abbracciare anche atti estranei all'ufficio protetto. Del resto già oggi il regime dell'immunità penale disciplinato all'art. 68, commi 2 e 3, Cost. si estende notoriamente anche ad attività estranee alla funzione parlamentare³¹.

Fuori discussione è, invece, l'ipotesi che un lodo approvato per via costituzionale possa spingersi fino a coprire reati *prefunzionali* (commessi cioè anteriormente all'assunzione dell'ufficio pubblico), specie se i relativi processi fossero già in corso. Qui, davvero, l'imputato (non ancora Presidente) è un mortale tra comuni mortali. Qui, davvero, la serenità oggettiva che si volesse invocare a garanzia dell'esercizio della funzione pubblica celerebbe una serenità esclusivamente psicologica del soggetto (solo poi) chiamato all'alta carica. Qui, per definizione, non può neppure concepirsi il sospetto di un *fumus persecutionis*, perché i magistrati non possiedono la sfera di cristallo che permetta loro di predire il futuro *cursus honorum* istituzionale dell'imputato³².

²⁹ Possibilisti, in tal senso, T.F. GIUPPONI, *Il "lodo Alfano" alla Consulta: le ragioni di una scelta*, in www.nelmerito.com (6 novembre 2009); A. MORRONE, *La sentenza sul lodo Alfano*, cit.. Va tuttavia notato che anche la dottrina più apertamente favorevole all'introduzione di nuovi istituti immunitari al fine di riequilibrare i rapporti tra giustizia e politica, se ne guarda bene dall'ipotizzare una versione costituzionalizzata del lodo, suggerendo semmai interventi puntuali (e differenziati tra alta carica ed alta carica) su specifiche disposizioni costituzionali: T.F. GIUPPONI, *La sentenza sul lodo Alfano*, cit.

³⁰ E questo perché «tanto più gli atti compiuti sono lontani dalla funzione per natura [...] o momento di commissione [...], tanto più la deroga ai principi (e alle disposizioni) costituzionali deve essere prevista da fonti giuridiche del massimo grado gerarchico, per riacquistare così i crismi della legalità costituzionale» (C. CARUSO, «*Non mi avrete mai come volete voi*», cit., 68).

³¹ Come ricorda T.F. GIUPPONI, *La sospensione dei processi*, cit., 137-138.

³²

Sull'impossibilità logica (prima ancora che giuridica) di giustificare con l'argomento di un *fumus persecutionis* la sospensione processuale per reati commessi *prima* dell'assunzione della carica (o addirittura per reati *futuri* eventualmente commessi durante il mandato presidenziale) vedi A. PUGIOTTO, *Album e figurine. L'intrinseca irragionevolezza del lodo empiricamente dimostrata*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 219.

Al di là della tecnicità e delle sue possibili varianti, il problema di fondo è – se possibile – ancora più grave. Attiene al ruolo nel sistema del testo costituzionale. L'ipotesi, subitaneamente ed istintivamente messa in campo, di un terzo lodo irrigidito nella sua forma e nella sua forza giuridica, rivela l'uso tutto congiunturale che si ritiene di poter fare della Costituzione. Una Costituzione ridimensionata a mero atto-fonte, i cui rapporti con la legge ordinaria andrebbero impostati in termini esclusivamente formali e gerarchici.

Eppure³³ le Costituzioni sono rigide perché *scritte*, e sono scritte perché Carte costituzionali *in senso storico-politico*, e il previsto procedimento aggravato per la loro revisione (al pari del sindacato di costituzionalità della legge) è il meccanismo di garanzia della loro rigidità, non la ragione di essa. Ecco perché pensare di utilizzare l'art. 138 Cost. per forzare l'architettura costituzionale delle immunità significa rovesciare il rapporto tra la rigidità costituzionale e la sua garanzia procedurale, degradando la Costituzione a fonte tra le fonti (sia pure la più elevata in grado).

Un simile approccio rigidamente kelseniano, inoltre, dimentica³⁴ che le uniche revisioni costituzionali ammissibili sono quelle idonee ad apprestare una migliore specificazione e attuazione dei principi espressi in Costituzione. E che ad esse si dovrebbe ricorrere solo quando l'originaria previsione costituzionale si riveli non più idonea a tale funzione. Difficile sostenere che un lodo-*ter*, anche se approvato secondo la procedura dell'art. 138 Cost., soddisfi le due esigenti condizioni. Semmai è vero il contrario, giacché introdurrebbe un regime processuale che *allontana* (invece di *avvicinare*) l'implementazione di un principio cardine dello Stato di diritto come l'eguale trattamento davanti alla giurisdizione.

6. Il teorema sviluppato dalla sentenza in esame include anche un lemma.

Secondo uno dei giudici *a quibus* milanesi, alcuni commi del lodo impugnato, in quanto clonati dalla disciplina già annullata dalla sentenza n. 24/2004, configurerebbero una violazione del giudicato costituzionale. La natura pregiudiziale della questione, rispetto a tutte le altre, obbliga la Corte ad affrontarla per prima³⁵.

³³ Come ci ricorda A. PACE, *La "naturale" rigidità delle Costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, 1993, 4085 ss.; ID., *In difesa della "naturale" rigidità delle Costituzioni scritte*, ivi, 1995, 1209 ss.

³⁴

Come motiva A. RUGGERI, *Il "lodo Alfano al bivio*, cit., 2-3 (ma *passim*).

³⁵

Cfr. *considerato in diritto*, punto 5 (da cui sono tratte le citazioni testuali riportate nel presente paragrafo). Sulla natura tecnicamente pregiudiziale del vizio in esame non vi sono dubbi: cfr. G. GALIPO', *Quadrare il cerchio (il "lodo Alfano" fra l'"ombra" del giudicato e i poteri in equilibrio)*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 126 (con richiami in nota alla pregressa giurisprudenza costituzionale); C. MAINARDIS, *Violazione dell'art. 138 Cost.*,

Il vizio da riproduzione di norma già dichiarata incostituzionale viene qui escluso, in forza di un'interpretazione del parametro invocato (l'art. 136 Cost.) così asfittica da ridurre ai minimi termini l'effettiva operatività. Secondo la Corte, «perché vi sia violazione del giudicato costituzionale è necessario che una norma *ripristinata* o *preservata* l'efficacia di una norma già dichiarata incostituzionale». Si tratta di ipotesi, francamente, irrealistiche. Solo un legislatore totalmente sprovvisto e malaccorto sarebbe capace di commettere l'errore capitale di riprodurre un testo legislativo identico a quello già dichiarato incostituzionale (volendolo così ripristinare) o addirittura di confermarne la vigenza attraverso la tecnica suicida del rinvio materiale alla disposizione illegittima (intendendola così preservare). La Corte sposa in tal modo un esito interpretativo astratto che non promette nulla di buono per il futuro, se è vero che sul rispetto delle colonne d'Ercole del giudicato costituzionale «poggia il contenuto pratico di tutto il sistema delle garanzie costituzionali, in quanto ess[o] toglie immediatamente ogni efficacia alla norma illegittima»³⁶.

Né sembrava affatto un approdo interpretativo obbligato³⁷. La Corte accredita la sua odierna lettura con alcuni precedenti, richiamati ma non citati per esteso. Eppure, da quegli stessi precedenti e da altri³⁸, i vincoli al legislatore (non meno che all'applicatore della legge) derivanti dall'art. 136 Cost. apparivano ben più severi, traducendosi nel divieto di perseguire e raggiungere, direttamente o indirettamente, *esiti normativi* corrispondenti a quelli già ritenuti lesivi della Costituzione da una precedente decisione d'accoglimento. Ecco perché la testuale corrispondenza tra quanto annullato e quanto legislativamente reintrodotta non va mai trascurata o sottovalutata, tanto più quando – come nel caso della legge n. 124 del 2008 – la sopravvenuta disciplina presenti carattere di stabilità, non di provvisorietà. Se letto in modo esigente, l'art. 136 Cost. sembra dunque ridurre ai minimi termini i margini di manovra residui del legislatore, interamente subordinati alla circostanza che il quadro normativo in cui si

“assorbimento improprio” delle censure di incostituzionalità e giudizio in via incidentale, ivi, 176 e nota 121.

³⁶ Come riconosciuto dal Giudice delle leggi in altra occasione, la sentenza n. 73/1963, che così prosegue: «proprio in considerazione della fondamentale importanza per il nostro ordinamento giuridico di questo precetto costituzionale, la Corte trova altresì opportuno porre in rilievo che esso non consente compressioni od incrinature nella sua rigida applicazione».

³⁷

Benché auspicato: cfr. G.M. SALERNO, *La sospensione dei processi penali*, cit., 21-22; M. CECCHETTI, *Appunti sulle questioni sottoposte alla Corte e sui possibili esiti dei giudizi di legittimità costituzionale del “lodo Alfano”*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 83. Per una ricostruzione problematica del tema, sempre alla vigilia del pronunciamento della Corte, cfr. M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, in *Giur. it.*, 2009, 782 ss.

³⁸

Cfr., ad esempio, le sentenze nn. 73/1963, 88/1966, 223/1983, 922/1988. La Corte costituzionale sembra, invero, aver fatto leva soprattutto sulla sentenza n. 78/1992.

inserisce lo *jus superveniens* risulti mutato rispetto a quello in cui la pronuncia della Corte si collocava e trovava giustificazione.

Nel caso in esame, invece, si minimizza la corrispondenza testuale (parziale) tra vecchio e nuovo lodo, affermando che si «deve tener conto del complesso delle norme che si succedono nel tempo, senza che abbia rilevanza l'eventuale coincidenza di singole previsioni normative». E, viceversa, si valorizzano al massimo le «significative novità normative» introdotte con la legge n. 124 del 2008, pur non potendo nascondere la realtà di un legislatore che ha mostrato di prendere in considerazione il giudicato del 2004 solo «parzialmente» (il che equivale a riconoscere che il lodo Alfano raggiunge, direttamente o indirettamente, esiti almeno in parte corrispondenti a quelli dell'incostituzionale lodo Maccanico, come il prosieguo della pronuncia conferma ampiamente).

La stessa terminologia adoperata nella sentenza n. 262/2009 testimonia di una strategia argomentativa poco convincente: il ragionamento svolto dai giudici costituzionali, infatti, slitta dal piano della «norma» a quello della «disposizione», per poi planare su quello del «complesso delle norme» che si succedono nel tempo. In altri contesti ordinamentali, davanti al problematico accertamento del tasso di *novità normativa* di un sopravvenuto intervento legislativo, lo scrutinio svolto o prescritto dalla giurisprudenza costituzionale si è sviluppato secondo coordinate più rigorose: si pensi, per tutti, al concetto di abrogazione sufficiente ad interrompere il procedimento referendario ex art. 39, legge n. 352 del 1970³⁹.

Insomma, in questa occasione, la Corte costituzionale sembra accontentarsi. Perché? La risposta è a portata di mano. E' nel successivo richiamo alle due note del Quirinale «che hanno accompagnato l'autorizzazione alla presentazione alle Camere del disegno di legge in materia di processi penali alle alte cariche dello Stato e la successiva promulgazione della legge» n. 124 del 2008, basate sul riconoscimento delle «novità» da essa introdotte. Si realizza così il timore espresso in dottrina che quelle note irrituali della Presidenza della Repubblica potessero influenzare (se non l'esito, almeno) l'*iter* argomentativo della sentenza della Corte⁴⁰. La soluzione escogitata avalla l'operato del

³⁹

Cfr., da ultimo, D. BALDAZZI, *Il «seguito» della sentenza 68/1978 e la problematica ridefinita dell'abrogazione sufficiente nel procedimento referendario*, in «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, a cura di R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, ESI, Napoli, 2006, 511 ss.

⁴⁰

Qualcosa di simile era già accaduto nella precedente sentenza n. 24/2004, dove la mancata censura del lodo Maccanico per inidoneità della legge ordinaria ad introdurre la sospensione dei processi penali nei confronti delle alte cariche è stata messa in relazione con la preoccupazione della Corte costituzionale di non sconfessare, sul punto, l'atteggiamento assunto (e motivato) del Presidente della Repubblica Ciampi: cfr. A. PUGIOTTO, «Veto players» e dinamiche istituzionali nella vicenda del «lodo Maccanico», in *Quad. cost.*, 2004, 267-269.

Quirinale, evitando così un inopportuno dissenso. Al prezzo, però, di un allentamento dei vincoli prodotti dal giudicato costituzionale.

7. All'indomani del comunicato stampa che preannunciava il dispositivo della sentenza n. 262/2009, è stato sparso a piene mani l'argomento polemico di una sua discontinuità rispetto alla precedente decisione n. 24/2004: se allora i giudici costituzionali avevano negato la praticabilità dell'edificio legislativo per il modo in cui erano stati costruiti gli interni (illudendo così la maggioranza parlamentare che bastassero dei lavori di ristrutturazione per renderlo agibile), ora invece ne ordinano l'abbattimento per l'insufficiente tenuta dei muri maestri e delle fondamenta. L'impressione accreditata – addirittura in diretta televisiva per bocca di un Presidente del Consiglio livido e iracondo – è stata quella di un Giudice delle leggi che avrebbe giocato con il Parlamento (e il Quirinale) come il gatto con il topo⁴¹.

La lettura delle motivazioni della sentenza in esame rivela quanto infondata (e strumentale) sia una simile ricostruzione. A dimostrarlo, basta un semplice inventario dei luoghi in cui la Corte rimarca la continuità con il suo precedente.

Alcune strategie argomentative sono travasate direttamente dalla sentenza n. 24/2004, spesso attraverso la tecnica della citazione testuale o del rinvio esplicito. Il catalogo è questo: il principio di eguaglianza davanti alla giurisdizione come momento genetico dello Stato di diritto. La ricerca della *ratio* del lodo, vecchio e nuovo, che approda ad identiche conclusioni. La ricostruzione della sospensione processuale *ope legis* come una sorta di presunzione assoluta di legittimo impedimento. La conferma – ora come allora – che il lodo introduce un regime differenziato per le alte cariche davanti all'esercizio della giurisdizione. L'irragionevolezza di una stasi del processo penale caratterizzata da generalità e automaticità, non giustificate da una presunta maggior gravità dei reati funzionali rispetto a (tutti e indistintamente) i reati non funzionali. La differenziazione incostituzionale di *status* tra Presidente e membri dell'organo collegiale presieduto. L'eterogeneità, per fonte d'investitura e funzione, delle quattro alte cariche dello Stato irragionevolmente sottoposte ad un comune regime immunitario. L'unitarietà e inscindibilità delle discipline esaminate, in entrambi i casi fatte oggetto di annullamento integrale⁴².

⁴¹ Indicazioni bibliografico-giornalistiche, sulle reazioni dottrinali contrastanti registratesi all'indomani della sentenza in commento, in G. 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, fasc. 4, (in corso di pubblicazione), note 43 e 44.

⁴² Sia pure attraverso una differente tecnica decisoria: nel 2004 si ricorse ad una declaratoria di illegittimità consequenziale, mentre oggi ci si serve di una diretta dichiarazione d'incostituzionalità. L'esito, comunque, è in ambo i casi il medesimo: l'annullamento dell'intero *corpus* legislativo.

L'alternativa continuità/discontinuità, però, si gioca altrove: nel giudicato costituzionale *implicito* sulla questione dell'idoneità della legge ordinaria ad introdurre la sospensione processuale in esame. La sentenza n. 262/2009 nega che un simile *decisum* sia ricavabile dalla n. 24/2004, e motiva il perché⁴³: «è indubbio che la Corte [allora] non si è pronunciata sul punto»; «l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità» in senso tecnico-giuridico ed il ricorso all'istituto dell'assorbimento escludono che la sentenza del 2004 «contenga un giudicato implicito sul punto»⁴⁴; la sua mancata trattazione «consente in ogni caso al rimettente la proposizione di una questione analoga a quella già sollevata nel giudizio» precedente. Dice bene, la Corte⁴⁵.

Volendo, avrebbe potuto incrementare la dose. Aggiungendo che i soli effetti di una declaratoria d'incostituzionalità, qual è la sentenza n. 24/2004, sono quelli espressamente previsti dal diritto positivo (ex artt. 136 Cost., 27 e 30, legge n. 87 del 1953) e non si estendono a questioni meramente deducibili. O rammentando che ai giudici costituzionali era processualmente preclusa una pronuncia sul vizio formale, per l'elementare ragione che il dispositivo dell'atto di promovimento non indicava il parametro dell'art. 138 Cost. né la Corte aveva provveduto sul

43

Considerato in diritto, punto 7.2. (da cui sono tratte le citazioni di seguito riprese nel testo).

⁴⁴ Come ci ricorda V. ONIDA, *Intervista*, in *Il lodo Alfano*, cit., 108, «l'assorbimento è tutto, meno che una implicita dichiarazione di non fondatezza». Del resto la tecnica dell'assorbimento «è precetto costitutivo del metodo deduttivo, che si colloca sul piano della logica formale e non delle fonti del diritto» (C. MAINARDIS, *Violazione dell'art. 138 Cost.*, cit., 173) e questo spiega il suo utilizzo da parte della Consulta «senza alcun ordine preconstituito tra profili di forma e profili di sostanza» (A. RUGGERI, *Il "lodo" irragionevole*, in *Il lodo ritrovato*, cit., 224 nota 10), anche fuori dall'ambito del giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi (cfr. P. VERONESI, *Il lodo perde il nome*, cit., 279 nota 4, che porta l'esempio dell'ordinanza n. 73/1997 in materia di conflitti d'attribuzione tra poteri).

45

Salvo il riferimento al principio della riproponibilità delle questioni non affrontate, a mio avviso impropriamente richiamato. Rileggiamo il passo della sentenza: «Trova infatti applicazione, nella specie, il principio giurisprudenziale secondo cui le questioni di legittimità costituzionale possono essere riproposte sotto profili diversi da quelli esaminati dalla Corte con la pronuncia di rigetto [...]. Ne consegue che la questione riferita all'art. 138 Cost. [...] non può essere risolta con il mero richiamo alla sentenza n. 24 del 2004, ma deve essere scrutinata *funditus* da questa Corte, tanto più che detta questione ha ad oggetto una mutata disciplina legislativa». L'accostamento della tecnica dell'assorbimento al principio invocato non è possibile, perché la prima presuppone una sentenza di accoglimento mentre il secondo una decisione di rigetto. La similitudine non è corretta anche perché l'assorbimento si radica nell'annullamento della disciplina legislativa che – venendo meno – rende impossibile (processualmente, concettualmente) la riproposizione della *quaestio* assorbita. In realtà, quello che nelle parole della Corte sembra essere un *a fortiori* («tanto più che detta questione ha ad oggetto una mutata disciplina legislativa») è una vera e propria *conditio sine qua non* per l'operatività del principio invocato.

punto ad integrare formalmente il *petitum*⁴⁶. O rimarcando che, quella del 2004, non era una dichiarazione d'illegittimità «*nella parte in cui*», bensì di accoglimento secco: «il che significa che i “vizi” di quella legge non si potevano eliminare con operazioni ortopediche, come quelle che il Parlamento ha ritenuto di poter fare con la nuova legge»⁴⁷.

Più in generale, andrà pure rilevato che – fermo restando l'identico esito ordinamentale dell'annullamento – la possibile scelta di una differente strategia argomentativa non può stupire quando la composizione del collegio decidente è profondamente mutata⁴⁸. E che concettualmente il passaggio dall'implicito (della sentenza n. 24/2004) all'esplicito (della sentenza n. 262/2009) non rappresenta affatto un *overruling*⁴⁹.

Nessuna discontinuità, quindi, tra la prima e la seconda pronuncia costituzionale.

8. Resta, alla fine, uno scenario politico-istituzionale che sarebbe ingenuamente irenico ignorare.

Vedremo se ci toccherà in sorte di assistere – per la terza volta in pochi anni – ad un rinnovato lodo. Potrebbe rivelarsi un'attesa a vanvera. Ma anche, all'opposto, la reazione manesca di un potere che, percependosi impotente, diventa prepotente, al punto da derubricare due decisioni di accoglimento *integrale* tra le cose gravi ma non serie, quasi fossero due capricciosi incidenti di percorso.

⁴⁶

Lo rammentano, ad esempio, C. MAINARDIS, *Violazione dell'art. 138 Cost.*, cit., 172 e nota 4; V. ONIDA, *Intervista*, cit., 107. Per una ricognizione dei casi in cui il Giudice delle leggi si è misurato con la denunciata violazione dell'art. 138 Cost. cfr. G. FERRAIUOLO, *Osservazioni, a prima lettura, sull'art. 138 Cost. come parametro di legittimità nella sentenza n. 262 del 2009*, in www.federalismi.it, 2009, fasc. 3.

⁴⁷

V. ONIDA, *Intervista*, cit., 110. Anche A. PACE, *Le ragioni della Corte costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (12 ottobre 2009), attraverso una lettura di timbro kelseniano della sentenza n. 24/2004, ritiene che la Corte già allora avesse certificato «l'insufficienza formale della legge ordinaria».

⁴⁸

Come rammenta A. CELOTTO, *Sessant'anni di dibattito*, in *Il lodo Alfano*, cit., 7 nota 11, «soltanto i giudici Amirante, De Siervo, Maddalena e Finocchiaro» hanno fatto parte di entrambi i collegi giudicanti del 2004 e del 2009, la composizione della Corte costituzionale essendo nel frattempo mutata per undici quindicesimi.

⁴⁹ Infatti, se è vero che il precedente del 2004 – quanto al vizio formale (ma non solo) – è stato sottoposto a due opposte letture (cfr. A. PUGIOTTO, *Letture e riletture della sentenza costituzionale n. 24/2004*, in *Giur. it.*, 2009, 778 ss.), tuttavia è da escludersi una discontinuità interpretativa quando, come nel caso in esame, «la “disambiguazione” di un enunciato non contrasta con almeno uno dei significati che possono proporsi per l'enunciato medesimo!» (F. MODUGNO, *La legge Alfano sotto la lente del costituzionalista. Introduzione*, 770).

Se davvero sarà intrapresa la strada della revisione costituzionale, è improbabile che si esaurisca all'interno delle Aule parlamentari: mancata la maggioranza qualificata dei due terzi richiesta dall'art. 138 Cost., si aprirebbero gli spazi per una consultazione referendaria certa e massimamente divisiva, dove il merito del quesito sarebbe (sicurissimamente) soverchiato da quello che verrebbe presentato, da un sistema informativo *embedded*, come un'ordalia: un voto *pro* o *contro* un Presidente del Consiglio, ostaggio nelle mani di giudici accusati di volerlo processare – a tutti i costi e contro la volontà popolare espressa nelle elezioni – per rinchiuderlo in galera. Confuso il vero con il verosimile, l'esito referendario potrebbe confermare la delibera parlamentare. E il lodo-*ter* avrebbe così dalla propria non solo la forma e la forza costituzionale ma anche l'avallo popolare.

Entrato in vigore con l'ulteriore avallo di una promulgazione presidenziale (con nota esplicativa, c'è da scommettere), possiamo anche illuministicamente ipotizzarne una sua impugnazione incidentale, per sospetta violazione di un principio supremo. Ma siamo certi che, davanti ad un provvedimento così blindato, le spalle della Corte sarebbero davvero in grado di reggere il peso di una (terza) declaratoria d'incostituzionalità?

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara