

**Lo scudo processuale alle «alte cariche dello Stato»:
dal lodo “Maccanico-Schifani”, al lodo “Alfano”, al lodo “costituzionale”**

di Fioravante Rinaldi*
(14 dicembre 2009)

1. Introduzione. – 2. Parte I: Il lodo “Maccanico-Schifani”. – 3. Parte II: Il lodo “Alfano”.

*«Il processo era un affare che andava molto per le lunghe,
sembrava che non si decidevano mai a cominciarlo»
(Mark Twain, *Le avventure di Huckleberry Finn*, Cap. VI,
in M. Twain, *Tom Sawyer. Huckleberry Finn*, Torino, Einaudi, 1963, p. 243)*

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Profili identificativi dell’oggetto di analisi in chiave diacronica. – 2. Le ipotesi esistenti in chiave comparata. – 3. Il “decisionismo” del governo Berlusconi. Il lodo Alfano nei lavori della sedicesima legislatura. – 4. Il “lodo”. L’utilizzo peculiare di uno strumento giuridico.

1. *Profili identificativi dell’oggetto di analisi in chiave diacronica.*

Il tema della sospensione processuale ha alimentato nel nostro Paese una lunga discussione, dal punto di vista giuridico, placatasi in parte solo dopo la sentenza della Corte costituzionale 262/2009 che ha chiuso la *querelle* relativa al c.d. lodo “Alfano”. Dalla giurisprudenza costituzionale è emerso che la “serenità nell’esercizio delle funzioni” rappresenta un “interesse apprezzabile”¹, ma la consequenziale sospensione processuale va apprestata necessariamente (almeno) con legge costituzionale. Quindi, in sé, inevitabilmente, il problema è delicato e richiede al legislatore futuro che intendesse intraprendere tale via una riflessione pacata, il più possibile aliena dallo scontro politico – soprattutto ora che la contrapposizione si è spostata sul più ampio tema della prescrizione dei processi² – al fine di cercare in quale modo la sospensione processuale, immunità o quant’altro possa essere apprestata, senza incorrere in violazioni del dettato costituzionale, bensì alla luce di esso (sul punto v. senz’altro *infra*, Parte II, § 4). Ed invero, partendo da lontano, il tema, nella dialettica apertasi nel nostro Paese da qualche anno a questa parte, viene spesso associato – a torto o a ragione – al problema più ampio dell’immunità dei governanti dalla responsabilità giudiziale. E, quindi, a chi si accinge a studiare ed analizzare tale affascinante tematica, nella oramai fitta mole di lavori che la dottrina giuridica ha prodotto in materia³, viene naturale, pur con l’approssimazione che

¹ Meno rilevante, come avremo modo di vedere, è invece il riferimento al codice di procedura penale (relativamente alla disciplina dell’assunzione della testimonianza da parte delle «alte cariche dello Stato»), dal quale pareva aver mutuato la *ratio*, che prevedeva la possibilità da parte del Presidente del consiglio, del Presidente della Repubblica, dei Presidenti di Camera e Senato e del Presidente della Corte costituzionale di chiedere di essere esaminati nella sede in cui esercitano il loro ufficio, «al fine di garantire la continuità e la regolarità delle funzioni cui sono preposti» (art. 205, c. 2, c.p.p.); ma v. *infra* sul punto nt. 101.

² Così invero il ddl in tema di prescrizione dei processi a firma Gasparri, Quagliariello, Bricolo e altri presentato al Senato il giorno 12 novembre 2009. Cfr. sul tema, per un primo commento, E. MARZADURI, *Un progetto di legge sulla prescrizione breve che rischia di minare la tenuta del sistema*, in *Guida al diritto* 2009, n. 47, p. 7 s.; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Processo breve: con due anni per ogni grado spunta la ragionevole durata a norma di legge*, *ivi*, p. 12 ss.; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Solo con modifiche al rito e all’organizzazione si può lasciare spazio a meccanismi automatici*, *ivi*, p. 14 ss.

può avere l'occhio del giurista quotidiano⁴, distratto dal presente più che dal passato, cercare se in altre epoche – anche a noi lontane – vi sia stata una situazione di immunità *lato sensu* ovvero la protezione di un sovrano o governante da un giudizio. Non solo quindi di un'immunità di carattere “meramente” processuale o di uno “scudo” da una sorte di *accountability*, se non della c.d. «giustizia politica», ma anche da quella che è stata definita dalla dottrina come «responsabilità politica diffusa»⁵, cioè la libera critica dei cittadini (ovvero sudditi), dei soggetti sociali e politici e, *amplius*, dell'opinione pubblica.

Per il principe della Grecia arcaica non è facile saperlo con sicurezza. Se c'era, probabilmente era non di tipo legale, bensì inteso rispetto al nuocere fisico. Effettivamente un episodio viene alla luce nell'*Iliade* di Omero dove Tersite – che era soldato acheo di classe sociale comune – si mise a contestare e brontolare ad alta voce contro i principi, portando alla reazione di Odisseo che lo rimproverò aspramente, in quanto la plebe non poteva arrogarsi il diritto di contestare l'operato dei sovrani⁶. Certo pare dedursi che il sovrano, sia nell'Oriente mediterraneo, ma prima anche nell'Antica Grecia, fosse superiore alla legge, in quanto di derivazione divina. I sovrani greci erano “alunni di Zeus”, muniti di una sorte di “sigillo divino”; si pensi alla riverenza dei greci verso Agamennone. Difficile affermare con sicurezza, invece, se in epoca successiva a Sparta e Atene, esistesse una vera immunità per Solone o Clistene. Temporalmente, essi ricoprivano l'arcontato per un solo anno.

Vicina ad un'immunità in senso moderno era invece la situazione dei tribuni della plebe, istituiti nella “fase arcaica” del diritto romano. Ciò è *in nuce* in relazione alla loro caratterizzazione politica, appurato che era nata come magistratura di garanzia del popolo

³ Ci si riferisce primariamente a due recenti monografie sul tema: T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2005; C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, Milano, Giuffrè, 2008; più datato, e relativo allo status del parlamentare, risulta: G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari: natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, Einaudi, 1979; sul tema v. anche: M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001, p. 1009 ss.; nonché: R. MESSINI, *Immunità*, voce, in *Nuovo dig. it.*, 1938, XVI, Torino, Utet, p. 727 ss.; Id., *Immunità parlamentare*, voce, ivi, p. 730 ss. S. TRAVERSA, *Immunità parlamentare*, voce, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 213 ss.; D. BRUNELLI, *Immunità*, voce, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss. Per una ricostruzione storica v. invece: A. NICOLETTI, *Immunità (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, Utet, 1962, p. 192 ss.; C. PECORELLA, *Immunità (Diritto intermedio)*, ivi, p. 195 ss.

⁴ Sul tema della c.d. *comparazione diacronica* e sul problema della comparabilità cfr. i pregevoli lavori di M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 446 ss.; L. PEGORARO – A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Padova, Cedam, 2002, pp. 42 s. e 80.

⁵ La «responsabilità politica diffusa» può esaurientemente definirsi come la «libera critica dei cittadini, dei soggetti sociali e politici e dell'opinione pubblica» (cfr. M. VOLPI, *Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un'analisi comparata*, in L. CARLASSARE, *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, Cedam, 2003, p. 36). È stato sottolineato, invece, da un punto di vista giuridico, sul tema: «Da sempre la soggezione del titolare della potestà pubblica alla giurisdizione penale è stata sentita come un *vulnus* al libero esercizio della potestà medesima» (cfr. A. ABUKAR HAYO, *Immunità*, postilla di aggiornamento, in *Enc. giur.*, 2006, p. 1).

⁶ Cfr. Omero, *Iliade*, Libro II, 212 ss. Scriveva Omero in versi: «Tersite ... aveva in cuor suo molte parole confuse, inutili, disordinate, ostili ai sovrani» (II, 213, 214). Infatti il soldato acheo brontolava ad alta voce contro Agamennone (224 e 243), ma Odisseo gli rispose con dure parole: «... smetti e non ti azzardare, tu solo, a disputare coi capi ... Smetti dunque di avere i re sulla bocca, di ingiuriarli ... se ti colgo un'altra volta, come adesso, a impazzare non voglio che mi resti la testa sopra le spalle ... se non ti prendo e ti spoglio delle tue vesti ... e non ti rimando in lacrime alle navi veloci, cacciato dall'assemblea e percosso con disonore!» (247-264). E la folla commentava, rilevando come Odisseo avesse fatto bene a far tacere quel «calunniatore arrogante» che si era spinto a «insultare i sovrani con parole offensive» (275-277). Peraltro, occorre dare atto, metodologicamente, che dove i riferimenti sono confortati dalla “tradizione letteraria”, essi si dimostrano, in ultima analisi, com'è stato opportunamente dimostrato dalla dottrina, «... una documentazione indiretta, dai fragili contenuti leggendari, su cui non si possono che condurre caute considerazioni» (cfr. A. MANFREDINI, *Il Suicidio. Studi di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 11).

e veniva vista quasi come incarnazione della personalità dello stesso; l'immunità era loro concessa affinché potessero esercitare liberamente le loro funzioni. Essi erano quindi intoccabili dal popolo e dal Senato, anche se soggiacevano alle leggi e, quando i Gracchi vennero imputati di essere nemici della Repubblica, furono uccisi. Non pare godessero invece di una vera immunità i senatori (si pensi solo al fatto che Cicerone fu esiliato e fatto oggetto di processi); per i consoli vi era l'irresponsabilità solo durante l'anno di carica⁷. In effetti particolare sarà lo status di *immunis*, concesso ai senatori ed all'Imperatore, ed inteso però come mero esonero dal compiere certi doveri verso lo Stato (*munera*). Invero, con l'avvento di quella che viene chiamata "fase classica" del diritto⁸ (27 a.C. – 285 d.C.), e che coincide con quella storica del principato, il principe-imperatore era di fatto *legibus solutus*, mutuando la terminologia che deriva da un famoso frammento di Ulpiano, uno dei "grandi" giuristi della *Legge delle citazioni* di Valentiniano III. Emblematica era la posizione di Ottaviano Augusto che raggruppava in sé le funzioni di pontefice massimo, console a vita, comandante dell'esercito e altre. Nonostante la sua superiorità di fatto rispetto agli altri senatori, egli non era tale formalmente, visto che risultava giuridicamente un mero *primus inter pares* (*princeps*). E d'altro canto si ritiene che non vi fosse una totale sottrazione delle cariche apicali dello Stato dalla legge; le esenzioni saranno infatti limitate a pochi casi nella c.d. *lex regia de imperio*. Anche se pare che alcune incriminazioni non fossero possibili in pendenza del principato⁹.

Il sovrano bizantino non era invece "sopra la legge", ma "sottomesso" ed "emanatore" della legge¹⁰. Lo stesso periodo medioevale, nonostante sia quello in cui si è verificata la nascita dell'immunità¹¹, sembra – nei suoi casi più significativi – difficilmente dimostrare l'esistenza di tali situazioni. Si pensi al fatto che i maggiori esponenti di tale periodo, cioè Innocenzo III e Federico II, erano di formazione giuridica (il primo canonista, il secondo emanatore delle cc.dd. "costituzioni melfitane"), quindi per *forma mentis* abituati più al rispetto della legge che alla sua "sopraffazione" in virtù della carica. Ciò almeno formalmente, seguendo l'antico adagio della tradizione giuridica medioevale «*legem servare, hoc est regnare*». Di fatto, invece, essi rivendicavano un potere di radice divina e, come tale, superiore ad ogni ordine mondano. Naturalmente vi sarebbe stata una responsabilità di fronte a Dio, come dimostra – nella letteratura – l'esempio dantesco (v. *infra*). La stessa Venezia vede il Doge quasi "prigioniero" di Palazzo Ducale e la sua famiglia depauperata dei beni. E quando Marin Faliero prova – all'inizio del Trecento – a divenire "signore di Venezia", *legibus solutus*, viene ucciso.

In Inghilterra, fu invero nel 1397 che la *House of Commons* approvò un atto che denunciava il comportamento scandaloso, da un punto di vista finanziario, del Re Riccardo II. Thomas Haxey, il membro del parlamento che era "proponente" di questo atto contro il monarca e la corte, fu processato e condannato a morte per tradimento, riuscendo a salvarsi solo grazie al perdono del monarca¹². Ma la storia porterà ad altri casi, quali quelli

⁷ Cfr. sul tema: V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, (1957), VII ed., ristampa anastatica, Napoli, Jovene, 2006, p. 25.

⁸ Cfr., per la ricostruzione di tale fase, almeno: A. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 13.

⁹ Cfr. T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, cit., p. 28 e nt. 37 bibliografia.

¹⁰ In ciò si potrebbe rilevare la contraddizione – sottolineata nella discussione sul "potere" della legge – di essere artefice e, al tempo stesso, "suddito" della legge (per tale ricostruzione v. I. DIONIGI, *Aporie della legge*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos Basileus*, Bur, Bologna, 2006, p. 15).

¹¹ ... eccetto forse per l'ipotesi antica dell'invulnerabilità *ab immemorabili* degli ambasciatori nel diritto internazionale.

¹² Cfr. *Rules on Parliamentary Immunity in the European Parliament and the Members of State of the European Union*, p. 8; T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, cit., p. 48. È interessante, e trattato con straordinaria sobrietà ed ironia, il tema qui discusso nel colloquio fra Jim e Huckleberry sui sovrani ed il Parlamento in *Le avventure di Huckleberry Finn* di Mark

di Carlo I, sempre in Inghilterra nel 1648-49, e Luigi XVI in Francia nel 1793, a dimostrazione della possibilità di sottoporre il sovrano a giudizio.

Eppure, per il periodo assolutista, l'immunità parrebbe non servire. Luigi XIV può infatti permettersi di dire, con una frase rimasta oramai celebre e proverbiale per quel periodo storico, «*l'État c'est moi*», mentre in Austria gli Asburgo sono portavoce dell'assolutismo illuminato. L'assolutismo dimostrerà la superiorità del Re, ascrivibile al motto *Rex facit legem*. Se in Inghilterra il sovrano dovrà accettare, dopo la *glorious revolution*, che non si può prescindere dal Parlamento, dal punto di vista politico, per quel che riguarda l'aspetto giuridico, invece, Gerber ricordava come il monarca non fosse «sottoposto ad alcuna responsabilità giuridica né ad alcun potere giudiziario»¹³. Di questa vera e propria immunità del sovrano rispetto alle pretese del comune cittadino ce ne viene memoria da un famoso aneddoto nel quale l'oramai famoso mugnaio di Sans-Souci disse, in presenza di Federico I, il Grande, Re di Prussia, la proverbiale frase: «*Es gibt noch Richter in Berlin*» («Ci sono giudici a Berlino»); l'episodio è divenuto celebre, come celebre è la famosa opera di Rudolf von Jhering (*Lo spirito delle leggi*), rispetto al potere dei sovrani, che, non a caso, l'illustre filosofo Benedetto Croce fece ripubblicare in pieno periodo fascista¹⁴. Ma, vieppiù, la prerogativa riguarderà in futuro soprattutto il parlamentare dalle persecuzioni giudiziarie al fine che egli potesse esercitare le sue funzioni liberamente; a volte tale beneficio sarà allargato ai ministri (spesso in quanto parlamentari)¹⁵. Sul punto chiarirà, nel periodo della Germania weimeriana, Carl Schmitt come la protezione (dei deputati) dal procedimento penale e dalle limitazioni della libertà personale, contemplata dall'art. 37 Cost. Weimar, «è un diritto del parlamento nel suo insieme, non del singolo deputato»¹⁶. Così, a conti fatti, lo Stato di diritto aveva segnato il superamento del principio assolutista *princeps legibus solutus est*, trovando invece il proprio fondamento nella *rule of law* che delimita il vecchio potere assoluto del monarca¹⁷ e che sarà consacrato proprio in Inghilterra dalla *glorious revolution* del 1688-1689. Esso riconoscerà il diritto della *House*

Twain, ove Huck – spiegando all'amico i poteri dei re – dice: «... si mettono a litigare col parlamento, e se tutti non fanno subito quello che loro vogliono, zac... gli tagliano la testa» (Cap. XIV, p. 297). Per la responsabilità regia fondamentali rimangono: V.E. ORLANDO, *La responsabilità regia e la deposizione dei re inglesi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, p. 441 ss.; V.E. ORLANDO, *Immunità parlamentari ed organi sovrani. A proposito del caso di un giudizio d'interdizione contro un membro del Parlamento*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, I, p. 6 ss.

¹³ Cfr. C.F. v. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen 1852 e *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Dresden 1880, trad. it, *Diritto pubblico*, a cura di P.L. Lucchini, Milano, Giuffrè, 1971, p. 152.

¹⁴ Sul punto v. almeno: S. RODOTÀ, *Lo tsunami costituzionale*, in *La Repubblica*, 9 febbraio 2009, p. 3; V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, Il Mulino, p. 73, che collega(va) la “proverbiale frase” all'art. 24 Cost.; nonché con riferimento allo scudo alle «alte cariche dello Stato» del lodo “Maccanico-Schifani” v.: E. GROSSO, *L'incostituzionalità del “lodo Schifani” tra emergenza costituzionale e giudici a Berlino*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, n. 8, p. 966 ss.

¹⁵ Il periodo statutario vedrà – nel corso di due procedimenti penali a carico rispettivamente di Giolitti (1895) e Crispi (1897) – la Cassazione stabilire la competenza dell'autorità giudiziaria a conoscere solo dei reati commessi dai ministri, i quali, avendo il carattere di delitti privati, fossero stati estranei alla funzione ministeriale (cfr. Corte di Cassazione, sez. I, 24 aprile 1895, in *Giur. it.*, 1895, II, p. 132). Infatti, rilevava la suprema magistratura, «... essendo fuori di dubbio che il ministro il quale commetta un reato comune affatto estraneo alle sue funzioni, non possa essere soggetto che al diritto comune poiché la competenza speciale non è stabilita *ratione personae* bensì *ratione materiae*» (*ibid.*, p. 138); quindi, in ultima analisi, *non propter personam, sed propter rem* (cfr. p. 143). Ma la decisione se si trattasse di reato ministeriale o comune era lasciata invero primariamente alla valutazione della Camera (Corte di cassazione, sez. I, 8 novembre 1897, in *Giur. it.*, 1897, p. 344) e, solo dopo che essa avesse declinato la propria competenza, poteva attivarsi l'autorità giudiziaria, previo assenso della Camera. Per quel che riguarda le prerogative accordate ai membri dell'esecutivo, non mancano oggi esperienze che direttamente (ad es. Portogallo) ovvero indirettamente (Danimarca, Germania, Grecia, Islanda, Olanda, Spagna) proteggono i componenti del governo attraverso lo scudo delle prerogative parlamentari (cfr., sul tema, almeno: T.F. GIUPPONI, *La sentenza sul “lodo Alfano”: le possibili prospettive di riforma*, in www.forumcostituzionale.it, p. 3).

¹⁶ Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. It. *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, p. 416.

of Commons di poter sottoporre i funzionari del monarca ad *impeachment* di fronte alla *House of Lords*, oltre a garantire l'insindacabilità espressa nel *freedom of speech and debate* stabilita nel *Bill of Rights*.

Ed invero – ad integrare tale sicuramente incompleta casistica – concorrono i riferimenti nella letteratura, come *tomba*, cioè l'occhio di Dio (come veniva chiamato da Victor Hugo) da cui Caino il grande peccatore non poteva fuggire. Ed anche Dante, nel *Paradiso*, parla dell'occhio di Dio che tutto vede e tutto giudica, senza quindi possibilità (generalmente) di impunità dal giudizio universale¹⁸. Tutti vengono giudicati, imperatori compresi. Lo stesso Giustiniano, famoso imperatore romano della fase postclassica a cui dobbiamo il *Corpus iuris civilis*, viene giudicato da Dio e collocato (da Dante) nel VI canto del *Paradiso*.

Ma esiste, al di là del riferimento all'irresponsabilità giuridica del monarca nel periodo statutario, un'ipotesi di "scudo processuale" nella storia costituzionale italiana? Interrogato al riguardo, l'autorevole costituzionalista Leopoldo Elia ricordava un episodio, nonostante rilevasse lui stesso che si trattasse di ipotesi un po' forzata rispetto agli accadimenti che qui di seguito saranno analizzati. Egli si riferiva allo scioglimento da parte della suprema corte romana, «in via di indulgenza plenaria», del matrimonio di Garibaldi con la marchesa Raimondi¹⁹.

¹⁷ È stato efficacemente sottolineato come il crollo dell'*ancien régime* ed il trionfo dei principi del costituzionalismo liberale avessero messo in crisi il concetto di immunità intesa quale *ius singulare*. Commentava infatti T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, cit., p. 21, «Non è un caso, allora, che l'affermazione della supremazia della Costituzione abbia portato con sé la necessità di un'esplicita previsione (e di una giustificazione) di tali eccezionali deroghe allo Stato di diritto».

¹⁸ Invero il ragionamento è più complesso e più volte si lega al tema della grazia. Infatti, nella *Divina Commedia*, Dante sembra dare per sottointeso che non si possa sfuggire alla giustizia divina; egli però s'interroga sul ruolo della preghiera. A conti fatti anche lui è sfuggito al giudizio di Dio perché la Madonna ha interceduto a suo favore. Basta al riguardo notare il secondo canto dell'*Inferno* (94-96) ove Beatrice parla a Virgilio, prima di inviargli da Dante, con le note parole: «Donna è gentil nel ciel che si compiange/di questo impedimento ov'io ti mando,/si che *duro giudizio* là su frange» (corsivo mio); a dir, quindi, come nel cielo vi sia una donna che si duole della condizione di Dante (la situazione di impedimento in cui io, Beatrice, ti mando in soccorso, Virgilio). Così, la Madonna – aiuto dei cristiani – si è mossa per Dante che l'ha pregata. Ma allora può la preghiera garantire una sorte di immunità dal giudizio divino? Nient'affatto, a leggere il sommo poeta, il giudizio di Dio (cioè quanto egli aveva previsto *ab aeterno*) si spiega in tutti i suoi effetti, ed è immutabile. Ed allora come si giustifica la preghiera? Dante capirà in *Paradiso* che essa è una delle possibilità previste da Dio stesso, che quindi prevede di poter usare misericordia all'uomo ritardando (con una sorte di sospensione, in questo caso più della pena che del giudizio) quanto egli ha stabilito per la sua vita (decreto divino) senza però mutarne di una virgola il contenuto. Lo dimostra la storia del re Ezechia, in un passo che per noi è decisivo (*Paradiso*, XX, 49-54). Infatti il re Ezechia, quando Isaia gli annunciò che sarebbe presto morto, chiese a Dio – nel suo supremo *ius vitae necisque* – di permettergli di scampare alla morte per poter fare penitenza e salvarsi. Dio lo ascoltò e gli concesse di vivere (in penitenza) per altri quindici anni (IV Libro dei Re, XX, 3-7). Alla fine la morte lo raggiunse esattamente come stabilito, anche se Ezechia era comunque salvo. Al riguardo basta ascoltare l'aquila parlare a Dante: «E quel che segue in la circonferenza/di che ragiono, per l'arco superno,/morte indugiò per vera penitenza;/ora conosce che 'l *giudicio eterno non si trasmuta*, quando degno prece/fa crastino là giù de l'odierno» (corsivo mio); cioè: e quegli che segue nell'arco (di spiriti) di cui Dante sta parlando, verso la sua parte superiore, posticipò la morte in conseguenza di vero pentimento (anche se altri interpretano: per fare sincera penitenza), ora conosce che il giudizio (il decreto eterno di Dio) non muta quando una preghiera nata da un cuore giusto, degno, sulla terra, differisce al domani quello che era fissato per l'oggi. Infatti la possibilità di una preghiera e del suo accoglimento erano già prestabiliti, antiveduti nel giudizio divino; si pensi all'onniveggenza dell'"occhio di Dio" quando Cacciaguida – *Paradiso*, XVII, 37-42 – spiega a Dante: «La contingenza, che fuor del quaderno/de la vostra matera non si stende/tutta è dipinta nel cospetto eterno;/necessità però quindi non prende/se non come *dal viso* in che *si specchia*/nave che per torrente giù discende». In ciò il differimento di una cosa per effetto di una preghiera fa già parte del decreto di Dio, che resta perciò immutato.

¹⁹ Cfr. *Intervista a L. Elia, Elia: la Costituzione non abita qui*, in *L'Unità*, 7 giugno 2003, p. 1. Si sa che all'epoca Garibaldi aveva chiesto l'appoggio di amici influenti (addirittura chiese l'intervento del Re) al fine di pervenire all'annullamento. Sarà solo grazie ad un cavillo legale, trovato dall'avvocato Pasquale Stanislao

Certo, per quanto suggestivi, si sa che i riferimenti allo ieri non possono da soli dare risposta all'oggi. Ed allora, dopo questa breve anamnesi e prima di accingerci ad un'analisi e "biografia" giuridica della sospensione processuale adombrata dai due "lodi" emanati rispettivamente nella XIV e XVI legislatura, vediamo com'è regolamentato tale istituto nel quadro comparatistico.

2. Le ipotesi esistenti in chiave comparata.

È stato opportunamente sottolineato come dall'analisi dell'istituto nelle varie esperienze estere non emerga un orientamento omogeneo²⁰. Infatti oltre confine l'ipotesi dello "scudo processuale", inteso quale sospensione dai processi penali relativamente agli illeciti extrafunzionali²¹ per l'intero arco del mandato d'incarico, è costituzionalmente contemplato in soli quattro paesi: Portogallo, Grecia, Israele e Francia²².

Per quel riguarda il riconoscimento di tale prerogativa al Capo dello Stato francese, esso si deve – compiutamente – alla legge cost. n. 2007-238 del 23 febbraio 2007, voluta dall'allora presidente Chirac, che ha totalmente novellato il Tit. IX Cost. (rubricato: *La Haut Cour*). È in particolar modo l'art. 67 Cost. che, dopo aver sancito l'immunità del Presidente francese per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, prevede la sospensione temporanea per qualsiasi procedura nei suoi confronti. Esso, infatti, stabilisce che – durante il mandato – non gli deve essere richiesto di testimoniare, oltre al fatto di non poter essere oggetto di azione ecc... davanti ad alcuna giurisdizione o autorità

Mancini, e cioè che in Lombardia – nel gennaio 1860 – vigeva ancora il codice austriaco a permettere l'annullamento da parte del Corte d'Appello di Roma, il 14 gennaio 1880, del matrimonio, in quanto rato e non consumato (cfr., per la ricostruzione della vicenda giudiziaria, Corte d'appello di Roma, sent. 14 gennaio 1880, in *Giur. it.*, 1880, vol. XXII, Parte I, sez. II, p. 334 ss.; nonché in chiave storica: A. SCIROCCO, *Giuseppe Garibaldi*, RCS Quotidiani Milano, 2005, p. 204).

²⁰ Cfr. G.M. SALERNO, *Dal panorama internazionale assetti differenti ma sempre inseriti nella Carta fondamentale*, in *Guida al diritto* 2009, n. 41, p. 21. Sulla tendenza «neo-assolutistica» al modello del giudizio di propri «pari» per chi riveste *pro tempore* cariche politiche, con particolare riferimento al sistema francese, v. G. AZZARITI, *Politica e processi*, in *Giur. cost.*, 2004, I, p. 834 spec.

²¹ Come rilevato da T.F. GIUPPONI, *L'immunità presidenziale e gli atti «extrafunzionali»*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 275, nt. 18, rientrano in tale categoria «non solo gli atti compiuti in pendenza del mandato presidenziale del tutto estranei all'esercizio delle funzioni, ma anche quelli compiuti precedentemente all'assunzione della carica e, per ciò stesso, logicamente «extrafunzionali» *ratione temporis*». Quindi, come rilevato nella dottrina penalistica, si extrafunzionali che prefunzionali (cfr. M. RONCO, *Appunti di diritto penale. Cenni sulla legge penale e sulle cause di giustificazione. Dalle lezioni dell'anno accademico 2008-2009*, Padova, Edizioni Libreria Progetto, 2009, p. 62).

²² In altri Paesi esiste l'autorizzazione a procedere parlamentare (cioè dell'Assemblea federale in Austria e del *Bundestag* in Germania) per i reati riguardanti il Capo dello Stato (cfr. art. 63, c. 1, Cost. Austria; art. 60, c. 4, Grundgesetz; art. 11, c. 2, Cost. Islanda; sul tema, in dottrina, v.: F. DELPÉREE, *La responsabilité du Chef de l'État. Breves observations comparatives*, in *Rev. fr. dr. const.*, 2002, n. 49, p. 31 ss.). Anche per i componenti dell'esecutivo esiste in alcuni Stati l'autorizzazione parlamentare a procedere per i reati extrafunzionali (cfr. art. 103 Cost. Belgio e l. cost. 12 giugno 1998; l'art. 72, Cost. Spagna, prevede che se il componente dell'esecutivo è parlamentare ha diritto all'*aforamiento* di fronte alla sezione penale del Tribunale supremo; anche in Germania si prevede l'autorizzazione a procedere, se parlamentari, art. 46 GG). In altri Paesi ancora si prevede il consenso del Primo ministro (art. 75 Cost. Giappone). L'immunità processuale è invece disciplinata con legge ordinaria in Olanda (l. 22 aprile 1855) e in Grecia (l. 19 giugno 1997, n. 2509); cfr. sul punto la ricostruzione di G.M. SALERNO, *Dal panorama internazionale assetti differenti ma sempre inseriti nella Carta fondamentale*, cit., p. 24; S. DONDI, *Il lodo Alfano tra forma di stato e forma di governo (ovvero: «la pelle di zigrino» del regime parlamentare)*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 112, nt. 3; cfr. inoltre: *Le immunità delle alte cariche dello Stato*, Camera dei deputati, XVI legislatura, *Servizi di biblioteca*, Materiali di legislazione comparata, luglio 2008. Sul tema v. inoltre: T.F. GIUPPONI, *Tendenze europee in materia di immunità costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 677 ss.; per le cautele sulla comparabilità delle esperienze estere a quella italiana, a causa della diversa forma di governo, v.: P. COSTANZO, *Circuito della politica e circuito del diritto: quale equilibrio nel moderno Stato costituzionale? (Uno sguardo comparatistico)*, in *Giur. it.*, 2009, n. 3, p. 789 spec.

amministrativa (art. 67, c. 2, Cost.); si prevede parallelamente la sospensione della prescrizione. Invero la revisione costituzionale è stata il “seguito” della *querelle* interpretativa fra *Conseil constitutionnel* e *Cour de cassation*. Infatti, la decisione del 22 gennaio 1999, n. 98-408 del *Conseil constitutionnel*²³ aveva riaperto il dibattito relativo alla contrapposizione fra interpretazione congiunta (che avrebbe portato ai giudici ordinari la competenza degli illeciti extrafunzionali presidenziali) ovvero l'interpretazione separata dei due commi dell'ex art. 68 Cost. (responsabilità per gli atti compiuti dal Presidente della Repubblica solo di fronte all'Alta corte di giustizia). Ma non è tanto l'affermazione del *Conseil constitutionnel* nella dec. 98-408, la quale si limitava ad un mero riconoscimento di un *privèlège de jurisdiction* di fronte all'Alta corte di giustizia²⁴ per gli atti extrafunzionali²⁵, facendo propria l'interpretazione separata dei due commi, quanto la pronuncia della *Cour de cassation* n. 481 del 2001 – che dava una lettura unitaria dei commi dell'art. 68 Cost.²⁶ – la quale puntualmente rilevava che il Capo dello Stato non poteva, in pendenza del suo mandato, «essere sentito come testimone assistito, essere sottoposto ad esame, citato o rinviato a giudizio per una qualsiasi infrazione innanzi alla giurisdizione penale di diritto comune». Quindi, in ultima analisi, la sospensione processuale per il suo ruolo istituzionale. Essa era necessaria al fine di garantire il regolare funzionamento dei pubblici poteri e la continuità dello Stato (ex artt. 5-6 Cost.). Parallelamente si prevedeva la

²³ Cfr., sul tema, S. BOLLE, *Il Presidente della Repubblica*, in D. ROUSSEAU, *L'ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica francese*, ed. it., collana diretta da N. Olivetti Rason – Lucio Pegoraro, Torino, Giappichelli, 2000, p. 137, nt. 25, che ricorda il caso *Dumont c. Giscard d'Estaing* del 1974, ove il tribunale correzionale si dichiarò competente – in difetto di opposizione di d'Estaing – per atti antecedenti la sua elezione all'Eliseo, pur non proseguendo l'azione poi per mancanza di prove. Inoltre è famoso il diniego del giudice istruttore, nell'aprile 1999, di sentire, quale testimone, Chirac (all'epoca presidente) per fatti relativi al municipio di Parigi nel periodo in cui egli era sindaco (v. sul punto la ricostruzione di E. GROSSO, *La riforma dell'immunità presidenziale nell'ordinamento francese: verso la dissoluzione del principio di responsabilità*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, cit., p. 103, nt. 13). Il giudice istruttore si basò proprio sulla sentenza del *Conseil Constitutionnel*.

²⁴ Infatti l'art. 68, Cost. 1958, recitava: «Il Presidente della Repubblica non è responsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni tranne che nel caso di alto tradimento. Può essere messo in stato d'accusa solo dalle due assemblee, mediante votazione di un'identica deliberazione a votazione pubblica e a maggioranza assoluta dei componenti. È giudicato dall'Alta Corte di giustizia». Sulla ricostruzione di tale interpretazione: T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, cit., p. 385 ss.; C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, cit., p. 198 ss.; nonché sulla pronuncia del *Conseil constitutionnel*: B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit pénal International. À propos de la décision n. 98-408 DC du 22 janvier 1999*, in *Rev. fr. dr. amm.*, 1999, p. 285 ss.; P. AVRIL, *À propos de l'interprétation littérale de l'article 68 de la Constitution*, ivi, p. 715 ss.; L. FAVOREU, *La responsabilité pénale du chef de l'État: l'interprétation de l'article 68 de la Constitution*, in *Rev. fr. dr. const.*, 1999, p. 324 ss.; M. TROPER, *Comment décident les juges constitutionnelles*, ivi, p. 325 ss.

²⁵ ... peraltro si trattava di un *obiter dictum*, quindi ininfluenza, come rilevava T.F. GIUPPONI, *L'immunità presidenziale e gli atti «extrafunzionali»*, cit., p. 284, nt. 52; T.F. GIUPPONI, *Tendenze europee in materia di immunità costituzionali*, cit., p. 672, nt. 12. Infatti il *Conseil constitutionnel* aveva solo affrontato il problema della compatibilità con la Costituzione di alcune disposizioni del Trattato di Roma del 1998 sulla possibilità di deferire il Presidente alla Corte penale internazionale (cfr., sul tema, T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, cit., p. 389 s.; per una valutazione di tale decisione v. anche: P. COSTANZO, *La giurisprudenza del Conseil constitutionnel nel biennio 1997-1998*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3367; P. COSTANZO, *La giurisprudenza del Conseil constitutionnel nel biennio 1999-2000*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3205).

²⁶ Per tale ricostruzione v.: D. ROUSSEAU, *La responsabilité pénale du Président français: réponses à deux questions*, in *Pouvoirs*, 2000, p. 70 ss.; D. CHAGNOLLAUD, *Le Président et la doctrine: à propos de la responsabilité pénale du Chef de l'État*, in *Rev. dr. publ.*, 1999, p. 1669 ss.; B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international*, cit., p. 296 ss., avallando la competenza della giurisdizione ordinaria.

sospensione della prescrizione²⁷ e la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria per gli illeciti extrafunzionali.

Invece l'art. 133, c. 4, Cost. Portogallo²⁸ e l'art. 49, c. 1, Cost. Grecia stabiliscono che il Presidente della Repubblica è processabile di fronte alle corti ordinarie alla fine del mandato per reati non commessi nell'esercizio delle funzioni, cioè – come rilevato – la sospensione processuale. Similmente è previsto in Israele²⁹ ove la sospensione processuale blocca anche i termini di prescrizione. È però possibile che il *Knesset* – a maggioranza dei tre quinti dei componenti – possa destituire il Presidente dalla sua carica per indegnità ove la condotta risulti incompatibile con l'esercizio delle funzioni.

Si era invece discusso di sospensione processuale per il Capo dello Stato negli Stati Uniti, grazie ad alcuni precedenti della Corte suprema. Infatti l'unico tipo di immunità contemplata nella Costituzione del 1787 è quella parlamentare (art. I, sez. 6)³⁰, riassumibile nella celeberrima dizione di *Speech and Debate Clause* e di *Arrest Clause*. Ma invero l'indagine va fatta, come detto, alla luce della giurisprudenza del giudice supremo di Washington. È infatti noto che nella decisione *United States v. Nixon*³¹ – relativa al famoso caso “Watergate” – la Corte di Washington aveva sostenuto che «interpretare l'art. II sui poteri del Presidente nel senso che esso stabilisca un privilegio assoluto di immunità da mandati di comparizione essenziale per l'applicazione di leggi penali, sulla base di niente di più che un generico interesse pubblico alla riservatezza ... rovescerebbe la bilancia costituzionale di un 'governo funzionante' e indebolirebbe gravemente il ruolo delle Corti così come previsto dall'Art. III»³². Perciò la Corte suprema negò il diritto alla segretezza delle comunicazioni fra gli alti ufficiali del governo e coloro che li assistono nell'esercizio delle funzioni³³. All'occhio del supremo giudice federale americano, quindi, né la *separation of power doctrine*, né la necessità di mantenere la confidenzialità delle comunicazioni ad alto livello – sostenuta dall'avvocato del presidente Nixon – potevano supportare un privilegio presidenziale assoluto³⁴ e non qualificato³⁵ di immunità dai procedimenti giudiziari³⁶. È altresì vero, quale “legge del contrappasso”, che,

²⁷ Cfr. *Cour de cassation*, Assemblée plénière, 16 ottobre 2001, arrêt n. 481 (M. Michel Breisacher); e per un commento alla stessa: X. PRÉTOT, *Quand la Cour de Cassation donne une leçon au Conseil Constitutionnel ... À propos de la responsabilité pénale du Président de la République*, in *Rev. dr. publ.*, 2001, p. 1625 ss.

²⁸ Sullo status del Presidente della Repubblica in Portogallo cfr. la ricostruzione di J.J. GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese*, a cura di R. Orrù, collana diretta da N. Olivetti Rason – Lucio Pegoraro, Torino, Giappichelli, 2006, p. 102 ss.

²⁹ Cfr. per una ricostruzione dello status del Presidente nella forma di governo israeliana, cfr. E. OTTOLENGHI, *La forma di governo*, in T. GROPPI – E. OTTOLENGHI – A. MORDECHAI RABELLO, *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, collana diretta da N. Olivetti Rason – Lucio Pegoraro, Torino, Giappichelli, 2006, p. 104 ss.

³⁰ Cfr. *Gravel v. United States*, 408 U.S. 606 (1972) per i legislativi federali; *Tenney v. Brandhove*, 341 U.S. 347 (1951) per i legislatori locali.

³¹ 418 U.S. 683 (1974).

³² Cfr. *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), in J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 314 s.

³³ Fu di conseguenza rigettata la tesi dell'avvocato del presidente americano che sosteneva il carattere “interno” all'esecutivo della questione, non avente quindi le vestigia di un “caso” o “controversia” giudicabile dal supremo giudice federale. Inoltre, la difesa del presidente perorò infruttuosamente la tesi che il caso – sulla scia dell'insegnamento della Corte suprema nella decisione *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962) – fosse da considerare una questione eminentemente politica [cfr. *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), in J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, cit., p. 308].

³⁴ Per un'antecedente giurisprudenza del supremo giudice federale americano in tal senso v. *Spalding v. Vilas*, 161 U.S. 483 (1896); poi, per il c.d. “perimetro esterno”, *Barr v. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959). Cfr. in tema: B. BARBISAN, *Tipologie e limiti nella pronuncia Clinton v. Jones*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2608.

³⁵ Per un'immunità di tipo qualificato esiste oramai ricca giurisprudenza della Corte suprema: *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547 (1967); *Scheuer v. Rhodes*, 416 U.S. 232 (1967); *Butz v. Economou*, 438 U.S. 478 (1978); *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982).

³⁶ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), in J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, cit., p. 313 s.

dopo alcune decisioni³⁷ che avevano limitato lo «*scope of official immunity*», si era aperta la strada ad azioni civili contro gli ufficiali di governo³⁸, tanto da costringere la Corte suprema a modificare il suo *trend* in due famose decisioni riguardanti il licenziamento di A. Ernest Fitzgerald. In una di esse, *Nixon v. Fitzgerald*³⁹, si stabilì – con stretta maggioranza – che il presidente gode di «*absolute immunity*» da cause civili per tutti gli atti entro quello che la Corte etichettò come “*outer perimeter*” dei suoi doveri ufficiali, definito in modo ampio⁴⁰. Ma ciò che più interessa è la pronuncia sul caso *Clinton v. Jones* in cui per la prima volta si discusse della tutela presidenziale per atti compiuti fuori dall’ampia dizione di «*outer perimeter of his responsibility*» delineata nella decisione *Nixon v. Fitzgerald*. Com’è noto la Corte suprema annullò le sentenze dei giudici di grado inferiore che avevano sostenuto l’ammissibilità della sospensione processuale per il Capo dello Stato ritenendo che una sospensione del processo «così lunga e categorica» non tenesse conto «in alcun modo dell’interesse della resistente di portare il caso in giudizio»⁴¹.

Nel nostro Paese, invece, la giurisprudenza ordinaria ha avuto modo di occuparsi della responsabilità del Capo dello Stato per illeciti extrafunzionali. Com’è noto il tutto ebbe luogo nel famoso “caso Cossiga”⁴². In tale situazione il Tribunale di Roma, nelle sentt. 22 giugno 1993 (*Onorato c. Cossiga*) e 14 maggio 1994 (*Flamigni c. Cossiga*)⁴³, aveva stabilito che – al di fuori delle ipotesi previste dall’art. 90 Cost. – vi fosse la piena responsabilità penale, civile ed amministrativa del Presidente della Repubblica. Contrariamente la Corte d’appello di Roma aveva invece sostenuto – nelle sentt. 16 marzo 1998 (*Cossiga c. Flamigni*) e 21 aprile 1997 (*Cossiga c. Onorato*) – che «la persona fisica attraverso la quale esso opera si immedesima in esso sì che non è dato distinguere la volontà dell’uno che non sia volontà dell’altro»⁴⁴. Alla fine la Corte di cassazione – nelle

³⁷ Cfr. almeno: *Scheur v. Rhodes*, 416 U.S. 232 (1974) e *Butz v. Economou*, 438 U.S. 478 (1978).

³⁸ In *Harv. L.R.*, 1982, vol. 96, p. 226.

³⁹ 457 U.S. 731 (1982).

⁴⁰ La *doctrine* che sembrava uscire dal ragionamento della Corte di ultimo grado federale americana è che per gli atti che non implica(va)no alcuna legittima discrezione (es. eccedono l’autorità federale) non vi fosse alcuna protezione; per le funzioni discrezionali esistesse un’immunità qualificata; per errori in buona fede non c’era colpevolezza, eccetto che per chiare violazioni di legge e (prima di *Harlow v. Fitzgerald*) per atti “maliziosi”.

⁴¹ Cfr. *Corte suprema*, sent. N. 95-1853, *William Jefferson Clinton v. Paula Corbin Jones*, in *Giur. Cost.*, 2000, p. 2593 (per l’interpretazione restrittiva della pronuncia ai soli illeciti civili v.: P. COSTANZO, *Circuito della politica e circuito del diritto: quale equilibrio nel moderno Stato costituzionale?* ... , cit., p. 791; per l’interpretazione estensiva, comprendente anche gli illeciti penali, v.: F. SALMONI, *Il problema dell’immunità processuale e/o sostanziale del Presidente degli Stati Uniti*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2602; C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell’ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., p. 213). Sul c.d. *affaire Lewinsky*, v. invece: A. GRATTERI, *Prima storica condanna per il Presidente degli Stati Uniti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, III, p. 1074.

A tutt’oggi, esclusa l’ipotesi di Clinton, solo tre sono stati i presidenti che furono imputati in cause civili per illeciti prefunzionali. Invero le querele contro Theodore Roosevelt e Harry Truman furono archiviate prima che questi ultimi assumessero la carica di Presidente. Infatti la relativa archiviazione fu solo confermata dopo il loro insediamento. Anche JFK, nel 1960, durante la campagna presidenziale, fu destinatario di due cause, nate da un incidente automobilistico. La sua richiesta di sospensione del procedimento, argomentata basandosi sul *Soldiers’ and Sailors Civil Relief Act* del 1940, fu respinta dalla Corte distrettuale e la questione fu quindi risolta da un accordo extragiudiziale.

⁴² Come per il c.d. lodo “Alfano”, anche qui il tema è stato oggetto dei seminari preventivi ferraresi, il cui dibattito è ora rinvenibile nei contributi presenti in: R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il “caso Cossiga”. Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, Torino, Giappichelli, 2003.

⁴³ Cfr. Tribunale civ. di Roma, 14 maggio 1994, n. 7338, in *Dir. inf.*, 1994, nn. 4-5, p. 743 ss., con nota adesiva di V. LENOCI, *Sulla responsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti compiuti al di fuori dell’esercizio delle proprie funzioni*, ivi, p. 749 ss.; nonché Tribunale di Roma, I sez. civile, 22 giugno 1993, *Onorato c. Cossiga*, in *Dir. inf.*, 1994, p. 320 ss.; in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 653 ss. e in *Dir. fam.*, 1995, p. 543 ss.

⁴⁴ Cfr. *Corte d’appello*, Roma, sent. 16 marzo 1998, *Cossiga c. Flamigni*, in *Foro it.*, 1998, p. 2991; le sentenze si possono rinvenire anche in *Giur. cost.*, 1998, p. 2840 ss. con nota adesiva di A. PIZZORUSSO, *La*

cause riunite 8733 (*Flamigni c. Cossiga*) e 8734 (*Onorato c. Cossiga*) del 2000 aveva perentoriamente e definitivamente stabilito che l'immunità «copre ogni forma di responsabilità (penale, civile ed amministrativa) ... per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni o per un fine ad esse inerente, restandone invece esclusi gli atti estranei a dette funzioni»⁴⁵. Essa aveva così annullato la decisione della Corte d'appello, rinviando la decisione ai giudici di merito. Né miglior successo ebbe il conflitto di attribuzione dell'ex presidente Cossiga di fronte alla Corte costituzionale. Quest'ultimo aveva infatti sostenuto che non spettava alla suprema magistratura definire i confini dell'immunità ex art. 90 Cost, bensì alla Corte costituzionale. Invece il giudice delle leggi rigettò il ricorso con la sent. 154/2004⁴⁶, nonostante lo avesse dichiarato in un primo tempo ammissibile⁴⁷. Sul punto il giudice delle leggi sottolineò, *inter alia*, che l'irresponsabilità del Capo dello Stato, ex art. 90 Cost., contemplava solo gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni. Il *punctum dolens* rilevato dall'ex Presidente (cioè il «nesso funzionale» fra le dichiarazioni e le funzioni presidenziali) era invece inammissibile in quanto prematuro, vista la «cassazione» con rinvio da parte della suprema magistratura e, di conseguenza, proponibile solo dopo la pronuncia dei giudici di merito su tale tema. Ed infatti, com'è noto, la questione si presenterà ancora di fronte alla Corte sotto forma di conflitto di attribuzioni, visto che – a seguito della pronuncia della Corte d'appello di Roma nel 2004 – il sen. Cossiga propose ricorso additando la errata applicazione da parte della Corte d'appello dei punti rilevati nel rinvio dalla Corte di cassazione. Con la sent. 290/2007⁴⁸, la Corte costituzionale dichiarò inammissibile il ricorso, visto che non si trattava di un caso di menomazione, ma di mala applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di cassazione e, quindi, sottoponibile ai naturali mezzi di impugnazione.

discutibile immunità del Presidente linguacciuto, *ivi*, p. 2852 ss.

⁴⁵ Cfr. Corte di cassazione, sez. III civ., sent. 27 giugno 2000, n. 8733 (*Flamigni c. Cossiga*); Corte di cassazione, sez. III civ., sent. 27 giugno 2000, n. 8734 (*Onorato c. Cossiga*), in *Foro it.*, 2000, p. 3130. E, per un commento adesivo alle stesse, v.: M. PIAZZA, *Il Presidente della Repubblica è giuridicamente responsabile in sede civile, per le sue "esternazioni" ingiuriose e/o diffamatorie*; F.S. MARINI, *Controfirma ministeriale e irresponsabilità del Presidente della Repubblica nell'esercizio del potere di esternazione*, entrambi in *Giur. cost.*, 2000, p. 2971 ss. e 3429 ss.; T.F. GIUPPONI, *Le "esternazioni" di Cossiga di fronte alla Corte di Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2000, p. 643 ss.

⁴⁶ Sulla sent. 154/2004 v. T.F. GIUPPONI, *"Uno, nessuno e centomila". Personaggi e interpreti dell'immunità presidenziale di fronte alla Corte costituzionale*; A. PUGIOTTO, *Ben oltre il "caso Cossiga": le importanti novità della sentenza n. 154 del 2004*, entrambi in www.forumcostituzionale.it; F. SALMONI, *L'intervento in giudizio del terzo offeso, la legittimazione attiva dell'ex Presidente della Repubblica ed altre novità dei conflitti: la "storia infinita" del c.d. caso Cossiga*, in www.federalismi.it; L. ELIA, *Il Presidente iracondo e i limiti della sua responsabilità*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1608 ss.; A. D'ANDREA, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato non è pari all'insindacabilità dei parlamentari: la Corte "distingue" e rilancia l'interpretazione restrittiva dell'immunità*, *ivi*, p. 1613; E. Malfatti, *La "doppia" pronuncia sul "caso Cossiga": di molte strade percorribili, la Corte non segue la più lineare*, *ivi*, p. 1625.

⁴⁷ Sul tema v.: A. PUGIOTTO, *Sono a rischio le esternazioni "a ruota libera": poteri contro*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 26, p. 14 ss.; G.M. SALERNO, *Per le dichiarazioni non riconducibili alla funzione il Capo dello Stato non gode dell'irresponsabilità*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 25, p. 39 ss.; critico sulla legittimazione attiva all'ex Capo dello Stato era: A. RUGGERI, *L'ex Presidente della Repubblica come "potere dello Stato" e le sue (pseudo)esternazioni davanti la Corte*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il "caso Cossiga". Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, *cit.*, p. 22 ss.; altri commenti sull'ordinanza 455/2002 di ammissibilità del conflitto: A. PACE, *Habent sua sidera lites: la discutibile ammissibilità del ricorso per conflitto tra poteri di un ex Presidente*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3776 ss.; F. BIONDI, *I "due corpi" del Presidente della Repubblica*, *ivi*, p. 3781 ss.; T.F. GIUPPONI, *Le "esternazioni" di Cossiga e la Corte costituzionale: verso un tono "personale" del conflitto?*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 168 ss.

⁴⁸ Sulla sent. 290/2007 v. G. CERRINA FERONI, *Inammissibile il ricorso o incoerente la decisione? (ovvero i "giochi di parole" della sentenza 290 del 2007 sul "caso Cossiga")*, in www.forumcostituzionale.it; D. CHINNI, *La Corte costituzionale scrive un nuovo capitolo del "caso Cossiga" (ma per l'ultimo è necessario attendere ancora)*, in www.giurcost.org, "Studi e commenti".

3. Il “decisionismo” del governo Berlusconi. Il lodo Alfano nei lavori della sedicesima legislatura.

Comunemente, nel gergo giornalistico più che giuridico-costituzionale, si tende a parlare dell'attività legislativa del governo Berlusconi (*quater*) come caratterizzata dal *decisionismo*, cioè da intendersi come quella capacità di decidere e, quindi, di tradurre in tempi brevi e senza eccessive contrapposizioni in seno alla maggioranza parlamentare le ricette del programma di governo in normazione dello Stato. Tale assunto pare vero, pur non senza dimenticare qualche “retromarcia” come nel caso del c.d. “piano casa” o al caso Englaro ovvero dell'*election day*, se non delle discussioni relative al reato di clandestinità, alla legge sull'omofobia ed al ddl sulla prescrizione dei processi. Nonostante nominalmente il termine decisionismo coincida con il più celeberrimo concetto schmittiano, è vero che qui si rivela come espressione *in primis* dell'ampia maggioranza che le urne elettorali della primavera 2008 avevano decretato a favore del nuovo governo, permettendogli teoricamente di poter governare per l'intero arco di un quinquennio della legislatura e di poter attuare quindi il programma presentato al corpo elettorale o, *amplius*, al popolo. Ad onor del vero lo stesso ordine dei lavori parlamentari ha risentito di tutto ciò, visto che quella che l'autorevole costituzionalista Livio Paladin definiva «primazia» dell'iniziativa governativa rispetto agli altri canali di iniziativa legislativa ha portato ad una netta prevalenza nel calendario dei lavori, e nella consequenziale produzione normativa, non solo e non tanto dei disegni di legge, quanto dei numerosi decreti legge rispetto agli altri canali di iniziativa, fra cui quella stessa parlamentare. Un'esagerazione, quella relativa ai decreti legge⁴⁹, che non ha mancato di sollevare le riserve da parte del Presidente della

⁴⁹ Invero già a partire dalla sesta legislatura repubblicana l'utilizzo della decretazione d'urgenza da parte del governo è stata progressiva ed inarrestabile. Attualmente il ricorso a questo strumento normativo non può affatto dirsi arginato. Infatti, nell'attuale legislatura i decreti emergenti dagli studi parlamentari confortano questa premessa: nei primi mesi del 2009 su 64 leggi approvate dal Parlamento, 63 sono state di iniziativa governativa e, per di più, in prevalenza dovute alla conversione in legge di decreti legge (v. *Vent'anni di leggi e di decreti*, in *Il Sole 24 ore*, 10 ottobre 2008, p. 24; *Primo bilancio della Camera. Leggi approvate: 63 su 64 sono proposte del Governo*, in *Il Sole 24 ore*, 3 marzo 2009, p. 15 e, più recentemente, *I tempi (lungi) del Parlamento. Dagli eletti soltanto 15 leggi*, in *Il Corriere della sera*, 2 ottobre 2009, p. 15). A questa tendenza, peraltro, si associa un ulteriore aspetto: il Governo pone frequentemente la questione di fiducia sulle leggi di conversione, si da consentire che il testo originario del decreto esca pressoché immutato dall'impasse parlamentare. Non a caso, nel febbraio 2009, il Presidente Napolitano aveva incontrato i Presidenti delle Camere facendo constatare loro la sua preoccupazione per il ricorso eccessivo alla decretazione d'urgenza e alla questione di fiducia in sede di conversione dei decreti; entrambi atteggiamenti che, a dire del Presidente, mortifica(va)no la centralità propria del Parlamento. Il tema, peraltro, è tornato nel dibattito parlamentare nell'ultima decade di luglio, a seguito della fiducia chiesta dal governo Berlusconi sul maxiemendamento di sua iniziativa presentato sul d.l. contenente misure anticrisi (v. nella dottrina storica sul tema: A. PISANESCHI, *Fondamento costituzionale del potere di emendamento. Limiti di coerenza e questione di fiducia*, in *Dir. soc.*, 1988, p. 259 ss.; L. CUOCOLO, *I “maxiemendamenti” tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, n. 4, p. 4753 ss.; N. LUPO, *Il potere di emendamento e i maxiemendamenti alla luce della Costituzione*, in *Quad. reg.*, 2007, nn. 1-2, 243 ss.; N. LUPO, *Emendamenti, maxiemendamenti e questioni di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in AA.VV., *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza ed opposizione*, Roma, 2007, 41 ss.; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, Cedam, 2008); medesima via è stata seguita non senza polemiche per la conversione in legge del d.l. contenente le misure sul c.d. “scudo fiscale”. Nel corso della presidenza Ciampi e dell'attuale presidenza Napolitano, in quella che recentemente è stata chiamata *moral suasion* (cfr. P. CACACE, *La presidenza della Repubblica nella democrazia bipolare e maggioranza*, in *Quad. cost.*, 2008, n. 2, p. 301 ss.; nonché, dopo le veementi polemiche su presunti “patti” fra Quirinale e Governo sul c.d. lodo “Alfano”, P. CACACE, *Dopo lo scontro sul lodo Alfano. La moral suasion adesso è a rischio, per il governo potrebbe essere un boomerang*, in *Il Messaggero*, 16 ottobre 2009, p. 4), si è preferito seguire un rapporto dialettico col governo, invitando l'esecutivo a correggere alcune parti del suo provvedimento. Interessanti riflessioni sul punto sono espresse da P.A. CAPOTOSTI, *Il garante di tutti* in *Il Gazzettino*, 13 luglio 2009, pp. 1 e 19: «... per sfuggire a possibili accuse i vari Presidenti della Repubblica fanno un uso parco di questo potere (di rinvio), limitandolo espressamente ai soli casi in cui la legge da

Repubblica Napolitano, specialmente contro i decreti legge omnibus, espressa emblematicamente nella lettera del 9 aprile 2009 – all'indomani dell'approvazione del d.l. "incentivi – al Presidente del Consiglio ed al Ministro dell'Economia, nonché dai Presidenti di Camera e Senato.

Fra i provvedimenti che qualificano e caratterizzano l'azione politica del governo Berlusconi e ne sintetizzano meglio il decisionismo (accanto alla legge Brunetta sul pubblico impiego, alla normazione sui rifiuti, ai tagli economici della manovra finanziaria d'estate 2008, alla decretazione in tema di sicurezza pubblica ed alle misure anticrisi, fra cui quella relativa al c.d. "scudo fiscale" ecc...) vi è stato il c.d. lodo Alfano, testo che prendeva il nome del ministro guardasigilli e che riprendeva – si sperava al tempo con il necessario seguito ex art. 136 della Costituzione alle censure emerse nella motivazione alla sentenza 24 del 2004 (ma sul punto v. senz'altro *infra* Parte I, § 5) – il vecchio percorso tracciato dal lodo Maccanico-Schifani del 2003⁵⁰. Invero, da un punto di vista della procedura parlamentare, è palese come tale legge sia stata una delle poche che, pur di origine governativa, è stata frutto di una rapida discussione parlamentare, in un periodo in cui veniva in auge il parco ruolo esercitato dal Parlamento (delle prime 38 leggi, 37 di origine governativa) anche per il succitato spasmodico uso della decretazione d'urgenza. Accanto a questo il veloce dibattito parlamentare che si concluse in pochi giorni nella discussione delle commissioni riunite Giustizia – Affari costituzionali di Camera e Senato, soffocando – a detta di autorevoli commentatori e politici dell'opposizione – la naturale dialettica parlamentare che un tema di tale rilevanza necessariamente avrebbe richiesto⁵¹.

Dal punto di vista della teoria generale del diritto penale si può affermare che la legge Alfano (l. 124/2008) ha avuto un preciso scopo. Infatti, pur essendo le «alte cariche dello Stato» rientranti fra i soggetti che hanno la c.d. *capacità penale* e la c.d. *capacità alla pena*⁵², la legge prevedeva che si dovesse operare nei loro confronti una sospensione dalla procedibilità penale, in quanto la funzione istituzionale da essi esercitata avrebbe dovuto avere la preminenza sulla perseguibilità degli stessi per gli illeciti extrafunzionali (presumibilmente) effettuati. Dal punto di vista della politica del diritto, tale "filosofia" andava controcorrente rispetto alla scelta in tema di immunità percorsa, visto che – negli ultimi anni – la tendenza è stata a ridurle più che ad ampliarle⁵³.

promulgare contenga norme viziate da evidenti ragioni di incostituzionalità ... Se le cose stanno così, allora, pretendere che il Capo dello Stato introduca, contrariamente alla sua funzione di garanzia dell'unità nazionale e per di più spesso inutilmente, elementi in qualche modo di conflittualità nell'ambito del sistema politico-istituzionale non varrebbe forse cercare altre strade per risultati più proficui per il Paese? È qui che si apre il vasto campo della *moral suasion* presidenziale ...». Interessante notare, peraltro, che il ricorso assiduo alla decretazione d'urgenza non ha risentito delle sentt. 171/2007 e 128/2008, con le quali la Corte costituzionale ha elevato a parametro della legittimità costituzionale l'evidente mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza *anche* per la legge di conversione, oltre che per il decreto legge. Quindi, come realizzato, l'attuale atteggiamento del Governo e del Parlamento sul tema non sembra averne risentito nei loro processi decisionali.

⁵⁰ Il fatto che esistesse una continuità fra i due lodi fu sottolineato anche dallo stesso legislatore che, quasi come una sorte di "interpretazione autentica", aveva rilevato nella relazione al ddl 1442 (poi lodo "Alfano") la volontà di rispettare il giudicato della Corte costituzionale sul tema ed anzi volendo il nuovo testo esserne il "necessario" seguito. Ma la continuità fra i due è invero anche stata giustamente rilevata in dottrina. Sul tema infatti si è parlato di «*déjà vu*» (cfr. A. PUGIOTTO, *Lecture e riletture della sentenza costituzionale n. 24 del 2004*, in *Giur. it.*, 2009, n. 3, p. 778 ss.) e di «lodo ritrovato» (titolo di un Convegno tenutosi a Ferrara il 27 marzo 2009 e del volume edito dai tipi della Giappichelli: R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, cit.; e soprattutto la *Prefazione* di A. Pugiotto, p. XIII).

⁵¹ Così invero si era espresso il deputato Soro, autore della pregiudiziale di costituzionalità sul c.d. lodo "Alfano", bocciata dall'aula parlamentare nella seduta del 9 luglio 2008. Ma v. sul punto *infra* Parte II, § 3.

⁵² Sulla distinzione fra i due cfr. almeno, nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, Padova, Cedam, 2007, p. 108.

⁵³ Cfr. R. ORLANDI, *Questioni processuali nell'applicazione della legge 23 luglio 2008, n. 124*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla*

4. Il “lodo”. L'utilizzo peculiare di uno strumento giuridico.

È rilevante notare che nella letteratura giuridica il termine “lodo” sia sinonimo dello strumento con il quale un arbitro, designato mediante un compromesso o clausola compromissoria, sancisce la soluzione di una controversia, quindi dopo un accordo sul chi (ovvero i criteri per nominarlo) debba risolvere una questione giuridica fra due parti. Ebbene cosa vi era di “accordo” nel c.d. “lodo Alfano”? E nel suo “antenato” lodo “Maccanico-Schifani” che lo anticipava cronologicamente? In teoria vi doveva essere l'idea condivisa di un testo, in questo caso – a differenza della parti di una controversia – da entrambi gli schieramenti dell'agone politico che – convenzionalmente e per analogia – potremmo far corrispondere, per comodità, alle due parti di un processo che si contrappongono, nel primo caso, nell'aula parlamentare in luogo di quella giudiziaria. Accordo che, vista la contrapposizione frontale fra le forze politiche antagoniste, non c'è mai stato, anzi i due testi che qui di seguito verranno analizzati erano e sono uno dei terreni di scontro più eclatanti nella storia costituzionale che ha accompagnato la vita dei governi presieduti da Silvio Berlusconi nel periodo 2001-2006 e 2008 in poi, fino almeno alla seconda pronuncia in tema della Corte costituzionale. Eppure pare forse strano, ma almeno una parvenza di accordo vi era, almeno nella volontà di Antonio Maccanico, allora esponente del centro-sinistra, di proporre un testo sulla “immunità” per le alte cariche al fine di evitare l'approvazione da parte dell'allora governo in carica di centro-destra della c.d. legge Cirami sul legittimo sospetto. A conti fatti quindi non un consenso dato spontaneamente, *sponte sua*, ma una sorte di “male minore” che – dall'ottica dell'allora opposizione – poteva sembrare rispetto al testo di modifica del codice di procedura penale. Le vicende che poi accompagnarono l'approvazione della legge Cirami e l'inclusione del lodo Maccanico nell'emendamento Schifani che portava modifiche al ddl di attuazione dell'art. 68 Cost. sono oramai note e un'indagine su di esse si rivela qui superflua, se non nei limiti di un breve richiamo che dovesse rendersi utile al fine di comprendere meglio – quale sfondo – l'analisi della normativa, della giurisprudenza (specie costituzionale) e delle riflessioni dottrinali sul tema. Si può qui solo evidenziare che il termine “lodo” con cui le due leggi sulla sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato sono conosciute nel gergo politico-costituzionale palesa e porta con sé una contraddizione intrinseca che nelle parti successive di questo scritto diverrà ancora più evidente ove si metteranno in luce le contrapposte teorie sull'immunità per le alte cariche espresse nei filoni, definiti dalla dottrina costituzionalistica, giustificazionista e antagonista. Naturalmente esula da questa analisi anche una valutazione sui motivi – che si sa giuridicamente sono spesso indifferenti – dell'approvazione di tale testo ovvero dell'intrinseca genuinità delle opinioni di chi si è sforzato di presentare i due “lodi” come dei testi sui quali vi potesse essere condivisione da una parte consistente dell'emiciclo parlamentare, non inquadrabile nella sola maggioranza di governo. Rilevante è invece la dimostrazione della coerenza (o la non incompatibilità) al testo costituzionale della legge 124/2008, provando a verificare, in ossequio al precetto dell'art. 136 della Costituzione, il tentativo di rispetto del *dictum* della Corte. Potrebbe così risultare utile, e perciò non sarà ignorato, il dibattito parlamentare che, quale interpretazione storica, potrebbe chiarire il testo e contribuire, nell'oramai fitto dibattito dottrinale, a vedere quale seguito vi potrebbe essere dopo la nuova pronuncia dei giudici di Palazzo della Consulta, sent. 262/2009 (su cui v. Parte II, § 5).

legge n. 124 del 2008, cit., p. 29; sul tema v. anche: E. Grosso, *La dilatazione delle immunità politiche e la fuga dalla responsabilità: una tendenza non solo italiana*, in www.costituzionalismo.it. Nel quadro comparato si v., relativamente all'immunità parlamentare, le riforme del 1993 in Italia, del 1995 in Francia e del 2003 in Brasile; nonché, relativamente alla responsabilità penale dei ministri, le riforme del 1989 in Italia, del 1993 in Francia e del 1998 in Belgio.

Parte I: IL LODO “MACCANICO-SCHIFANI”

SOMMARIO: 1. Il precedente: il lodo “Maccanico-Schifani” e l’istituto della sospensione processuale per le «alte cariche». – 2. La relazione al progetto di legge e la lettura “giustificazionista”. Il problema della promulgazione presidenziale. – 3. La lettura “antagonista” ed il suo “assorbimento” nell’ordinanza di sollevamento del Tribunale di Milano. – 4. Anatomia della sentenza n. 24 del 2004 della Corte costituzionale. – 5. Seguito ad una sentenza “reticente”. Le posizioni all’indomani dell’annullamento della legge 140/2003.

1. Il precedente: il lodo “Maccanico-Schifani” e l’istituto della sospensione processuale per le «alte cariche».

Era nato come un emendamento proposto al Senato da Renato Schifani al disegno di legge di attuazione dell’art. 68 della Costituzione⁵⁴. Tale emendamento non era altro che la reviviscenza *mutatis mutandis* del vecchio “lodo Maccanico” sull’immunità alle cc.dd. «alte

⁵⁴ Si trattava invero dell’emendamento n. 1500 a firma Schifani, Nania, D’Onofrio, Moro. Sul punto non sono mancate le critiche di chi riteneva che il Presidente del Senato dovesse dichiarare inammissibile, **EX** art. 97 Reg. Sen. (estraneità dell’emendamento all’oggetto della discussione), l’emendamento Schifani (cfr. A. PUGIOTTO, «Veto players» e dinamiche istituzionali nella vicenda del «lodo Maccanico», in *Quad. cost.*, 2004, n. 2, p. 259 e 260 ss. per una critica puntuale alle ragioni di giustificazione adottate dal presidente del Senato Pera).

cariche dello Stato», proposto dall'allora deputato del centro-sinistra Antonio Maccanico al fine di cercare una ponderata e condivisa soluzione ai conflitti fra politica e magistratura che attanagliavano *temporibus illis* la vita istituzionale. Com'è noto, l'allora maggioranza di governo rifiutò il testo "Maccanico" ed approvò invece, *inter alia*, la contestata legge "Cirami", legge 248/2002, sul c.d. «legittimo sospetto»⁵⁵ che proseguiva il cammino legislativo in tema di reati e giustizia dopo lunghi mesi di dibattito dai toni a volte molto aspri⁵⁶.

Il termine lodo "Maccanico" o lodo "Schifani" ovvero ancora, in una simbiosi fra i due "proponenti" il testo, lodo "Maccanico-Schifani" è il termine con il quale si appella comunemente la legge 140 del 2003 ed, *in species*, il suo art. 1 che – come è stato anticipato – si occupava della sospensione *ope legis* dei processi alle «alte cariche dello Stato»⁵⁷. Fin da una sommaria lettura del provvedimento legislativo, due le questioni che

⁵⁵ Sulla ricostruzione del *background* storico-politico che ha portato all'approvazione della legge 140/2003, v.: E. MARZADURI, *Dubbi sullo «stop» nella fase delle indagini*, in *Guida al diritto* 2003, n. 26, p. 23; C. MARTINELLI, *Le immunità al vaglio del giudice delle leggi (e dei conflitti)*, in *Studium iuris*, 2004, p. 1195, nt. 1; D. NEGRI – E. MARZADURI, *sub art. 1, l. 140/2003*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 6 ss.; nonché A. PUGIOTTO, *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli, Jovene, 2004, p. 1805, nt. 1; e relativamente all'intervento di sostegno del Presidente del Consiglio alla presentazione ed approvazione del lodo di fronte al Parlamento europeo: A. PUGIOTTO, *ult. op. cit.*, p. 1810, nt. 23. Invero occorre rilevare che tale legge aveva come primigenio scopo l'attuazione dell'art. 68 Cost. Infatti la censura relativa alla reiterazione dei decreti legge, che si erano succeduti dal 1993 al 1996, operata dalla Corte costituzionale con la sent. 360/1996, aveva reso necessario un intervento legislativo organico in materia, dopo che per sette anni era stato esercitato un ruolo di supplenza dalla giurisprudenza costituzionale, dalla prassi parlamentare e dalla magistratura ordinaria (cfr. sul punto la ricostruzione di R. ORLANDI, *Profili di diritto processuale*, in *Dir. e proc.*, 2003, n. 10, p. 1207; nonché G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 24, p. 8 s.). Sul "lodo Maccanico-Schifani" v. inoltre: E. GIRONI, *L'assai poco lodevole Lodo Schifani*, in *Il Ponte*, 2004, n. 1, p. 36 ss.; M. CICALA, *Il «Lodo Maccanico»*, in *Critica pen.*, 2003, n. 1, p. 15 ss.; T. ANCORA, *La sospensione di processi per le alte cariche dello Stato*, in *Giust. pen.*, 2003, n. 10, p. 315 ss.; M. CHIAVARIO, *Evitare un gioco al massacro*, in *La Stampa*, 8 maggio 2003, p. 1.

⁵⁶ Fra i provvedimenti ve ne sono anche di successivi, fra cui la legge 251/2005, in tema di prescrizione, c.d. *ex Cirielli*, che toccava proprio, *inter alia*, l'art. 159 c.p. relativo alla sospensione processuale, oltre alla c.d. legge "Pecorella" (l. 46/2006), annullata in parte con la sent. 26/2007 della Corte costituzionale. Antecedentemente si possono ricordare: legge sulle rogatorie (367/2001); riforma del falso in bilancio (d. lgs. 62/2002). Cfr. su tale delicata fase la ricostruzione storica di T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato e i nodi irrisolti nei rapporti tra politica e giustizia*, in www.forumcostituzionale.it. La continuità sarebbe all'insegna dell'idea di tutelare la funzione pubblica dalle deviazioni giudiziali e, quindi, la dottrina del *fumus persecutionis* (in ciò la *ratio* dei tre provvedimenti: legge sul legittimo sospetto, legge sulle rogatorie e lodo [cfr. A. PUGIOTTO, *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, cit., p. 1811, nt. 25], a cui si aggiungeva *ex post* la legge sulla prescrizione dei reati).

⁵⁷ Che il termine "lodo Maccanico" (ma invero anche gli altri adoperati nel corpo del testo) fosse divenuto identificativo della legge *de qua* è testimoniato dal fatto che gli stessi giudici di Palazzo della Consulta lo avevano adoperato nel comunicato stampa col quale si annunciava la decisione della sentenza 24/2004 che annullava *in parte qua* tale legge (cfr. T.E. FROSINI, *Un intervento di alta chirurgia giuridica che esige da tutti una pacata riflessione*, in *Guida al diritto* Il Sole 24 ore, 2004, n. 5, p. 54). Invero furono sollevati dubbi sull'identificazione soggettiva nel nome di Antonio Maccanico, appurato che il suo primigenio ideatore ne rinnegò la paternità nella versione confluita nella legge 140/2003, in quanto il nuovo testo era sostanzialmente diverso dalla proposta da lui originariamente presentata (cfr. A. MACCANICO, *Non in mio nome*, in *Europa*, 7 maggio 2003, p. 1; Intervista ad A. MACCANICO, *«Perché non è la mia proposta»*, in *La Stampa*, 19 giugno 2003, p. 3; nonché *Maccanico: «Questa non è la mia proposta»*, in *Il Mattino*, 19 giugno 2003, p. 3; A. MACCANICO, *Il «lodo Maccanico» fu un comico equivoco*, in *Il Corriere della sera magazine*, 12 agosto 2004, pp. 46-49; *Maccanico: «il mio lodo era tutta un'altra cosa, lo hanno adattato alle esigenze di un processo»*, in *Europa*, 15 gennaio 2004, p. 7) e, consequenzialmente, cadeva anche – dal punto di vista oggettivo – l'altro termine del sintagma, cioè la parola "lodo", visto che questo termine sta a significare una mediazione, un punto d'incontro che in questo caso non poteva aversi, rilevato il fatto che – essendo diverso e antitetico rispetto alla formulazione originaria del deputato di centrosinistra – tale "lodo" veniva ad assumere una configurazione di iniziativa unilaterale della maggioranza (cfr., sul carattere unilaterale della legge 140/2003, C. MARTINELLI, *Le immunità al vaglio del giudice delle leggi (e dei conflitti)* cit., *ibidem*; R. OLIVERI DEL CASTILLO, *Immunità, versione Lewis Carroll*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 29, p. 34; nonché, più recentemente, con riferimento anche al c.d. "lodo Alfano", v. A. PAGE, *«Cinque pezzi facili»: l'incostituzionalità*

l'interpretazione del testo poneva al giurista. Chi erano le «alte cariche dello Stato»? E in che modo veniva a configurarsi verso di loro l'istituto della sospensione processuale esistente nel codice di procedura penale?

Relativamente al primo quesito era la legge stessa a definire in modo tassativo (per l'interprete, ma non ovviamente per il legislatore futuro al quale non era inibito – salva la costituzionalità della disposizione/norma – l'allargamento o la restrizione dei “papabili”) i soggetti che rientravano in tale fattispecie, dandoci una sorte di “interpretazione autentica”. Invero la lista dei titolari di tali cariche non era originale, visto che recepiva, invasandole nel termine omnicomprensivo usato dalla legge, quelle cariche che erano accomunate, relativamente alla testimonianza nel processo penale, dall'art. 205 del codice di procedura penale, rubricato «*Assunzione della testimonianza del Presidente della Repubblica e di grandi ufficiali di Stato*»⁵⁸ e rappresentava una scelta vicina – solo per toponomastica giuridica – a quella delle *High Offices of the State*, conosciuta oltremarica⁵⁹.

Il concetto di sospensione, come accennato, rappresenta(va) un tipico istituto della legislazione processualpenalistica, utilizzato per bloccare temporalmente il processo in virtù di numerose ipotesi endoprocessuali⁶⁰. Nel caso in questione la sospensione delle regidicande per i reati extrafunzionali voleva intendere che verso i soggetti che detenevano la funzione di una delle «alte cariche dello Stato» (Presidente della Repubblica, Presidente del Consiglio, Presidente della Camera, Presidente del Senato e Presidente della Corte costituzionale) non poteva iniziare un processo penale (art. 1, c. 1, l. 140/2003) ovvero – se già iniziato – doveva essere sospeso (art. 1, c. 2, l. 140/2003) per qualsiasi reato extrafunzionale (e funzionale, per i presidenti delle Camere), anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o funzione, in ogni fase, stato o grado del procedimento, dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge in Gazzetta Ufficiale (art. 1, c. 2 e art. 9, c. 1, l. 140/2003), cioè il 22 giugno 2003⁶¹, fino alla

della legge Alfano, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 1).

⁵⁸ Il testo dell'art. 205 c.p.p. recita invero:

«1. La testimonianza del Presidente della Repubblica è assunta nella sede in cui egli esercita la funzione di Capo dello Stato.

2. Se deve essere assunta la testimonianza di uno dei presidente delle camere o del Presidente del Consiglio dei Ministri o della Corte costituzionale, questi possono chiedere di essere esaminati nella sede in cui esercitano il loro ufficio, al fine di garantire la continuità e la regolarità della funzione cui sono preposti.

3. Si procede nelle forme ordinarie quando il giudice ritiene indispensabile la comparizione di una delle persona indicate nel comma 2 per eseguire un atto di ricognizione o di confronto o per altra necessità».

⁵⁹ Comunque, essendo tale categoria di matrice legislativa e non costituzionale, si imponevano due riflessioni. In primo luogo – come detto – la lista dei soggetti era ampliabile ovvero riducibile (si pensi alla versione della legge 124/2008). In secondo luogo, quale conseguenza, essendo la Costituzione silente in tema, la scelta del legislatore andava scrutinata dal punto di vista della sua conformità o meno alla Costituzione anche dal punto di vista della ragionevolezza al fine di realizzare se una tale opzione fosse costituzionalmente possibile. Invece, dal punto di vista positivo, la dizione di *grandi ufficiali dello Stato*, contenuta nell'art. 352 c.c. (omogenea solo dal punto di vista nominale a quella dell'art. 205 c.p.p.), si dimostrava invero inaccostabile in questo contesto per due ordini di ragioni. In primo luogo perché la legge 140/2003 aveva come oggetto solo la materia penalistica (appurato il riferimento al termine «reati») e, quindi, non era possibile l'aggancio alla disposizione extrapenale; in secondo luogo in quanto l'art. 352 c.c. risale al periodo precostituzionale ed ha consequenzialmente reso necessaria una sua revisione e interpretazione “evolutiva” alla luce del quadro costituzionale repubblicano. Infatti, nella versione originaria, esso contemplava anche il monarca.

⁶⁰ Cfr. almeno gli artt. 3, 71, 344, 479 c.p.p.; art. 28 d.p.r. 448/1988 e, più recentemente, art. 5, d.l. 28 aprile 2009, n. 39 (*Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella Regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile*).

⁶¹ La deroga alla *vacatio legis*, pur ammissibile, si dimostrava qui peculiare e, perciò, sottoponibile ad una postilla. Non si vedeva infatti quale “necessità ed urgenza” vi doveva essere (facendone quasi coincidere l'entrata in vigore della legge a quella di un decreto legge che – come è risaputo – diventa efficace il giorno successivo alla sua emanazione) per un provvedimento che – alla luce dei sostenitori di tale legge (c.d. filosofia “giustificazionista”) – “voleva” essere astratto e generale e non *ad personam*. Sta di fatto che al momento dell'entrata in vigore della legge, le uniche delle “alte cariche” che risultavano (da fonti

cessazione della medesima e con parallela moratoria della prescrizione (c. 3), visto il richiamo all'art. 159 c.p. Ma che cosa si doveva intendere per *assunzione* e *cessazione* della carica da un punto di vista giuridico? La domanda non risultava né speculativa, né – tanto meno – oziosa, nonostante la dottrina costituzionalistica e processualpenalistica non se ne fosse generalmente occupata. In effetti tale arco di tempo contraddistingueva invero il momento di efficacia della sospensione processuale verso le «alte cariche dello Stato» e, quindi, il periodo di improcedibilità dell'azione penale.

Per quel che riguardava l'assunzione della carica, relativamente al Presidente della Repubblica ed al Presidente del Consiglio, si può ritenere che essa fosse configurabile a partire (e, quindi, l'erezione dello scudo) dalla prestazione del giuramento e ciò per un preciso riferimento costituzionale (rispettivamente gli artt. 91 e 93 della Costituzione) i quali stabiliscono che tali figure istituzionali prestino giuramento «prima di assumere le funzioni»⁶². Da tale periodo intercorreva la sospensione dei processi, anche per reati antecedenti tale momento.

Per quel che invece riguardava la «cessazione delle medesime», come stabiliva la *littera legis* dell'art. 1, l. 140/03, dal nostro punto di vista pareva potersi agganciare tale situazione all'istituto giuridico della *condizione* (in questo caso *risolutiva*). Infatti – astrattamente – non era qui ascrivibile il parallelo istituto del *termine* del mandato, appurato che varie ipotesi (qualcuna addirittura endogena alla volontà dell'individuo: dimissioni ...; altre esogene: sfiducia [per il solo presidente del consiglio], morte, impedimento permanente ...) potevano scongiurare la scadenza fisiologica dello stesso. Quindi, più confacente all'ipotesi qui analizzata pareva dimostrarsi il riferimento alla terminologia dell'art. 1353 c.c. che parla di subordinare gli effetti ad un «avvenimento incerto e futuro»⁶³ e sicuramente «avvenimento incerto e futuro» non era nemmeno – in

giornalistiche) avere procedimenti penali in corso erano allora Presidente del Consiglio (Berlusconi) ed il Presidente del Senato (Pera). Ma alla fine è stato prevalente, anche per i risvolti di costituzionalità, il solo caso Sme-Ariosto che vedeva imputato il presidente del consiglio, assumendo così la legge – secondo taluna dottrina – una configurazione di legge “usa e getta” (cfr. A. PUGIOTTO, «Lodo Maccanico», *una legge a rischio di incostituzionalità*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 26, p. 8 s.).

D'altro canto la legge conteneva due peculiarità: in primo luogo, *ratione temporis*, si negava la coincidenza fra momento della commissione del fatto illecito e periodo di detenzione della carica, cioè l'indifferenza al *tempus commissi delicti* (visto che la sospensione riguardava anche fatti antecedenti, purché il processo/ [procedimento] fosse in corso o stesse per iniziare); in secondo luogo, *ratione materiae*, visto che la sospensione processuale toccava solo gli illeciti penali, non quelli civili ovvero amministrativi.

⁶² In tal senso un'autorevolissima dottrina: L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1991, p. 392, il quale puntualmente rilevava: «L'inciso dell'art. 93 non è ... spiegabile, se non supponendo che il nuovo Governo entri in carica per effetto della prestazione dei relativi giuramenti ... il giuramento funge da *momento integrativo dell'efficacia* delle nomine ... ; ed è solo a questo punto, dato il principio di continuità, che il Governo uscente può dunque cessare dall'esercizio dei suoi compiti». Così nella manualistica sostanzialmente: P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, X ed., Padova, Cedam, 2005, p. 130; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, X ed., Padova, Cedam, 2006, p. 240; R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2006, p. 138; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, IX ed., Bologna, Zanichelli, 2005-2006, p. 407; P. CARETTI – U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., Torino, Giappichelli, 2006, pp. 201 e 223; nonché in tal senso una storica autorevolissima dottrina: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, X ed., rielaborata ed aggiornata a cura di F. Modugno, A. Baldassarre, C. Mezzanotte, Padova, Cedam, 2001, p. 583.

⁶³ Si sa infatti che per quel che riguarda il Presidente del Consiglio (oltre alla scadenza fisiologica del mandato) le ipotesi riscontrabili nella prassi e nella storia costituzionale sono: sfiducia, dimissioni, crisi extraparlamentare, impedimento temporaneo e morte. Peraltro occorre sottolineare che quest'ultimo caso si dimostrava irrilevante a fini della nostra analisi, visto che la cessazione della sospensione processuale avrebbe coinciso con l'estinzione del processo (*crimen extinguitur mortalitate*), stante la responsabilità personale stabilita nell'art. 27, c. 1, Cost. e negli artt. 69 e 129 c.p.p. (salva la volontà della soluzione “nel merito” EX art. 129, c. 2, c.p.p., preminente – in tale ipotesi – rispetto a quella procedurale in omaggio al *favor innocentiae*; cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, III ed., Torino, Utet, 2007, p. 349). Invece per il Presidente della Repubblica (oltre anche qui alla scadenza del settennato di mandato), le ipotesi sono: dimissioni, morte, impedimento permanente, rimozione. Per i Presidenti delle Camere le

ultima analisi – la scadenza del mandato visto che la legge 140/2003 prevedeva la possibilità di “proroga” in caso di assunzione di altra «alta carica» prevista nella legge stessa⁶⁴. Aspetto questo che diverrà evidente dal punto di vista della legittimità costituzionale nel processo costituzionale avente ad oggetto tale disposizione e su cui ci si fermerà più oltre (v. *infra* § 4).

La sospensione, letteralmente, riguardava i « processi penali». Tale dizione aveva alimentato le riflessioni ed una dialettica di merito da parte della dottrina, portando alla divisione fra chi riteneva che tale termine dovesse essere inteso in senso letterale-restrittivo, tale per cui non doveva essere preclusa la fase delle indagini preliminari e l'eventuale archiviazione della *notitia criminis*, e chi invece propendeva per l'interpretazione estensiva, comprendendo anche la fase pre-processuale e, quindi, tanto da indagato che da imputato per il (presunto) soggetto attivo del reato. Corollario necessario della prima opzione era l'arrestarsi del procedimento penale quando le indagini preliminari si chiudevano e ove si avesse il rinvio a giudizio ex art. 424, c. 1, c.p.p. Contrariamente il secondo orientamento faceva coincidere il termine *processo penale* adoperato nella legge con quello, invero più ampio, di *procedimento* in virtù del fatto che l'art. 1, legge 140/2003, parlava – relativamente al periodo di efficacia della sospensione processuale – di «ogni fase, stato e grado» del procedimento. È logico che la prima opzione era meno favorevole all'imputato e mirava a garantire che si potessero almeno svolgere le indagini preliminari; la seconda veniva invece incontro all'idea del processo visto come un tutt'uno, con una concatenazione – senza soluzione di continuità – logica e sequenziale fra le varie parti e che non aveva senso toccare l'una senza l'altra, soprattutto se il fine era quello della “serenità nell'esercizio delle funzioni”.

Nonostante le critiche – alcune delle quali di pregevole levatura logico-giuridica – è sembrata preferibile l'interpretazione letterale-restrittiva, la quale pareva confortata da non pochi elementi messi in luce da un'attenta dottrina. Infatti in primo luogo vi era il dato letterale che appunto parlava di *processo penale* e non di *procedimento*; dato quest'ultimo non indifferente realizzato il fatto che tanto il codice penale di rito che la dottrina processualpenalistica distinguevano nettamente i due concetti⁶⁵. Oltre al dato letterale fu

ipotesi possono essere: dimissioni, morte, impedimento permanente. Invero né la Costituzione, né i regolamenti parlamentari si occupano specificamente della questione, limitandosi il solo regolamento della Camera alta (art. 9, c. 2) a contemplare l'ipotesi – qui irrilevante – della sostituzione per impedimento temporaneo (... peraltro per prassi esistente anche alla Camera; cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Bologna, Il Mulino, 2003, p. 143).

D'altro canto non si poteva anche non rilevare l'ipotesi (non rinnovata con tale tenore nel successivo lodo Alfano; ma sul punto v., senz'altro, *infra* Parte II) di *elezione* o *nomina* ad altra carica delle cinque previste dalla legge (ipotesi non così improbabile come dimostra la prassi; v. nt. successiva). Sicuramente invece vi sarebbe la fine della sospensione processuale nell'ipotesi – invero residuale nella prassi, se non teorico-scolastica – che una delle «alte cariche dello Stato» si candidasse e venisse eletto come parlamentare europeo (realizzato che la legge elettorale europea prevede l'incompatibilità e non l'ineleggibilità per le cariche qui comparate) nel caso in cui si optasse per l'incarico sovranazionale, rinunciando a quello interno.

⁶⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, «Lodo Maccanico», *una legge a rischio di incostituzionalità*, cit., p. 11, che ripercorreva le numerose ipotesi di soggetti della vita politica che avevano ricoperto diverse delle (attuali) «alte cariche» nel corso del tempo. Fra esse: De Nicola, Fanfani, Saragat, Leone, Pertini, Cossiga, Spadolini, Scalfaro, Ciampi, Napolitano; nonché Nilde Iotti, presidente della Camera per tredici anni consecutivi. Invero F. CORDERO, *Con una legge si vuole abolire l'eguaglianza di fronte alla legge*, in *La Repubblica*, 17 giugno 2003, ricordava anche alcuni casi durante il periodo statutario: Farini, Bianchi, Depretis, Mussolini, i quali hanno detenuto per lungo tempo la carica di presidente della Camera ovvero del Consiglio.

⁶⁵ Invero quando si parla di «processo» nel codice di procedura penale si allude al segmento procedurale che segue l'atto di imputazione (art. 405 c.p.p.), escludendo – di conseguenza – la fase delle indagini preliminari (così: R. ORLANDI, *Profili di diritto processuale*, cit., p. 1208; M. CHIAVARIO, *Lessico essenziale delle immunità politiche*, in R. ORLANDI – A. PUGIOTTO, *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 26 s.; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., pp. 47 s. e 283; T.F. GIUPPONI, *Immunità, improcedibilità... incostituzionalità? L'attuazione dell'art. 68 Cost. e il “lodo Maccanico”*, in www.forumcostituzionale.it; G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 24, p. 9; G.

additata l'interpretazione storica, sostenuta da un parere della Commissione giustizia del Senato⁶⁶. In terzo luogo si poteva ascrivere un elemento logico, visto che permettere le indagini preliminari voleva dire poter dar luogo alla raccolta degli elementi indispensabili per poter verificare la fondatezza o meno della notizia di reato oltre alla formazione delle prove per il processo ovvero l'archiviazione del procedimento ove la *notitia criminis* fosse parsa infondata⁶⁷. Come si è visto, nonostante la forza persuasiva, nessuna di queste argomentazioni si rivelò decisiva per ascrivere al termine *processo penale* usato nel testo di legge un significato restrittivo stante le numerose postille che furono poste ed a cui tale interpretazione non pareva irresistibile⁶⁸, dimostrandosi più che un problema di interpretazione un problema di drafting nella stesura "amletica" del testo da parte del

GIOSTRA, *Il "lodo Berlusconi" alla prova dei giudici*, in *Quest. giust.*, 2003, n. 4, p. 828; D. NEGRI, *La sospensione del processo prevista dalla disposizione transitoria e la natura della situazione regolata nel 1° comma dell'art. 1, l. 140/03*, parte di D. NEGRI - E. MARZADURI, *sub art. 1, L. 140/2003*, cit., p. 12; *Intervista a G. Conso, Conso: «Il Lodo Maccanico non ferisce la Costituzione»*, in *Il Sole 24 ore*, 7 giugno 2003, p. 10; *Intervista a G. Conso, Conso: niente blocco per le indagini preliminari*, in *Il Sole 24 ore*, 26 luglio 2003; M. CHIAVARIO, *I giuristi: avanti con le indagini*, in *Italia oggi*, 29 luglio 2003; *Intervista a G. Giostra, Il lodo non può fermare le indagini*, in *La Repubblica*, 26 luglio 2003; *contra* G. PANSINI, *Una scelta pienamente costituzionale*, in *Dir. proc.*, 2003, n. 10, p. 1233, seppur in modo non definitivo; E. MARZADURI, *Dubbi sullo «stop» nella fase delle indagini*, cit., p. 23). Nella prassi si registrava all'epoca uno scontro - che rischiò di divenire un conflitto di attribuzioni - fra il Ministro di Grazia e giustizia Castelli e la procura della Repubblica di Milano per una rogatoria internazionale che riguardava il Presidente del Consiglio allora in carica, nella quale il Guardasigilli esprimeva l'interpretazione che la legge avesse come ambito di operatività il procedimento e, quindi, anche le indagini preliminari (cfr., sul tema, G. PANSINI, *«Insisto, Castelli doveva bloccare le rogatorie»*, in *Liberò*, 31 luglio 2003; più dubitativo: E. MARZADURI, *Intervista*, in *La Nuova Sardegna*, 26 luglio 2003). La possibilità di effettuare rogatorie o meno è un aspetto di non secondaria importanza per l'indagato nella logica processuale, appurato il fatto che i verbali delle dichiarazioni e i documenti raccolti con le rogatorie vengono inseriti nel fascicolo del dibattimento, purché - nel primo caso - «i difensori [fossero] stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana» (cfr. art. 431, c. 1, lett. f) e d), c.p.p.).

⁶⁶ Tale argomento invero non è stato immune da critiche. Infatti non hanno avuto seguito gli emendamenti, presentati tanto nel corso dell'approvazione del lodo "Maccanico-Schifani" che "Alfano", che volevano esplicitamente circoscrivere l'efficacia della sospensione al solo dibattimento (cfr. sul punto la ricostruzione di E. MARZADURI, *Il futuro della norma è già segnato dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Guida al diritto* 2008, n. 32, p. 9; e giustamente A. PUGIOTTO, *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, cit., p. 1815, rilevava come i lavori preparatori non vincola(va)no l'interprete).

⁶⁷ Così: R. ORLANDI, *Profili di diritto processuale*, cit., p. 1208. Occorre sottolineare che le indagini preliminari non hanno una matrice "colpevolista", appurato che l'art. 2, n. 37 della l. 81/1987 prevede che lo scopo delle indagini preliminari è (non solo) legato all'esercizio dell'azione penale, ma anche all'«accertamento di fatti specifici, ivi compresi quelli favorevoli all'imputato». Ma invero un secondo filtro vi è anche - com'è noto - nel ruolo del g.u.p. che emana un «non luogo a procedere» ove, *ex art. 425, c. 3, c.p.p.*, ritenga che «gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio».

⁶⁸ Una puntuale critica di tale posizione si rinveniva nell'ordinanza di sollevamento del Tribunale di Roma relativamente al "lodo Alfano" che può qui essere studiata e compendiata assieme al lodo "Maccanico-Schifani", vista la comune terminologia (cfr. *Ordinanza (Atto di promovimento)*, 26 settembre 2008, n. 9, emessa dal g.i.p. del Tribunale di Roma nel procedimento a carico di S. Berlusconi e altri, in www.unife.amicuscuriae.it, p. 2). Infatti il tribunale romano rilevava - a sostegno della tesi che inglobava l'intero *procedimento* (e non solo le *indagini preliminari*) - in primo luogo il dato letterale («in ogni fase, stato o grado»), che abbiamo ritenuto non decisivo per il lodo "Maccanico-Schifani". Ben più pregnante - relativamente al successivo lodo "Alfano" - era invece il richiamo agli artt. 392 e 467 c.p.p., visto che il ricorso all'acquisizione anticipata delle prove mediante incidente probatorio è consentita solo nel corso delle indagini preliminari (artt. 392 e ss. c.p.p.) e dell'udienza preliminare (Corte cost. sent. 77/1994); al contrario l'art. 467 c.p.p. si riferisce all'assunzione di prove in via d'urgenza non rinviabili al dibattimento e, quindi, ascrivibile alla fase predibattimentale. Da ciò se ne deduceva che il riferimento normativo fosse a tutte le fasi del procedimento. Ma tutto sommato era logico che il giudice romano interpretasse in tal modo la disposizione, visto che si trattava di un g.i.p. e se non avesse sostenuto che la sospensione toccava anche la fase delle indagini preliminari, non avrebbe potuto sollevare la questione di legittimità costituzionale, in quanto non rilevante ed il sollevamento sarebbe spettato semmai - ove ne avesse condiviso anche la non manifesta infondatezza - al giudice del dibattimento. Infatti, taluna dottrina favorevole all'interpretazione

legislatore⁶⁹. Esisteva peraltro un'opinione dottrinale che è riuscita ad evidenziare un argomento più pregnante a sostegno dell'interpretazione restrittiva. Infatti la lettura restrittiva era l'unica fra le due che permetteva un'interpretazione costituzionalmente conforme, cioè – in questo caso – non contrastante con l'art. 68, cc. 2 e 3, Cost.; in particolare il fatto che un parlamentare (*rectius*: presidente di una delle due camere, in questo caso), che venisse colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, potesse essere arrestato senza necessità dell'autorizzazione della camera di appartenenza mal si concilia(va) con la successiva (immediata) sospensione del processo. Infatti come poteva una legge ordinaria permettersi ciò che perfino la Costituzione esclude?⁷⁰ Orbene, la Costituzione, in tali ipotesi, permette l'immediato arresto a scapito dell'autonomia della Camera di appartenenza nel vagliare il *fumus persecutionis*; la legge invece sospendeva addirittura il processo, senza alcun filtro. Certo l'interpretazione restrittiva permetteva di parare solo in parte il problema, ma non di sfuggire *amplius* alla compatibilità di una tale dizione legislativa rispetto al testo costituzionale dal punto di vista della ragionevolezza su cui avremo modo di fermarci nel corso del presente lavoro, essendo esso aspetto che tocca la legittimità costituzionale *tout court* (v. *infra* Parte I, §§ 4-5 e Parte II, § 4).

Per il momento, comunque, chiusa l'interpretazione letterale del testo, non resta – seguendo la metodologia interpretativa dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. – che passare alla razionalità della legge, al fine di valutarne lo scopo e la sua fisionomia all'interno dell'ordinamento giuridico. Nel fare ciò ci si scontra fin da subito con due orientamenti contrapposti: chi riteneva che la sospensione processuale fosse una scelta possibile ed anzi doverosa per garantire il sereno svolgimento dei compiti istituzionali da parte delle

letterale-restrittiva aveva ritenuto – come poi è puntualmente accaduto (v. Parte II, § 4) – che i giudici di Palazzo della Consulta avessero dovuto emanare un'ordinanza interpretativa di inammissibilità per difetto assoluto di rilevanza (cfr. M. CECCHETTI, *Appunti sulle questioni sottoposte alla Corte e sui possibili esiti di giudizi di legittimità costituzionale del "Lodo Alfano"*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, cit., p. 85). Inoltre si era sottolineato che il riferimento alle prove non rinviabili non fosse decisivo visto che tale istituto è utilizzabile anche nella fase dell'udienza preliminare (cfr. G. FRIGO, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. Profili procedurali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, n. 10, p. 1232; S. COPPARI, *La sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato introdotta dall'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124 (c.d. "Lodo Alfano")*, in G. AMATO – C. SANTORIELLO (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, Utet, 2009, p. 231 ss.; nonché M. CECCHETTI, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. I profili costituzionalistici*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 10, p. 1224 e nt. 34) fin dalla famosa sent. "additiva" della Corte cost. 77/1994 che aveva dichiarato incostituzionale gli artt. 392 e 393 c.p.p. nella parte in cui non consentivano che, nei casi previsti, l'incidente probatorio potesse essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare. La Corte, nella sent. 262/2009, rileverà l'uso intermittente da parte del giudice *a quo* del linguaggio adoperato nell'ordinanza di remissione; ciò anche dal punto di vista sistematico, appurato che il richiamo alla possibilità dell'incidente probatorio nella fase dell'udienza preliminare dimostra(va) l'aggancio ad una fase estranea alle indagini preliminari. Di conseguenza, il giudice costituzionale, al fine di sostenere l'interpretazione restrittiva, si accostava anche all'interpretazione storica (cioè l'intervento del Ministro di Grazia e Giustizia al Senato il 22 luglio 2008), rilevando altrimenti l'irragionevolezza dell'opzione interpretativa additata dal giudice *a quo* (cioè l'estrema difficoltà di reperire le prove ad anni distanza); cfr. Corte costituzionale, sent. 262/2009, pp. 3.2 e 3.3 *cons. in dir.*

⁶⁹ ... invero meno scusabile pare la sua ripresentazione immutata nella legge 124/2008.

⁷⁰ In riferimento al lodo "Alfano", ma applicabile "ora per allora" – stante l'identica terminologia – anche al lodo "Macchiano-Schifani", l'opinione di P. CARNEVALE, *La legge n. 124/2008 e le sue vicende. Appunti per una analisi*, in *Giur. it.*, 2009, n. 3, p. 775. Peraltro occorre rilevare che non permettere le indagini preliminari voleva dire – a detta di taluna dottrina – andare contro la prescrizione dell'art. 112 Cost., relativamente all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (e per G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, cit., p. 9, anche l'art. 111 Cost. che vedrebbe il Pm rimanere inerte, mentre la difesa cerca e raccoglie dati per confutare la tesi accusatoria). In tal senso la Corte avrebbe potuto chiarire – ove avesse ritenuto legittima la legge – con un'interpretativa (*manipolativa sostitutiva*) tale questione, ma invero il profilo fu, nel 2004, assorbito dalla più ampia dichiarazione di incostituzionalità che toccava tutto l'articolo in questione.

cc.dd. «alte cariche dello Stato», di cui la legge 140/2003 avrebbe fatto tesoro (c.d. teoria «giustificazionista») e chi invece ne contestava (almeno nei modi in cui era stata apprestata) la legittimità costituzionale, arrivando – nelle sue posizioni più estreme – a concepirla come una sorte di «immunità mascherata» (c.d. teoria «antagonista»)⁷¹.

2. La relazione al progetto di legge e la lettura “giustificazionista”. Il problema della promulgazione presidenziale.

Generalmente, la *ratio* di una normativa si rinviene anche dalla relazione illustrativa al progetto/disegno di legge in cui essa è contenuta, se non altro se la si intende quale “scopo del legislatore” (*rectius*: della maggioranza di governo). Il valore esplicativo della relazione ha di conseguenza – inevitabilmente – anche un fine persuasivo sia verso i parlamentari che saranno chiamati ad esprimersi sul testo, ma altresì *amplius* verso la comunità sociale *tout court* che non solo ha l’onere di conoscere e rispettare le normative, ma che – soprattutto – in un futuro più o meno prossimo sarà chiamata – mediante il voto – a giudicare l’operato di una maggioranza di governo, confermandola o meno, proprio in base al programma realizzato, di cui ciascuna singola legge costituisce parte.

Purtroppo dalla relazione al ddl Boato nulla si rinveniva, appurato il fatto che l’introduzione del lodo “Maccanico-Schifani” si ebbe successivamente con un emendamento⁷². Il germe, e quindi la base di partenza, della c.d. visione «giustificazionista», sintetizzabile – col prezzo di qualche approssimazione – come l’orientamento dottrinale, politico ecc., favorevole allo scudo per le «alte cariche dello Stato», si poteva invece rinvenire dai primi commenti favorevoli al testo che ne avevano supportato nel merito la condivisione⁷³.

È logico che la filosofia favorevole alla sospensione processuale per le «alte cariche dello Stato» non si era espressa solo nel corso dell’approvazione della legge nei due rami del Parlamento, ma aveva alimentato un filone dottrinale e “giudiziale” (cioè le tesi sostenute dall’Avvocatura dello Stato nel corso del processo costituzionale sulla l. 140/2003⁷⁴ e dalla difesa dell’on. Silvio Berlusconi⁷⁵ – oltre che nel corso dello scrutinio di legittimità della legge *de qua* – nelle varie sedi giudiziarie in cui la questione fosse parsa rilevante). Naturalmente tale orientamento voleva non solo (e non tanto) dimostrare la condivisibilità nel merito del provvedimento, ma soprattutto – com’era *in nuce* in relazione a quanto accennato sopra – sostenerne la legittimità costituzionale. Quest’ultimo profilo era quello più rilevante nella nostra analisi, non essendo ascrivibile al giurista una

⁷¹ L’origine di tale terminologia si deve a A. PUGIOTTO, *Lecture e riletture della sentenza costituzionale n. 24 del 2004*, cit., p. 778 ss.

⁷² Non soddisfa(va) quindi la proposta di legge n. 185 d’iniziativa del deputato Boato (presentata il 30 maggio 2001), la quale non conteneva quello che sarebbe poi stato l’art. 1, legge 140/2003. Infatti la versione che comprendeva il lodo “Maccanico-Schifani” era presente nel documento che usciva dal Senato il 5 giugno 2003. Cfr., per il primigenio progetto, *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, XIV legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documento n. 185, *Disposizioni per l’attuazione dell’art. 68 della Costituzione*.

⁷³ Cfr. almeno in dottrina: A. CHIAPPETTI, *La miopia Ds sul lodo Maccanico*, in *Il Tempo*, 7 maggio 2003, p. 2; N. ZANON, *La procedura ordinaria e l’interesse del Paese*, in *Il Corriere della sera*, 3 giugno 2003, p. 10; *Intervista a G. Conso*, cit., p. 10; S. CASSESE, *Alte cariche, uno scudo per la tregua istituzionale*, in *Il Sole 24 ore*, 23 maggio 2003, p. 4; A. VIRGILIO, *Il lodo Maccanico è un giusto compromesso*, in *Italia oggi*, 10 maggio 2003, p. 45; A. VIRGILIO, *Lodo Maccanico, scontato l’esito della Consulta*, in *Italia Oggi*, 3 luglio 2003; P. ARMAROLI, *Provvedimento del tutto in linea con le riserve del Quirinale*, in *Il Corriere della sera*, 30 maggio 2003, p. 5; *Intervista ad A. Maccanico*, «Norma inopportuna, non incostituzionale», in *L’Avvenire*, 19 giugno 2003, p. 7; *Casavola: nessun rilievo dal punto di vista costituzionale*, in *L’Avvenire*, 7 giugno 2003, p. 9. V., inoltre, la lettera del Presidente del Consiglio, Silvio Berlusconi, di sostegno al lodo “Maccanico-Schifani”: *Il vero e preminente problema di questo Paese (da dieci anni)*, in *Il Corriere della sera*, 7 maggio 2003, p. 1.

⁷⁴ Cfr. la memoria dell’avv. Fiumana, in *Rass. Avv. Stato*, 2004, n. 1, p. 302 ss.

⁷⁵ Cfr. la memoria dell’avv. Pecorella, in *Foro ambr.*, 2003, p. 210 ss.

valutazione di merito, riservata invece alla “discrezionalità” del legislatore e, quindi, all’ottica della politicità delle scelte, purché costituzionalmente indifferenti.

Come detto occorre propedeuticamente partire dalla *ratio* della norma che naturalmente spiega nel merito lo scopo che essa si prefigge e, in secondo luogo, la coerenza della disciplina apprestata con il tessuto normativo (*rectius*: la Costituzione, quale fonte condizionante), al fine di non incorrere in censure di incostituzionalità, fosse essa per contrasto diretto o indiretto con le disposizioni/norme costituzionali, fosse anche quello dell’irragionevolezza, nelle varie vesti sottolineate dalla oramai ricca dottrina in tema di giustizia e processo costituzionale (irragionevolezza in senso stretto, incoerenza logica ...) ⁷⁶. Ma, come accennato, si è voluto (e dovuto) dimostrarne anche una condivisibilità nel merito della scelta operata, appurato che usualmente il giudizio di merito (cioè sulla bontà intrinseca della legge) non si chiude con il solo voto del Parlamento, ma potrebbe vedere coinvolto il popolo (*rectius*: corpo elettorale) in un eventuale referendum abrogativo, dove l’elettore “giudica” – nel bivio *si/no* – sul merito della scelta operata, potendo decidere per la sua abrogazione o meno ⁷⁷.

La tesi “giustificazionista”, suo malgrado, ha sempre assunto una connotazione tipicamente “difensiva”, vuoi perché se ne è dovuta sostenere – come detto – la legittimità e condivisibilità nel merito nelle aule parlamentari, vuoi per opporsi alla tesi (opposta) sostenuta in modo eloquente nel (possibile) sollevamento della *quaestio legitimatis* da parte dei giudici *a quibus* nei processi in cui la stessa si fosse dimostrata *ictu oculi* rilevante e non manifestamente infondata, vuoi ancora perché il tono del dibattito dottrinale che ha coinvolto gli studiosi nelle riviste scientifiche, nei convegni ecc ... ne rese doverosa la difesa, e ciò è invero più notevole vista se non altro – dopo l’annullamento della Corte costituzionale – la volontà di ripresentare il testo con le opportune correzioni, venendo incontro ai *dicta* del giudice delle leggi. Quindi sia questa teoria (“giustificazionista”) che quella alternativa, che com’è stato anticipato verrà nominata “antagonista”, hanno assunto, nella sintesi dei molteplici contributi, la veste del testo argomentativo, cioè di quel testo che mediante elementi positivi, fattuali, di “autorità”, di contraddizione della tesi opposta, voleva dimostrare la maggior fondatezza (giuridica nel nostro caso) dell’una a scapito dell’altra ⁷⁸.

Così, esaurito il rituale della sua presentazione formale, mediante l’interpretazione letterale dei suoi termini, è giocoforza passare all’analisi della *ratio* della sospensione processuale per le «alte cariche dello Stato». La *ratio* dell’art. 1, legge 140/2003 era, nelle

⁷⁶ Cfr. almeno: A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell’interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2002, n. 7, p. 261 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001; L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁷⁷ Condizione quest’ultima che si rivelò, in un primo tempo, nella richiesta abrogativa all’art. 1, legge 140/2003 (cfr. il quesito in *Dir. giust.*, 2003, n. 26, p. 10). Com’è noto – alla fine – non vi fu la celebrazione del referendum a causa della sent. 24/2004 che annullò tale disposizione, nonostante poi, nella successiva sent. 25/2004 (cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 25, in *Foro it.*, 2004, parte I-6, p. 321, con nota di R. ROMBOLI e in *Giur. it.*, 2004, p. 1790 s.; nonché in *Guida al diritto* 2004, n. 5, p. 52 s.), ne fosse constatata l’ammissibilità. Infatti – essendo venuta meno la disposizione oggetto della richiesta referendaria – la naturale conseguenza era l’interruzione della procedura referendaria. Per la pronuncia della suprema magistratura di merito cfr.: Corte di Cassazione – Ufficio centrale per il referendum – sent. 4 febbraio 2004, in *Dir. giust.*, 2004, n. 20, p. 84 ss. ed il commento di A. PUGIOTTO, *Referendum e giudizio incidentale di costituzionalità: ecco le norme*, ivi, p. 52 e 81 ss.

⁷⁸ La precisazione or ora fatta impone di conseguenza una scelta di metodo nel presentare le due teorie. In questa sede si preferisce utilizzare un ordine omogeneo fra le due teorie, distribuendole su due paragrafi separati. Tutto ciò al fine che il lettore possa operare una comparazione fra le due e giudicarne la maggiore o minore sostenibilità sul piano scientifico. L’ordine con il quale saranno presentate le due “filosofie” sarà: 1) elementi di diritto positivo; 2) elementi fattuali (ove esistenti); 3) elementi logici(-giuridici); 4) elementi di autorità; 5) contraddizioni della teoria opposta. Una volta esposte le due correnti di pensiero sarà così proficuo vedere la pronuncia della Corte costituzionale nella sent. 24/2004 (§ 4) ed il possibile seguito legislativo (§ 5).

parole della difesa dell'on. Silvio Berlusconi di fronte alla Corte costituzionale, di «salvaguardare le più alte cariche dello Stato, durante lo svolgimento del mandato, dagli inevitabili turbamenti conseguenti all'esercizio di ogni azione penale»⁷⁹.

Per quel che riguardava gli elementi positivi si rilevava che la sospensione processuale era istituito già presente nella legislazione (processual)penalistica italiana e che quindi non si doveva addurre la necessità di una legge costituzionale in materia⁸⁰, appurato il fatto che l'ipotesi qui contemplata sarebbe stata simile ad altre previste dal diritto processuale penale, tutte prive di termini temporali precisi⁸¹.

In secondo luogo non vi sarebbe stato – secondo la teoria “giustificazionista” – contrasto alcuno con gli artt. 90 e 96 Cost., stante il fatto che essi si occupa(va)no dei (soli) reati funzionali, mentre la legge *de qua* atteneva a quelli extrafunzionali (ed anzi faceva salvi gli artt. 90 e 96 Cost.). Inoltre, proprio il “silenzio” costituzionale sui reati extrafunzionali permetteva una loro disciplina con legislazione ordinaria (cioè senza violazione dell'art. 138 Cost.), purché, naturalmente non irragionevole; nonché il fatto che la «serenità nell'esercizio delle funzioni» richiedesse la moratoria di tutti i processi, indipendentemente dal *tempus commissi delicti*. Ed invero, quale terzo argomento di carattere positivo, la normativa in questione non sarebbe stata irragionevole e, quindi, non avrebbe violato l'art. 3 della Costituzione, in quanto i giudici di Palazzo della Consulta avevano più volte rilevato che se è vero che non si deve trattare in modo diverso casi uguali, d'altro canto non si deve nemmeno trattare in modo uguale casi diversi⁸². E l'ipotesi qui contemplata dimostrava che si sarebbe stati di fronte a casi diversi, non essendo paragonabile un comune cittadino, *quisque de populo*, ad un soggetto che esercita una

⁷⁹ Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 2, *ritenuto in fatto*. A completamente erano stati aggiunti in sede di studio della legge anche altri elementi che caratterizzavano la *ratio* della normativa *de qua* quali: salvaguardare il semestre di presidenza europea, tutelare la continuità nell'esercizio delle funzioni pubbliche ed il prestigio delle istituzioni, garantire la concentrazione del processo penale, proteggere le cariche di vertice da interferenze strumentali orientate della magistratura ed assicurare il rispetto della volontà popolare espressa attraverso il voto (cfr., con taglio critico sulle diverse *rationes*, A. PUGIOTTO, *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, cit., p. 1804 ss.; A. PUGIOTTO, «Lodo Maccanico», una legge a rischio di incostituzionalità, cit., p. 8). Sul tema A.A. DALIA, *L'illegittimità del «lodo Schifani» tra perplessità e contraddizioni*, in *Dir. proc.*, 2004, n. 8, p. 966, parlava della sospensione del processo esclusivamente per la durata dell'incarico come «soluzione normativa, dal punto di vista costituzionale, ragionevole ed equilibrata», nonché – come rilevava A. CHIAPPETTI, *La miopia Ds sul lodo Maccanico*, cit., *ibidem* – «in grado di raffreddare il clima di scontro tra politica e magistratura».

⁸⁰ A sostegno viene citato un “precedente” della Corte costituzionale, cioè sent. 3 giugno 1983, n. 148, in *Giur. it.*, 1983, Parte I, Sez. I, 1553, con nota di M. ANNUNZIATA, *Ora il Consiglio superiore della Magistratura è organo costituzionale?*; nonché E. GIRONI, *Le garanzie del Consiglio superiore della magistratura*, in *Foro it.*, 1983, I, p. 1801 ss.; D. PULITANO, *La “non punibilità” di fronte alla Corte costituzionale*, *ivi*, p. 1806 ss. Cfr. a favore del precedente: N. ZANON, *La procedura ordinaria e l'interesse del Paese*, cit., p. 10; nonché *l'Intervento del Presidente del Consiglio* nel processo costituzionale (Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 2, *ritenuto in fatto*).

⁸¹ La difesa dell'on. Berlusconi riportava numerosi casi contemplati dal codice di procedura penale: art. 3 (questioni pregiudiziali sullo stato di famiglia o di cittadinanza), artt. 37 e 41 (sulla ricusazione del giudice), art. 47 (sulla rimessione del processo), artt. 71 e 72 (sull'incapacità dell'imputato), art. 344 (sull'autorizzazione a procedere), art. 479 (sulle questioni civili o amministrative di particolare complessità). Cfr. Corte costituzionale, sent. 24/2004, cit., *ibidem*.

⁸² Così invero in dottrina: G. PANSINI, *Una scelta pienamente costituzionale*, in *Dir. proc.*, 2003, n. 10, p. 1233 s.; A. CHIAPPETTI, *Immunità basta il lodo Maccanico*, in *Il Tempo*, 9 giugno 2003, p. 2; così anche T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato e i nodi irrisolti nei rapporti tra politica e giustizia*, cit., p. 9, che rilevava – invero per il successivo lodo “Alfano” – come fosse possibile un trattamento diverso per situazioni diverse, anche se poi censurava la costituzionalità della disposizione *de qua* per altri motivi (similmente per il successivo lodo “Alfano”: M. CECCHETTI, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. I profili costituzionalistici*, cit., 1220; e, a commento della sent. 24/2004, A. PUGIOTTO, *Sull'immunità delle “alte cariche” una sentenza di “mezzi silenzi”*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 5, p. 12; tale ultimo A. rilevava come una tale situazione non poteva valere però in ogni caso; infatti, proprio nell'ipotesi in questione, non poteva valere per i processi penali antecedenti l'assunzione delle cariche ovvero per i processi penali riguardanti reati commessi anteriormente al mandato istituzionale).

delle «alte cariche dello Stato»⁸³. Anzi lo stesso codice di rito lo dimostra(va) quando all'art. 205 (c.p.p.) prevede(va) – all'interno dei «mezzi di prova» – una disciplina *sui generis* per l'assunzione della testimonianza da parte di quelle che qui venivano dette «alte cariche dello Stato»⁸⁴. Ad ulteriore conferma si poteva argomentare che tale disposizione non era mai stata dichiarata illegittima costituzionalmente⁸⁵.

Come quarto aspetto non vi sarebbe stata violazione nemmeno dell'art. 68 Cost., in quanto qui non si prevedeva un'immunità, ma una mera sospensione processuale che procrastinava a fine mandato la perseguibilità dell'illecito extrafunzionale⁸⁶, testimoniata peraltro – da un punto di vista sistematico – dal richiamo operato dalla legge 140/2003 all'art. 159 c.p.; motivo questo che dimostrava il non necessario collegamento con le attribuzioni costituzionali dell'organo (come, invece, nel caso delle immunità)⁸⁷ e, di conseguenza, l'infondatezza della necessità di una legge costituzionale. Né rilevavano gli accostamenti all'art. 71 c.p.p. che si occupavano di incapacità dell'imputato dovuta ad infermità di mente. A conclusione si aggiunse il fatto che, trattandosi di una protezione a tutela della funzione pubblica (e, quindi, non del soggetto beneficiario) la sospensione doveva essere indisponibile, automatica, non limitata ad un solo mandato ed accompagnata da una contestuale sospensione della prescrizione.

Appurati gli elementi positivi occorre poi supportare gli stessi con elementi fattuali. Fra essi si poteva ascrivere, collegando così quelli positivi (sopra visti) a quelli di «autorità», il fatto che la Corte di Cassazione avesse applicato, trovandosi di fronte un caso in cui era coinvolto l'allora presidente del consiglio, la sospensione processuale senza sollevare (pur potendo) la questione di legittimità costituzionale alla Corte e dimostrando, di conseguenza, dall'ottica autorevole della suprema magistratura, di considerare il lodo perfettamente costituzionale⁸⁸. Un secondo elemento di autorità additato – implicitamente – a sostegno della legittimità costituzionale del lodo «Maccanico-Schifani» è stata la promulgazione della legge da parte del Presidente della Repubblica (allora Carlo Azeglio

⁸³ Cfr. A. ABUKAR HAYO, *Immunità*, cit., p. 3.

⁸⁴ Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 2, *ritenuto in fatto*.

⁸⁵ Ed invero era stato prontamente sottolineato (G. PANSINI, *Una scelta pienamente costituzionale*, cit., p. 1234) come non si sia mai stata riconosciuta – da un punto di vista oggettivo – la necessità di una legge costituzionale per la sospensione nei confronti dell'imputato incapace secondo il codice penale. Anzi la Corte ne aveva ridimensionato una limitazione, estendendone la portata con un'additiva (cfr. Corte costituzionale, sent. 20 luglio 1992, n. 340, in *Legisl. pen.*, 1992, p. 803). Invero lo stesso art. 72 c.p.p. è stato più volte sottoposto allo scrutinio di legittimità, uscendone illeso (cfr. A.A. DALIA, *op. cit.*, p. 962).

⁸⁶ Occorre rilevare (anticipando un elemento di autorità a sostegno della teoria «giustificazionista») che anche fra chi ha criticato il lodo Maccanico-Schifani, non mancava chi ne rilevava – contrariamente a molti sostenitori della teoria «antagonista» – il carattere di mera sospensione processuale prevista dall'intervento legislativo (cfr. E. MARZADURI, *Dubbi sullo «stop» nella fase delle indagini*, cit., p. 23, il quale concordava che si trattasse di una «mera moratoria processuale», visto che si faceva un riferimento temporale alla cessazione della carica ovvero della funzione; così invero G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, cit., p. 8 ss.).

⁸⁷ Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, cit., ibidem. Invero la distinzione fra immunità e sospensione pare chiara. La prima attiene all'autonomia dagli altri poteri nell'esercizio della carica, implica un nesso funzionale coi reati commessi, sottrae il soggetto alla giurisdizione, va introdotta necessariamente con legge costituzionale ed è solo a favore di organi titolari di funzioni di rilievo costituzionale. La seconda richiede invece un mero collegamento tra la carica esercitata e l'interruzione temporanea del dibattimento, non esonera il soggetto dalla giurisdizione, può essere introdotta con legge ordinaria (cfr., sul tema, A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, non una [semplice] sospensione, ma una vera immunità*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 29, p. 31).

⁸⁸ Cfr. Corte di cassazione, Roma, sez. V pen., provv. pres. 30 giugno 2003, pres. letti, imputato Berlusconi e altri, in *Quest. giust.*, 2003, p. 844 (su cui v. le critiche di G. GIOSTRA, *Il «lodo Berlusconi» alla prova dei giudici*, cit., p. 833). Ed invero è oramai palese nella letteratura giuridica in tema di giustizia costituzionale che il giudice *a quo*, oltre a valutare la rilevanza e non manifesta infondatezza, debba previamente verificare l'impossibilità di dare all'atto sottoponibile a sollevamento una lettura costituzionalmente conforme a Costituzione (cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 183).

Ciampi). Infatti, com'è risaputo, ove il Capo dello Stato avesse adombrato l'idea di una presunta incostituzionalità della legge 140/2003, avrebbe ben potuto rinviarla alle Camere per una nuova analisi del testo, sottolineando (*ex post*) quei precetti che gli erano stati indicati (*ex ante*) da una parte della dottrina costituzionalistica e che poi sarebbero stati *a fortiori* additati quali parametri di costituzionalità dal giudice *a quo* milanese nell'ordinanza di rimessione⁸⁹. Ed anzi, *a contrario*, l'argomento sarebbe stato ancor più persuasivo appurato che il Presidente della Repubblica aveva promulgato la legge nonostante gli appelli a non firmare il testo sottoscritti e motivati da politici e da una parte della comunità scientifica di carattere giuridico⁹⁰.

Un terzo elemento di autorità veniva indicato nella sentenza 148 del 1983 della Corte costituzionale che – a detta dei sostenitori della filosofia “giustificazionista” – avrebbe assunto la qualifica di vero e proprio precedente a favore della costituzionalità della sospensione operata nella legge 140/2003. In tale pronuncia del giudice delle leggi l'art. 5, legge 1/1981 – che prevedeva una scriminante a favore dei membri del Consiglio superiore della Magistratura – era passato indenne dal sindacato di costituzionalità che lo riguardava. Di conseguenza la difesa dell'on. Berlusconi aveva prontamente rilevato, nel corso del processo costituzionale relativo alla legge 140/2003, che la pronuncia della Corte costituzionale, sostenendo la legittimità dell'art. 5, legge 1/1981, doveva essere considerata come precedente a sostegno della sospensione processuale, se non altro constatato il fatto che tale legge aveva introdotto una causa soggettiva di non punibilità «ben più pregnante ed incisiva sulla giurisdizione che non una mera sospensione»⁹¹. Volendo inoltre collegare il secondo ed il terzo elemento – analizzati già separatamente – si additò l'interpretazione favorevole del precedente dato nella sent. 148/1983 da Francesco Cossiga, ex Capo dello Stato, che implicitamente aveva rilevato che se fosse stato (ancora) al Quirinale avrebbe promulgato la legge 140/2003⁹².

⁸⁹ Come è noto, la consolidata dottrina ritiene oggi peraltro che il rinvio presidenziale possa spiegarsi oltre che per motivi di legittimità anche sul c.d. «merito costituzionale» ove il Capo dello Stato ritenga che una legge possa «turbare il funzionamento delle istituzioni o gli equilibri sui quali si regge l'ordinamento complessivo» (cfr. sul punto nella dottrina: L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., p. 348; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, cit., p. 247 s.; R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, cit., p. 300; P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 199).

⁹⁰ Ci si riferisce in particolar modo al famoso appello firmato da 33 costituzionalisti che chiedevano a Ciampi di non firmare il lodo “Maccanico-Schifani” (cfr. *Appello al Quirinale*, in *L'Unità*, 19 giugno 2003; *I costituzionalisti a Ciampi: dica no a questo “strappo”*, in *Europa* 19 giugno 2003, p. 1). Apertamente contrario sul metodo di tale appello era T.F. FROSINI, *Un intervento di alta chirurgia giuridica*, cit., p. 54, che parlava di «forma di condizionamento ... poco rispettosa del ruolo di garante del Presidente della Repubblica». Sul merito aveva invece risposto lo stesso Capo dello Stato all'Università di Berlino, rilevando che il potere presidenziale di rinvio fosse esercitabile solo in casi di «manifesta non costituzionalità» (per la ricostruzione della questione v.: T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato e i nodi irrisolti nei rapporti tra politica e giustizia*, cit., p. 4, nt. 6; A. PUGIOTTO, «Veto players» e dinamiche istituzionali nella vicenda del «lodo Maccanico», cit., p. 264 ss.).

Invece meno significativo risultava il parere di costituzionalità dato dalle Commissioni affari costituzionali di Camera e Senato, visto che le commissioni sono, nella loro composizione, lo specchio dei rapporti fra le forze politiche esistenti nelle Assemblee; perciò è difficile non portare all'equazione: maggioranza parlamentare uguale a maggioranza in commissione, sfumando di politicità il giudizio espresso. Peraltro anche in questo caso le Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera si espressero sul testo “Boato” in cui non era presente il lodo “Maccanico-Schifani”, introdotto successivamente [cfr. *Commissioni permanenti: I (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) e II (giustizia)*, presentata alla presidenza della Camera in data 26 febbraio 2003; ma soprattutto il parere di costituzionalità della Commissione I (*Affari costituzionali*) del Senato, 3 giugno 2003, seduta n. 272; v., sul tema, A. PUGIOTTO, *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, cit., p. 1803].

⁹¹ Cfr. per la difesa dell'on. Berlusconi il resoconto operato nel “Ritenuto in fatto” dalla Corte costituzionale nella sent. 24/2004 (Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, cit., ibidem). Considerava la sent. 148/1983 un precedente anche A. BARBERA, *Intervista*, in *Il Corriere della sera*, 26 giugno 2003, p. 9.

⁹² Si potrebbe argomentare che il richiamare l'opinione di un *ex* Capo dello Stato (cfr. *Cossiga: c'è un precedente favorevole al Lodo Maccanico*, in *Il Giornale*, 25 agosto 2003, p. 8), quale elemento di autorità a

Segnatamente, oltre agli elementi positivi, fattuali, di autorità, emersero delle argomentazioni strettamente logiche che cioè conforta(va)no e completa(va)no gli altri elementi volendo dimostrare la coerenza della teoria giustificazionista e le contraddizioni di quella opposta.

La logica argomentativa non poteva che partire (o, meglio, ritornare) (d)alla *ratio* della normativa e cioè dalla necessità di garantire che le «alte cariche dello Stato» potessero svolgere con serenità il loro mandato, alieni da turbamenti che potessero incidere sul corretto svolgimento dell'incarico. In effetti la lettura "giustificazionista" aveva rilevato che la sospensione avrebbe operato solo per i reati extrafunzionali (anche prefunzionali), mentre per quelli funzionali gli artt. 90 e 96 Cost. spiegavano pienamente i loro effetti. Peraltro – secondo tale visione – la "distinzione" fra le due ipotesi di reato non si dimostrava irragionevole, bensì condivisibile. Infatti mentre per i reati funzionali la gravità degli stessi non ammetteva alcuna sospensione (e, quindi, il procrastinare a fine mandato il processo), nel caso di quelli extrafunzionali, nel bilanciamento fra gli interessi contrapposti (serenità dell'incarico e tutela diritti dei terzi), sarebbe stato preminente l'aspetto istituzionale e, quindi, cedevole quello degli altri interessi coinvolti che dovevano semplicemente attendere la fine dell'incarico. Da tutta questa esposizione – conclusivamente – i fautori della lettura "giustificazionista" traevano come conclusione la legittimità costituzionale del lodo "Maccanico-Schifani".

3. La lettura "antagonista" ed il suo "assorbimento" nell'ordinanza di sollevamento del Tribunale di Milano.

Appurati i punti sui quali si reggeva la tesi "giustificazionista" non resta che analizzare la teoria opposta (c.d. "antagonista") che ben tosto si contrapponeva nell'argomentazione logico-giuridica alla prima⁹³ e che, successivamente, vedrà le due teorie che si erano "fronteggiate" da un punto di vista dottrinale-sostanziale ripresentarsi similmente contrapposte, da un punto di vista processuale, nel corso del giudizio costituzionale instauratosi mediante l'ordinanza del Tribunale di Milano⁹⁴. Per dare una certa coerenza al discorso conviene – parallelamente da un punto di vista metodologico – analizzare la filosofia "antagonista" dividendo (e raggruppando) gli elementi positivi, fattuali, di autorità e

sostegno di una scelta costituzionale, non pareva poi così fuori luogo; basta pensare al ruolo che gli *ex* presidenti della Repubblica hanno spesso avuto, nella vita istituzionale dello Stato, ad esempio nelle consultazioni del Capo dello Stato per attribuire l'incarico di formare l'esecutivo.

⁹³ Fra i primi scritti già all'indomani dell'entrata in vigore della legge 140/2003 si segnalavano: G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, cit., p. 8 ss.; A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, una legge a rischio di incostituzionalità*, cit., p. 8 ss.; nonché A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, non una [semplice] sospensione, ma una vera immunità*, cit., p. 31 ss.; M.C. GRISOLIA, *Ulteriori garanzie sarebbero incostituzionali*, in *Europa*, 3 giugno 2003, p. 6; S. MERLINI, *Le esternazioni di Berlusconi e le immunità*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 652 ss.; G. AZZARITI – R. ROMBOLI, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, in *Riv. it. dir. cost.*, 2003, p. 247 ss.; *Intervista a A. Pizzorusso, «La legge approvata è incostituzionale»* in *L'Unità*, 6 giugno 2003, p. 3; *Intervista a L. Carlassare, Vogliono un lodo reale*, in *L'Espresso*, 22 maggio 2003, p. 36; T.F. GIUPPONI, *Immunità, improcedibilità ... incostituzionalità? L'attuazione dell'art. 68 Cost. e il "lodo Maccanico"*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1. Tale ultimo autore sottolineava infatti come il ddl Boato (n. 2191/S) di attuazione dell'art. 68 Cost. suscitasse dubbi di legittimità costituzionale, rafforzati dall'emendamento relativo al "lodo Maccanico". Ma v. invero sul punto anche: T.F. GIUPPONI, *In tutta Europa c'è l'immunità per le alte cariche. Sono tutelate le funzioni, non la singola persona*, in *Il Riformista*, 12 maggio 2003, p. 3; M. OLIVETTI, *Lodo Maccanico per sospendere i processi dei vertici istituzionali? Esistono almeno tre obiezioni. Basta leggere la Costituzione*, in *Europa*, 27 maggio 2003, p. 9; L. ELIA, *Intervista: "Elia: la Costituzione non abita qui"*, in *L'Unità*, 7 giugno 2003, p. 1; L. ELIA, *Impunità all'italiana. L'Europa è lontana*, in *Europa*, 19 giugno 2003, p. 5; A. PACE, *Lodo Schifani e Costituzione. Cinque strappi*, in *Europa*, 17 giugno 2003, p. 1.

⁹⁴ Cfr. Tribunale di Milano, ord. 27 giugno 2003, Berlusconi, in *Quest. giust.*, 2003, p. 837, e in *Foro it.*, 2003, II, p. 422 ss., con nota adesiva di G. DI CHIARA, *Sospensione obbligatoria dei processi penali nei confronti a alte cariche dello Stato*, in *Foro it.*, 2003, 7-8, p. 412 s., pt. 2.

logico-argomentativi. Avremo modo così di vedere in che misura tali argomentazioni sono confluite nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano e, di conseguenza, il loro accoglimento da parte della Corte costituzionale (§ 4).

Numerosi furono gli elementi positivi additati dai sostenitori della filosofia "antagonista". In primo luogo la violazione del principio di eguaglianza, il quale veniva considerato leso da diversi punti di vista. Infatti, da una parte, si sottolineava come l'art. 1, legge 140/2003 avesse portato ad una «prerogativa personale delle alte cariche a prescindere dalle esigenze processuali»⁹⁵ rispetto ai comuni cittadini. Dall'altro lato, si additò – alla luce di altri parametri costituzionali (soprattutto gli artt. 68 e 96 Cost.) – la (irragionevole) differenziazione esistente fra i presidenti e gli altri componenti degli organi collegiali (ministri, parlamentari), nonché il fatto di accomunare nel termine «alte cariche dello Stato», soggetti diversi per funzioni e qualifica istituzionale⁹⁶. Per quel che riguarda il primo aspetto, la dottrina sostenitrice della filosofia "antagonista" si era "divisa" fra chi sosteneva la violazione del principio costituzionale di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge in base all'art. 3, c. 1, Cost. e chi, invece, pur ritenendo possibile tale "discriminazione" (in quanto – secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale sul tema – il trattamento uguale si ha in casi simili e diverso in casi diversi), concentrava all'opposto l'attenzione sullo strumento: non la legge ordinaria, bensì quella costituzionale⁹⁷, stante il riferimento costituzionale al tema della responsabilità penale e all'immunità negli artt. 68, 90 e 96 Cost. e art. 3, c. 2, l. cost. 1/1948. In effetti occorre rilevare che l'art. 96 Cost. si occupa della responsabilità ministeriale (accomunando il Presidente del Consiglio ed i ministri) per i reati funzionali e, nonostante la legge 140/2003 avesse (necessariamente) fatto salvo l'art. 96 Cost., essa si presentava in contrasto con lo stesso articolo costituzionale, appurato che il lodo veniva a configurarsi come un'ulteriore fattispecie di prerogativa rispetto a quella costituzionalmente stabilita, senza peraltro alcun collegamento con l'esercizio delle funzioni e senza alcun limite temporale; cioè – in un'ultima analisi – come oggettivamente irragionevole⁹⁸, essendo – paradossalmente – il *più* contenuto nella legge

⁹⁵ In particolare A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, non una [semplice] sospensione, ma una vera immunità*, cit., p. 32, sottolineava come il processo risultasse modellato a seconda della peculiarità soggettiva dell'imputato (v., in particolare, Corte cost., sent. 300/1984). Ed invero «la legge ordinaria può sì limitare la perseguibilità di alcuni illeciti, ma a favore del soggetto passivo del reato (così che il danno derivante dal processo non assuma proporzioni maggiori di quello cagionato dal reato), non del soggetto attivo» (A. PUGIOTTO, *ult. op. cit.*, ibidem). Questo dimostrava la diversa interpretazione della *ratio* della norma datane dalle due teorie: l'una una sorte di legge *ad personam* (teoria "antagonista"); l'altra una norma necessaria per il corretto svolgimento dell'attività istituzionale (teoria "giustificazionista"). D'altro canto non mancava chi sottolineava la vulnerabilità della tesi "giustificazionista", visto che nella legge 140/2003 venivano confuse «qualità personali per qualifica rivestita e condizioni di salute-infermità» e come peraltro l'art. 70 c.p.p., a differenza del lodo "Maccanico-Schifani", permettesse l'assunzione delle prove quando vi fosse stato pericolo di ritardo (così: R. OLIVERI DEL CASTILLO, *Immunità, versione Lewis Carroll*, cit., p. 36).

⁹⁶ Così invero, in dottrina, T.F. GIUPPONI, *Immunità, improcedibilità... incostituzionalità? L'attuazione dell'art. 68 Cost. e il "lodo Maccanico"*, cit., p. 1; M. VOLPI, *Immunità: non è solo questione di metodo*, ivi; G.E. VIGEVANI, *La sospensione del processo per le alte cariche tra personalizzazione delle istituzioni e mito del capo*, ivi; S. MERLINI, *Le esternazioni di Berlusconi e le immunità*, cit., p. 655; R. OLIVERI DEL CASTILLO, *Immunità, versione Lewis Carroll*, cit., p. 36.

⁹⁷ Per alcuni un problema quindi innanzitutto di metodo, spettando al legislatore costituzionale «un ampliamento delle sfere di immunità dei titolari delle cariche pubbliche, non potendo il "pacchetto" costituzionale essere surrettiziamente ampliato per via ordinaria» (cfr. T.F. GIUPPONI, *Immunità, improcedibilità... incostituzionalità?*, cit., p. 2; G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, cit., p. 9; G. GIOSTRA, *Il "lodo Berlusconi" alla prova dei giudici*, cit., p. 827; S. CECCANTI, *Meglio il Maccanico che l'immunità ma che sia una riforma costituzionale*, in *Il Riformista*, 8 maggio 2003, p. 2). E per le cautele sull'uso dell'art. 138 Cost. rispetto al principio di eguaglianza v., almeno, A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, una legge a rischio di incostituzionalità*, cit., p. 10; T.F. GIUPPONI, *In tutta Europa c'è l'immunità per le alte cariche. Sono tutelate le funzioni, non la singola persona*, cit., ibidem; V. GREVI, *Quattro condizioni per il Lodo Maccanico*, in *Il Corriere della sera*, 15 maggio 2003, p. 5.

⁹⁸ Così argomenterà il Tribunale di Milano nell'ordinanza di sollevamento alla Corte costituzionale. Ma invero in dottrina v.: T.F. GIUPPONI, *"Questo o quello per me pari (non) sono": il lodo Maccanico-Schifani di fronte alla*

ed il *meno* nella Costituzione. Infatti mentre per i reati funzionali il processo non subisce arresti, per i meno rilevanti (essendo privati⁹⁹) reati extrafunzionali vi sarebbe stata la sospensione processuale¹⁰⁰. Vieppiù la dottrina aveva altresì additato il contrasto con l'art. 68 Cost., appurato che – a differenza dei presidenti delle Camere – gli altri soggetti tutelati dalla legge non avevano nessun rapporto con l'attività e la funzione di parlamentare¹⁰¹. Configurata in questo modo la normativa si sarebbe rivelata – come premesso sopra – « prerogativa personale delle alte cariche a prescindere dalle esigenze processuali » che violava illegittimamente il diritto alla difesa (paradossalmente anche dello stesso imputato), espresso nell'art. 24 Cost., e dell'esercizio dell'azione penale, espresso dall'art. 112 Cost., traducendosi di conseguenza sui tempi di svolgimento del processo che dovrebbero essere ragionevoli sia per disposizione costituzionale (art. 111 Cost.) che per le norme internazionali convenzionali, ratificate nel nostro paese (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e, quindi, comportando altresì la violazione art. 117, c. 1, Cost.)¹⁰². Infatti se l'azione era proposta in sede civile nei confronti dell'imputato, dopo la

Corte costituzionale, in www.forumcostituzionale.it, p. 1.

⁹⁹ È stato sottolineato come la legge si dimostrasse irragionevole rispetto alla sua stessa *ratio*, visto che la sospensione processuale si applicava a tutti i reati (senza escludere, ad esempio, quelli in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza o quelli del Libro II, Titolo I, Capo I e II del codice penale; cfr. A. PUGIOTTO, *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, cit., p. 1807). Essa peraltro escludeva il potere di prosciogliere (assoluzione ovvero non luogo a procedere), *EX* art. 129, c. 1, c.p.p., nel caso in cui, *ex actis*, vi fosse in qualunque grado e stato del procedimento la possibilità di decidere in tal senso (cfr. R. ORLANDI, *Profili di diritto processuale*, cit., p. 1208 ss.; A. PUGIOTTO, *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, cit., *ibidem*).

¹⁰⁰ Peraltro, dall'ottica comparatistica, si era sottolineato come tale istituto fosse, nei pochi casi registrati all'estero, contemplato dalla Costituzione e ascrivibile solo al Presidente della Repubblica (cfr. T.F. GIUPPONI, *L'immunità presidenziale e gli atti «extrafunzionali»*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 271 ss.; nonché L. ELIA, *Impunità all'italiana. L'Europa è lontana*, cit., p. 5). Invero le ipotesi – come si è ben visto sopra (cfr. Introduzione, §2) – sono quelle previste dagli artt. 13 e 14 della legge fondamentale israeliana; dall'art. 49 Cost. Grecia; dall'art. 133 Cost. Portogallo; oltre che dagli artt. 67 e 68 Cost. francese, dopo un contrasto giurisprudenziale interpretativo fra Corte di cassazione e Consiglio costituzionale, e la conseguenziale revisione costituzionale (sul tema, per un quadro generale, v. M. VOLPI, *L'organizzazione costituzionale*, in G. MORBIDELLI – L. PEGORARO – A. REPOSO – M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 414 s.). Invero la stessa Corte suprema americana aveva rilevato come non potesse ascrivere una sospensione processuale per gli atti illeciti di carattere civile al Presidente americano (cfr. *Clinton v. Jones*, dec. N. 95-1853, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2581 ss.). Essa però affermava, *in fine* – dopo aver rilevato che una sospensione per l'intero mandato «non tiene conto in alcun modo dell'interesse della resistente di portare il caso in giudizio» e ricordato il fatto che vi fosse altresì il pericolo della perdita delle prove, inclusa l'incapacità dei testimoni di ricordare fatti specifici o della possibile morte di una delle parti (ivi, p. 2593) – come ci fosse spazio per la legge ordinaria di disciplinare tale materia («... oggi non esistono barriere ad una risposta legislativa a questi problemi», ivi, p. 2595).

¹⁰¹ ... ciò specialmente a riguardo del Presidente della Repubblica e del Presidente della Corte costituzionale, ma anche per il Presidente del Consiglio che potrebbe non essere un parlamentare; cfr. T.E. FROSINI, *Nasce un'immunità di tipo «istituzionale»: una legge ad hoc sarebbe stata più opportuna*, in *Guida al diritto* 2003, n. 26, p. 19. Peraltro l'aggancio all'art. 205 c.p.p. (v. Commissione I, *Affari costituzionali*, 3 giugno 2003, sed. n. 272, parere) è stato lacunoso in quanto mentre tale articolo vuole evitare che la testimonianza del presidente avvenga in pubblico e non nella sede in cui esercita l'ufficio, l'art. 1, l. 140/2003, prevedeva la sospensione del processo (cfr. *Intervista: «Elia: la Costituzione non abita qui»*, in *L'Unità*, 7 giugno 2003, p. 1). Inoltre il c. 3 dell'art. 205 c.p.p. contempla la possibilità della comparizione dell'«alta carica» ove il giudice la ritenga indispensabile (cfr. A. PUGIOTTO, *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, cit., p. 1810). Ed invero, a giudizio di chi qui scrive, non era invocabile la parallela *ratio* del «garantire la continuità e la regolarità della funzione cui sono preposti» stabilita dal c. 2 dell'art. 205, c.p.p., visto che mentre nella sospensione processuale il destinatario è soggetto passivo del reato nel caso della disposizione del c.p.p. il destinatario è solo un mero testimone (che non è accusato di nulla) e, anzi, si sa che la testimonianza è addirittura incompatibile con lo status di imputato visto il *nemo tenetur se detegere*.

¹⁰² Così, relativamente alla lunghezza del periodo di sospensione, G. GIOSTRA, *Il «lodo Berlusconi» alla prova dei giudici* ..., cit., p. 829, sottolineava come il processo poteva «assumere proporzioni «geologiche» per la conservazione delle fonti di conoscenza: risulterà tutt'altro che infrequente l'evenienza che si verifichi un

costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado, si doveva attendere la risposta del processo penale alla luce dell'art. 75, c. 3, c.p.p.¹⁰³

Così configurati abbiamo i vizi di costituzionalità confluiti nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano, il quale, sospendendo il processo che vedeva coinvolto l'allora Presidente del Consiglio dei ministri, sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, legge 140/2003, di fronte alla Corte costituzionale, rilevando quali parametri gli artt. 3, 24, 68, 90, 96, 111, 112 della Costituzione, nonché l'art. 6 Conv. salvaguardia dei diritti dell'uomo. Tali disposizioni/norme rappresentavano – dall'angolazione «antagonista» – gli elementi positivi a sostegno della propria argomentazione e che impegneranno il giudice delle leggi nello scrutinio di costituzionalità che si concluderà nella sent. 24/2004¹⁰⁴. Ma anche qui, per la nostra analisi, e soprattutto per comprendere quella che sarà la motivazione della Corte costituzionale, non fermandoci al solo dispositivo, occorre far riferimento ad elementi fattuali, di autorità, logici e di contraddizione della tesi giustificazionista al fine di rilevare la “filosofia” che giustificava tale approccio.

Dal punto di vista fattuale si poteva far riferimento al sollevamento da parte del Tribunale di Milano della *quaestio legitimatis* che – diversamente dalla Corte di cassazione – aveva ritenuto rilevante e non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale sulla legge 140/2003. Effettivamente, esso era anche un elemento di autorità che si assommava alle conclusioni della prevalente dottrina espressasi in termini critici sul tema¹⁰⁵. Essa aveva infatti argomentato, da un punto di vista giuridico, i nodi più problematici della (in)costituzionalità della legge 140/2003. Tali argomentazioni furono spesso accompagnate da elementi logici e di confutazione della teoria opposta, sostenuta dalla maggioranza di governo nel corso dei lavori parlamentari. Fra gli elementi logici era stato rilevato come la sospensione, quale istituto del diritto processuale penale, avesse di regola carattere endoprocessuale e non quindi legato a situazioni personali dell'imputato¹⁰⁶. A dimostrazione di tale rilievo operato dai sostenitori della filosofia

periculum in mora per una o più prove». Ma invero il problema avrebbe potuto aversi anche – *a contrario* – per l'assenza della previsione (contenuta invece nel più recente lodo “Alfano”) di un meccanismo di assicurazione della prova deperibile (v., sul punto, l'illuminante precedente della Corte costituzionale, sent. 77/1994; nonché G. GIOSTRA, *Il “lodo Berlusconi” alla prova dei giudici ...*, cit., p. 830).

¹⁰³ Era così necessaria una deroga all'art. 75, c. 3, c.p.p. che interdicesse il ricorso al giudice civile (così: G. GIOSTRA, *Il “lodo Berlusconi” alla prova dei giudici ...*, cit., p. 832; nonché G. SPANGHER, *“Lodo Maccanico” alla Consulta con qualche perplessità*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 38, p. 9, pur rilevando criticamente verso l'ordinanza di rimessione come l'itinerario che avrebbe condotto alla declaratoria di incostituzionalità *in parte qua* della disposizione/norma «non pare[va] esattamente individuato»).

¹⁰⁴ Ad onor del vero il Tribunale di Milano aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale anche alla luce dell'art. 101 Cost. Sul punto però G. GIOSTRA, *Il “lodo Berlusconi” alla prova dei giudici ...*, cit., p. 826, rilevava che esso non pareva invocato a proposito in quanto «il principio della soggezione del giudice alla sola legge non può dirsi violato solo perché questa sia *ad personam* o incostituzionale».

¹⁰⁵ Già prima della sent. 24/2004 della Corte costituzionale, se non all'indomani dell'entrata in vigore della legge, si erano espressi (anche in termini dubbiosi) per l'illegittimità costituzionale del “lodo Schifani”: E. MARZADURI, *Dubbi sullo «stop» nella fase delle indagini*, cit., p. 23 spec.; T.E. FROSINI, *Nasce un'immunità di tipo «istituzionale»...*, cit., p. 19; T.F. GIUPPONI, *Immunità, improcedibilità ... incostituzionalità? L'attuazione dell'art. 68 Cost. e il “lodo Maccanico”*, cit., p. 1; T.F. GIUPPONI, *Tendenze europee in materia di immunità costituzionali*, cit., p. 680 ss.; G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, cit., p. 8 ss.; A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, una legge a rischio di incostituzionalità*, cit., p. 8 ss.; A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, non una [semplice] sospensione, ma una vera immunità*, cit., 31 ss.; S. STAMMATI, *Le immunità costituzionali: problemi attuali e tendenze di riforma*, in www.atrid-online.it; I. NICOTRA, *Il “lodo Maccanico”: le ragioni di una legge costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; M. VOLPI, *Immunità: non è solo questione di metodo*, cit.; G.E. VIGEVANI, *La sospensione del processo per le alte cariche tra personalizzazione delle istituzioni e mito del capo*, cit.; S. MERLINI, *Le esternazioni di Berlusconi e le immunità*, cit., p. 655; G. AZZARITI, *Sospensione dei processi e Costituzione*, in www.costituzionalismo.it.

¹⁰⁶ Sul punto A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, una legge a rischio di incostituzionalità*, cit., p. 10, ne censurava peraltro la ragionevolezza relativamente alla retroattività della disposizione, stante il precedente della Corte costituzionale (sent. 525/2000) che stabiliva come la retroattività dovesse scontrarsi con la «tutela dell'affidamento legittimamente posto della certezza dell'ordinamento giuridico»; e sottolineò che tale

“antagonista” vi erano la «generalità», «indeterminatezza» ed «automaticità» della sospensione che prescindevano dalla fisiologia del processo per ancorarsi al semplice fatto che il (presunto) soggetto passivo del reato rivestisse una delle «alte cariche dello Stato». Il punto sembrava ancora più illogico per almeno quattro ordini di ragioni che ci permettono di analizzare il tema non solo sotto l'aspetto logico, ma anche – consequenzialmente – dal punto di vista delle contraddizioni in cui cadeva la filosofia “giustificazionista”. In primo luogo, il succitato fatto che la sospensione riguardasse i reati extrafunzionali ed allora non si capiva perché venisse operata a favore delle «alte cariche dello Stato», realizzato il fatto che tali illeciti nulla avevano a che vedere con la funzione rivestita che, anzi, è trattata in modo meno protettivo per l'imputato dall'art. 96 Cost. In secondo luogo, il fatto che la sospensione fosse stata introdotta in un testo che si occupava dell'attuazione dell'art. 68 Cost., relativo all'immunità parlamentare. E, quindi, delle due una: o – visto l'inserimento in una legge che si occupa di immunità – si trattava di una vera e propria immunità, necessitando però (secondo taluna dottrina) di legge costituzionale ovvero eravamo di fronte ad una (mera) sospensione processuale ed allora che ci stava a fare in un testo avente tutt'altro contenuto, rischiando l'incoerenza legislativa?¹⁰⁷ In terzo luogo come poteva una sospensione processuale garantire le cc.dd. «alte cariche dello Stato», visto che se il processo penale “reale” era sospeso, quello “mediatico-virtuale” proseguiva, vedendo l'imputato “processato” dalla stampa e dall'opinione pubblica (e magari considerato colpevole, come una sorte di “mediatica” presunzione di “colpevolezza” fino a sentenza contraria), senza che egli potesse – vista la «automaticità» della sospensione – rinunciare alla stessa. In quarto luogo la legge sarebbe stata incoerente con se stessa per l'assunzione delle prove non rinviabili. Infatti la legge *de qua* si preoccupava della dispersione probatoria per sospensioni che duravano solo quattro mesi (quali quelle dell'art. 3, c. 5, l. 140/2003) e non invece (ignorandole addirittura) di quella relativa ad una sospensione *sine die*¹⁰⁸.

A concludere tale quadro potevano indicarsi alcuni elementi di contraddizione della teoria “antagonista”, magari supportati da ulteriori elementi di autorità¹⁰⁹. Fra essi l'inutilizzabilità della sent. 148/1983 quale precedente a favore della sospensione processuale. Infatti in primo luogo bisogna rilevare che mentre la legge 140/2003 prevedeva la sospensione processuale per reati extrafunzionali, la legge 1/1981 (art. 5) – sottoposta a scrutinio di costituzionalità nella sent. 148/1983 – prevedeva la «non punibilità» per le opinioni espresse, ma anche il «necessario collegamento di esse con gli argomenti all'ordine del giorno del plenum o delle competenti commissioni»¹¹⁰ e, quindi,

principio dovesse «valere anche in materia processuale». Invero anche oltreoceano, la Corte suprema ha recentemente rilevato la non retroattività, in quel caso, del precedente (cfr. *U.S. Supreme Court, Bobby, Warden v. Bies*, term 2008).

¹⁰⁷ Sottolineava efficacemente G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, cit., p. 9, come sembrasse «un'irrisione della storia che la legge di attuazione della riforma dell'art. 68 Costituzione, soppressiva dell'autorizzazione a procedere» fosse «utilizzata come viatico di un inedito meccanismo di immunizzazione dell'azione giudiziaria ancor più drastico della vecchia autorizzazione». Ma invero gli aggettivi sul tema si sprecavano: si parlava di «norma affatto eccentrica» (R. ORLANDI, *Profili di diritto processuale*, cit., p. 1208) o di come la norma sembrasse a molti “stravagante” (D. NEGRI – E. MARZADURI, *sub art. 1, l. 140/2003*, cit., p. 6, nt. 5), eterogenea e disomogenea (E. MARZADURI, *Dubbi sullo «stop» nella fase delle indagini*, cit., p. 23; R. ROMBOLI, *nota a C. cost., sent. 219/2003*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2518; S. STAMMATI, *Le immunità costituzionali: problemi attuali e tendenze di riforma*, cit.).

¹⁰⁸ Cfr. la riflessione di G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, cit., p. 113; nonché G. GIOSTRA, *Il “lodo Berlusconi” alla prova dei giudici* ..., cit., p. 829.

¹⁰⁹ Invero le *rationes* che sostenevano l'approvazione della legge si rivelavano non coerenti con l'articolato normativo, tanto che A. PUGIOTTO, *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, cit., p. 1814 s., sottolineava «una contraddittorietà intrinseca» che poteva portare alla «incostituzionalità per irragionevolezza».

¹¹⁰ Cfr. Corte costituzionale, sent. 1983, n. 148, p. 4 *Considerato in diritto*

«avente per oggetto le sole manifestazioni del pensiero funzionali all'esercizio dei poteri»¹¹¹. Ed invero tale lettura poteva dirsi avvalorata in quanto sostenuta – quale elemento di autorità – dall'allora presidente della Corte costituzionale, Leopoldo Elia, il quale magistralmente rilevava che la legge 1/1981 fosse integrativa della legge 195/1958 e non della Costituzione, «pur trovando nella natura, posizione e funzione del Consiglio superiore della magistratura, come concepiti dalla Costituzione, una ragione giustificativa della scriminante in discussione»¹¹². Ad esso, quale ulteriore elemento di autorità, si aggiunse la “Dichiarazione contro l'estensione delle immunità parlamentari e governative” sottoscritta da ben settantasette costituzionalisti¹¹³. Va da sé, completando il quadro, che fra gli elementi a sostegno della legittimità della legge 140/2003 non si poteva addurre la firma presidenziale in sede di promulgazione, appurato che di norma essa non mette a riparo la legge da eventuali annullamenti della Consulta¹¹⁴, come si vedrà anche nel caso del c.d. lodo “Alfano”. Ed infine, quale ulteriore elemento trasversale, si poteva addurre l'assenza nel quadro comparatistico di situazioni di sospensione processuale per reati extrafunzionali paragonabile a quella contenuta nella legge 140/2003. Infatti se è vero che un tale istituto è contemplato in Portogallo, Grecia, Francia ed Israele, vi erano delle differenze non di poco conto rispetto al caso italiano. In primo luogo il fatto che tale “scudo” è contemplato dalla Costituzione di tali Paesi e non da una legge ordinaria; inoltre esso protegge il solo Presidente della Repubblica e non le cc.dd. «alte cariche dello Stato», categoria – come sopra rilevato – di matrice legislativa, ampliabile (soggettivamente) dal legislatore futuro.

Con questa descrizione l'intransigenza di pensiero fra le due “filosofie” si spiegava in tutta la sua ampiezza e diverrà da sostanziale a processuale, quando la questione di legittimità della legge 140/2003 (art. 1) si porrà di fronte alla Corte costituzionale. Fattori della filosofia “antagonista” saranno il giudice sollevante (Tribunale di Milano), nell'ordinanza di rimessione, e la Cir spa; dall'altro lato, a sostenere la legittimità del lodo, l'Avvocatura dello Stato e la difesa del Presidente del Consiglio. Ma entriamo nel merito della decisione della Corte per poi concentrarci sul seguito legislativo.

4. Anatomia della sentenza n. 24 del 2004 della Corte costituzionale.

¹¹¹ Cfr. Corte costituzionale, sent. 1983, n. 148, p. 4 *Considerato in diritto*, in fine. Ed invero la Corte precisò che non si trattasse di immunità, ma di una “causa di non punibilità” (ed a sostegno richiamava l'interpretazione storica nei lavori preparatori; p. 2 *Ritenuto in fatto*) che poteva essere contemplata da legge ordinaria, purché basandosi su un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco (p. 5 *Considerato in diritto*). Ed altresì le ipotesi di leggi costituzionali in tema di “alte cariche” si spreca(va)no: oltre all'art. 96 Cost., la l. cost. 1/1989; per la Corte costituzionale il rinvio alla legge costituzionale operato dall'art. 137 Cost. (nonché l'art. 3, c. 2, l. cost. 1/1948 e l'art. 5, l. cost. 1/1953). Ma la stessa sentenza 225/2001 della Corte costituzionale sul c.d. “caso Previti” aveva negato la necessità di una normativa in deroga al diritto processuale ordinario (sul c.d. “caso Previti”, v. G. BRUNELLI, *“Casò Previti”, atto I: porte aperte alla Camera (e al Senato), porta chiusa (ma non del tutto) al deputato*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 963 ss.; G. BRUNELLI, *“Casò Previti”: ultimo atto (del conflitto)*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2012 ss.; G. BRUNELLI, *La sentenza Previti: una decisione “ritagliata” sul caso*, in www.forumcostituzionale.it; nonché R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il “caso Previti”. Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Torino, Giappichelli, 2000).

¹¹² Cfr. sul punto: L. ELIA, *Il precedente che non c'è*, in *Europa*, 28 giugno 2003, p. 1 (ma v. anche Corte costituzionale, sent. 1983, n. 148, p. 6, *Considerato in diritto*). In ultima analisi, peraltro, rilevavano i giudici costituzionali che «... qualunque condotta delittuosa che non si esaurisca in manifestazioni del pensiero (e nei voti in cui si concretano i giudizi ...) rimane soggetta al diritto penale comune», «quand'anche posta in essere dai consiglieri, nell'esercizio delle funzioni» (p. 4, *Considerato in diritto*). Dal canto suo G. GIOSTRA, *Il “lodo Berlusconi” alla prova dei giudici ...*, cit., p. 827, rilevava – diversamente dall'ord. del Tribunale di Milano – che se anche la legge 140/2003 avesse previsto una scriminante speciale, anziché la sospensione dei processi, non sarebbe stata, perciò, meno censurabile.

¹¹³ In www.forumcostituzionale.it; nonché *I costituzionalisti a Ciampi: dica no a questo “strappo”*, cit., p. 1.

¹¹⁴ Così S. CECCANTI, *Il buon fine non giustifica i mezzi. Che succede se la Consulta boccia?*, in *Il Riformista*, 31 maggio 2003, p. 2.

Come rilevato, l'intransigente contrapposizione delle letture date alla sospensione processuale per le «alte cariche dello Stato» era riecheggiata in tutta la sua alternatività nel processo costituzionale.

Non occorre in questa sede ripercorrere il *Ritenuto in fatto* che riassume le diverse posizioni viste sopra (v., *supra*, § 2-3). Più confacente è invece il *considerato in diritto*, il quale motivava la decisione della Corte e sosteneva il dispositivo finale che portava all'annullamento dell'art. 1, legge 140/2003. Ci soffermeremo innanzitutto sulla rilevanza e non manifesta infondatezza dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano, al fine di creare un collegamento logico con la scelta operata da quello che, con un'efficace metafora, Piero Calamandrei definiva il «portiere»¹¹⁵; successivamente entreremo nel merito della decisione dei giudici di Palazzo della Consulta ed infine sui punti non risolti dalla sent. 24/2004, individuati nell'ordinanza di rimessione ovvero nel dibattito dottrinale.

La rilevanza della *quaestio legitimatis* era, come efficacemente sottolineato in dottrina, *in re ipsa*, visto il processo in corso a carico dell'allora Presidente del Consiglio, on. Silvio Berlusconi¹¹⁶. Per quel che riguarda la non manifesta infondatezza essa si evidenziava in tutta la sua pienezza nelle argomentazioni sostenute dalla lettura «antagonista», le quali dimostravano vieppiù l'impossibilità di dare una lettura costituzionalmente conforme della legge impugnata e si sostanzialmente – alla luce dell'ordinanza del Tribunale di Milano – nei seguenti parametri costituzionali: artt. 3, 112, 68, 90, 96, 101, 111, 24 Cost. Particolare invece risulterà il fatto che il giudice *a quo* non additò l'art. 138 Cost., cioè la necessità di una legge costituzionale per regolamentare la materia; aspetto che permetterà – come vedremo – alla Corte di eludere il relativo tema.

Entrando nel merito. La Corte costituzionale – dopo aver configurato le varie ipotesi di sospensione processuale contemplate dall'ordinamento giuridico – rilevava come il bene che la legge 140/2003 voleva tutelare costituiva un «interesse apprezzabile che può essere tutelato in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto, rispetto al cui assetto la protezione è strumentale» ed il sistema delle sospensioni su cui si basava tale legge non era (e non è) «un sistema chiuso», potendosi «stabilire altre sospensioni finalizzate alla soddisfazione di esigenze extraprocessuali»¹¹⁷. Additato questo postulato, i giudici costituzionali evidenziavano come la legge impugnata avesse voluto stabilire una presunzione assoluta di legittimo impedimento che non poteva essere accettata *a priori*,

¹¹⁵ ... o come si dice negli Stati Uniti, seppur nel filtro verso la giuria per alcune pretese, di *gatekeeper* [cfr. Tennessee Court of Appeals, 278 S.W. 3d 282(2008)]; nonché Corte suprema degli Stati Uniti, dec. *CSX Transportation, Inc. v. Thurston Hensley*, term 2008.

¹¹⁶ A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, non una [semplice] sospensione, ma una vera immunità*, cit., p. 31, che rilevava come il giudice *a quo* fosse obbligato a circoscrivere necessariamente il *thema decidendum* alla sola sospensione processuale per il Presidente del Consiglio e sarà poi la Corte semmai ad estenderla (come poi è avvenuto) alle altre «alte cariche dello Stato», visto l'art. 27, legge 87/1953, in deroga alla corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Ad avviso di chi scrive quasi una scelta obbligata, realizzata le poche occasioni di processi per reati extrafunzionali che nella storia costituzionale hanno toccato le altre «alte cariche dello Stato» e, quindi, il sollevamento poteva aversi chissà quando; addirittura, forse esagerando, avrebbe potuto, teoricamente, mai aversi.

¹¹⁷ Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 4, *Considerato in diritto*, in *Foro it.*, 2004, p. 326. Sul punto T.F. FROSINI, *Un intervento di alta chirurgia giuridica ...*, cit., p. 56, evidenziava come fosse ravvisabile in questo passo che non si era «in presenza di una violazione dei principi del costituzionalismo ... perché la prerogativa di tutela delle alte cariche istituzionali può vivere in armonia con quei principi» (v. già T.E. FROSINI, *Nasce un'immunità di tipo istituzionale ...*, cit., p. 19; N. ZANON, *La procedura ordinaria e l'interesse del Paese*, cit., *ibidem*). Invero però G. GIOSTRA, *Sospensione del processo a tutela della carica istituzionale?*, cit., p. 26, sottolineava come tale indicazione si rivelasse «esplicita e generica» e fosse completata da un'altra affermazione «implicita e circoscritta» da cui si deduceva che la Corte escludesse «... tra le forme di legittima tutela della serenità nello svolgimento di così alte funzioni, la sospensione dei processi: altrimenti non avrebbe potuto estendere ai componenti dei rispettivi collegi le prerogative riconosciute ai presidenti» (G. GIOSTRA, *ult. op. cit.*, p. 27).

ma andava scrutinata in rapporto ai parametri costituzionali evidenziati nell'ordinanza e, in particolare, all'art. 3 Cost.¹¹⁸. Infatti, entrando nel concreto, il legislatore, partendo dal presupposto sopra indicato, aveva previsto una sospensione «generale, automatica e di durata non determinata»¹¹⁹ che entrava in conflitto con alcuni precetti costituzionali relativi soprattutto all'eguaglianza fra i cittadini e l'esercizio del diritto di azione e di difesa tutelati nella Carta fondamentale.

Anche la Corte, nel suo percorso argomentativo, seguiva in parte – pur variando l'ordine degli elementi – la sequela sopra vista per le due teorie¹²⁰. In primo luogo il giudice delle leggi spiegava cosa si intendesse per automaticità e durata non determinata della sospensione; poi ne evidenzia il contrasto con i principi costituzionali. Successivamente dava forma a tali principi indicando gli articoli della Costituzione violati ed infine, prima del dispositivo di chiusura, rilevava i punti in cui non era accettabile la lettura “giustificazionista”. Il dispositivo – vista l'argomentazione – non poteva che essere una sentenza di accoglimento, in questo caso secca e non riduttiva. Infatti in esso la Corte andava fino in fondo, lasciando invece – come avremo più volte modo di sottolineare – un «vuoto» nella motivazione.

Ma analizzando i singoli passi seguiti dal giudice delle leggi. In primo luogo la Corte sottolineava che la sospensione processuale fosse automatica (in quanto «la norma la dispone in tutti i casi in cui la suindicata coincidenza si verifichi»¹²¹) e di durata indeterminata (in quanto «subisce ... gli effetti della reiterabilità degli incarichi e comunque della possibilità di investitura in altro tra i cinque indicati»¹²²). Premesso ciò e cominciato il confronto «a colonne parallele», come si direbbe oltreoceano, con le disposizioni/norme costituzionali impugnate, l'automatismo generalizzato sacrificava – illegittimamente da un punto di vista costituzionale – il diritto alla difesa dell'imputato e della parte civile¹²³. Di conseguenza la pronuncia non poteva che essere di annullamento, essendo violati gli artt.

¹¹⁸ Già da questo passaggio si evince la strategia “elusiva” della Corte che metteva in prima linea il parametro più evidente che sarà la chiave di volta dell'assorbimento degli altri profili problematici (perplexità saranno sollevate al riguardo da: E. MARZADURI, *La motivazione sorvola sui punti più caldi*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 5, p. 57; G. RICCIO, *Dalla vicenda del lodo Schifani arriva un richiamo alla legalità*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 6, p. 10).

¹¹⁹ Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 5, *Considerato in diritto* ivi, p. 326.

¹²⁰ Cfr. per un'analisi al punto di vista della struttura decisoria della motivazione: S. STAMMATI, *Una decisione condivisibile messa in forse da un impianto argomentativo perplesso e non persuasivo*, in *Giur. cost.*, 2004, I, p. 398 ss.

¹²¹ Proseguiva inoltre la Corte «... senza alcun filtro, quale che sia l'imputazione ed in qualsiasi momento dell'iter processuale, senza possibilità di valutazione delle peculiarità dei casi concreti»; cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 5, *Considerato in diritto* ivi, p. 326.

¹²² Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 5, *Considerato in diritto* ivi, p. 327.

¹²³ Nel caso dell'imputato si sottolineava come allo stesso «è posta l'alternativa tra continuare a svolgere l'alto incarico sotto il peso di un'imputazione che, in ipotesi, può concernere anche reati gravi e particolarmente infamanti, oppure dimettersi dalla carica ricoperta al fine di ottenere, con la continuazione del processo, l'accertamento giudiziale che egli può ritenere a sé favorevole, rinunciando al godimento di un diritto costituzionalmente garantito (art. 51 Cost.)»; Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 5, *Considerato in diritto* ivi, p. 327. Dall'altro lato con la sospensione ad automatismo generalizzato veniva sacrificato altresì «il diritto della parte civile la quale, anche ammessa la possibilità di trasferimento dell'azione civile, deve soggiacere alla sospensione prevista dal 3° comma dell'art. 75 c.p.p.»; Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 5, *Considerato in diritto* ivi, p. 327; *contra* A.A. DALIA, *op. cit.*, p. 961, nt. 3, che rilevava la «palese contraddittorietà» di tale passaggio argomentativo visto che la parte civile, se può trasferire, senza pregiudizio alcuno, l'azione in sede civile, evidentemente non deve «soggiacere alla sospensione del processo, che non determina alcun “rallentamento” nella tutela della pretesa che si intende far valere davanti al giudice. Cambia il giudice, ma non si arresta l'azione».

3¹²⁴, 24 e (implicitamente) 111, c. 2¹²⁵, Cost., alla luce dei quali una lettura costituzionalmente conforme dei precetti impugnati diveniva secondo la Corte impossibile.

Ma ciò che alimenterà il dibattito successivo alla sentenza della Corte non sarà tanto ciò che la Corte aveva detto, cioè *poco*, quanto ciò che essa non aveva detto, cioè *molto*. Infatti, facendo un “abile”¹²⁶ uso dell’istituto processuale dell’assorbimento¹²⁷, sovente utilizzato per fini di economia processuale, il giudice delle leggi eludeva alcune questioni che il giudice *a quo* aveva, implicitamente o esplicitamente, posto, lasciandole impregiudicate ed alimentando una reviviscenza delle due letture (che di seguito chiameremo “neogiustificazionista” e “neoantagonista”) che si appellavano entrambe alla sent. 24/2004 per (ri)sostenere le loro antitetiche posizioni¹²⁸. Invero la Corte taceva su

¹²⁴ La Corte sottolineava come la legge accomunasse «in un’unica disciplina cariche diverse non soltanto per le fonti di investitura, ma anche per la natura delle funzioni e distingue[va], per la prima volta sotto il profilo della parità riguardo ai principi fondamentali della giurisdizione, i presidenti delle camere, del consiglio dei ministri e della Corte costituzionale rispetto agli altri componenti degli organi da loro presieduti» (Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 8, *Considerato in diritto* ivi, p. 327).

¹²⁵ I giudici di Palazzo della Consulta evidenziavano che l’art. 1, legge 140/2003 portava ad «... una stasi del processo per un tempo indefinito e indeterminabile» e che, di conseguenza, esso «vulnerasse il diritto di azione e di difesa» (Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 7, *Considerato in diritto* ivi, p. 327; ma sul tema v. Corte costituzionale, sent. 354/1996) e che «la possibilità di reiterate sospensioni ledesse il bene costituzionale dell’efficienza del processo» (Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, *ibidem*; e, sul tema, Corte costituzionale, sent. 353/1996, in *Foro it.*, 1996, I, p. 3278). Concordava sul fatto che la Corte avesse additato anche l’art. 111, c. 2, Cost.; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 257.

¹²⁶ Il termine “abile” è un po’ enfatico, ma sottolinea la possibilità (confermata in sede giornalistica) che la Corte non fosse compatta fino in fondo sulla decisione e che quindi si sia preferito tenere l’argomentazione su cui i giudici in maggioranza fossero d’accordo; ma le ragioni possono essere invero altre (sottolineava infatti L. ELIA, *Sul c.d. lodo Alfano*, cit., come «mancando la *dissenting* e la *concurring opinion* si può almanaccare a piacimento e altrettanto *inutiliter*). Il tema è stato di grande attualità, visto il rinnovamento nella composizione della Corte stessa e, quindi, la possibilità di un pronunciamento diverso relativamente al c.d. lodo Alfano”. Si sa che sull’argomento la nostra dottrina non è particolarmente sensibile, a differenza del modello americano dove ogni nuova nomina presidenziale di giudici della Corte suprema (v. i casi di Roberts e Alito durante la presidenza Bush e quello della recente nomina del giudice “ispanico” Sotomayor) porta a ricche riflessioni sul possibile effetto che tale nomina può avere nella giurisprudenza della Corte stessa, soprattutto nelle cc.dd. *five to four decision* (cioè i precedenti in cui la decisione di maggioranza fosse sostenuta da cinque giudici e “quella” di minoranza da quattro) e ove la nomina riguardi la successione ad un giudice della maggioranza (sul punto rimane fondamentale: B. ACKERMANN, *Transformative appointments*, in *Harv. L.R.*, 1988, n. 4, pp. 1170, nt. 10, 1171, 1179, ma *passim*). Infatti oltreoceano il *confirmation process* che vede il Senato americano coinvolto nel dare l’*advice and consent* alla nomina presidenziale, si sofferma spesso sull’inclinazione avuta in passato dal selezionato su singoli casi, soprattutto ove il soggetto avesse alle spalle una carriera nelle corti inferiori americane e, vista la pubblicità delle *majority opinions* e delle *dissenting* e *concurring opinons*, si può facilmente ricostruire la sua “precomprensione” su singoli temi, capendo quali conseguenze produrrà la sua conferma sulla giurisprudenza futura dei giudici di Washington (sul tema v. R. TONIATTI, «Appointing power» e indirizzo politico: le recenti nomine del presidente Reagan alla Corte suprema, in *Quad. cost.*, 1987, n. 1, p. 192 e, per un lavoro di ampio respiro, H.J. ABRAHAM, *Justices, Presidents, and Senators: A History of the U.S. Supreme Court appointments*, New York, Oxford University Press, 2005). Dopo la sent. 262/2009 (su cui v. *infra* Parte II, § 4) il tema si è più concentrato sull’introduzione del *dissent* dei giudici costituzionali (sul tema v.: *Intervista a B. Caravita*, «Concediamo ai giudici di minoranza di fare una relazione», in *Il Riformista*, 10 ottobre 2009, p. 6; M. RICCIARDI, *Dissenting opinion. Un’ottima idea per la Consulta*, ivi, 11 ottobre 2009, p. 12; B. CARAVITA, *E ora introduciamo la dissenting opinion*, in www.federalismi.it, 2009, n. 20).

¹²⁷ Dopo aver realizzato nel senso della fondatezza della questione (illegittimità costituzionale dell’art. 1, c. 2, l. 140/2003 e – per illegittimità consequenziale *EX* art. 27, legge 87/1953 – dei cc. 1 e 3 della l. 140/2003) concludeva perentoriamente: «Resta assorbito ogni altro profilo di illegittimità costituzionale» (Cfr. Corte costituzionale, sent. 20 gennaio 2004, n. 24, p. 8, *Considerato in diritto* ivi, p. 327). In particolare G. AZZARITI, *Politica e processi*, cit., p. 838, la leggeva sottolineandone il *trend* con le sentt. 58/2004 (c.d. “caso Maroni”) e 120/2004 ed evidenziandone la particolare cautela.

¹²⁸ Efficacemente G. GIOSTRA, *Sospensione del processo a tutela della carica istituzionale? Strumento costituzionalmente e tecnicamente improponibile*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 5, p. 26, rilevava come – leggendo la sentenza della Corte in controluce – emergesse un sapiente dosaggio di *dicta* (ineccepibili), *obiter dicta*

aspetti di non secondaria importanza. In primo luogo se fosse ammissibile la sospensione processuale per le «alte cariche dello Stato», visto che per bocca dei giudici costituzionali essa tutela(va) un «interesse apprezzabile»; nonché se tale istituto dovesse essere configurato con una legge ordinaria o con una legge costituzionale?¹²⁹ In secondo luogo se fosse possibile e in che misura eventualmente tutelare nei processi detti soggetti per reati “extrafunzionali”? In terzo luogo come conciliare ragionevole durata del processo e sospensione? Ed infine, come permettere che, nel corso della sospensione, non si incida sull’assunzione di prove urgenti? E, quindi, in ultima analisi, qual era il seguito che il legislatore può apprestare?

5. Seguito ad una sentenza “reticente”. Le posizioni all’indomani dell’annullamento della legge 140/2003.

Come è oramai risaputo, quando la Corte costituzionale annulla una legge, la sentenza relativa viene «pubblicata e comunicata alle Camere» affinché provvedano - «ove lo ritengano necessario» - al consequenziale seguito (ex art. 136, c. 2, Cost.). Dalla lettura di tale disposizione normativa dovrebbe essere evidente, in base alla motivazione che sostiene il dispositivo della sentenza, quali correttivi il Parlamento debba apportare al fine di non incorrere nella violazione del giudicato costituzionale¹³⁰. Tutto ciò è ancora più notevole nei casi – come quello in questa sede commentato – in cui la Corte abbia apprestato una declaratoria secca di annullamento, non quindi, come pure alcune volte accade nella giurisprudenza costituzionale, nelle ipotesi in cui si è invece evidenziato un distacco fra parte motiva e dispositivo finale (sentenze indirizzate, decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata ...), ove cioè il salto logico fra le due parti può rendere difficile capire il *reasoning* del giudice delle leggi, o ancora i casi in cui le manipolazioni interpretative del “magistrato” costituzionale lasciano comunque aperte una pluralità di opzioni¹³¹, anche se non tutte, usando l’efficace terminologia paladiniana, «costituzionalmente indifferenti». Invece qui, nonostante la chiarezza e completezza

(pericolosamente fumosi) e *non dicta* (inopportuna elusivi); così, sostanzialmente, anche E. MARZADURI, *La motivazione sorvola sui punti giuridici più caldi*, cit., p. 57 (rilevando come la decisione lasciasse spazio «a più di una perplessità»). Ad avviso di chi qui scrive peraltro tali “silenzii” hanno permesso un seguito quasi fotocopia della prima legge ed un nuovo contenzioso costituzionale conclusosi nello stesso modo. Se la Corte avesse risposto fin da subito chiaramente su tutte le questioni poste, forse il problema non si sarebbe posto o, almeno, sicuramente, non in questi termini.

¹²⁹ Convincentemente in dottrina si è rivelato come sul bivio legge ordinaria ovvero legge costituzionale «la Corte dice e non dice, con una motivazione a tratti ambigua» (cfr. T.F. GIUPPONI, “Questo o quello per me pari (non) sono”, cit., p. 3; ma anche A. PUGIOTTO, *Sull’immunità delle “alte cariche” una sentenza di “mezzi silenzi”*, cit., p. 10 ss.; L. ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, I, p. 395; tale ultimo autore sottolineava che il silenzio sul tema fosse giustificabile da «ragioni che ... sembra[va]no del tutto plausibili» come l’aderenza al *petitum* ed alla *causa petendi*). Ed invero – come rilevato – il Tribunale non aveva parlato esplicitamente (limitandosi a citarlo) di violazione dell’art. 138 Cost., permettendo alla Corte, pilatescamente, di agganciarsi al nesso chiesto-pronunciato, *ex* art. 112 c.p.c., per sfuggire alla questione. L’interpretazione autorevole di un *ex* presidente della Corte costituzionale e conoscitore quindi del modo di decidere del giudice costituzionale, quale fu Leopoldo Elia, chiariva come tale elusione fosse necessaria per allargare la maggioranza favorevole alla decisione caducatoria, valorizzando il *decisium* (cfr. L. ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, cit., p. 395; ma così, sostanzialmente, anche: T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato*, cit., p. 5, nt. 9, che sottolineava l’asserita spaccatura di otto su quindici dei giudici costituzionali per la necessità di una legge costituzionale; ma v. senz’altro *infra* nt. 135).

¹³⁰ Opportunamente L. ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, cit., 394, ricordava come il seguito all’annullamento dell’art. 1 della legge 140/2003 non fosse necessario visto che non c’era «ragione di soggiacere all’*horror vacui*, ché anzi si trattava di espellere un elemento estraneo introdotto abusivamente nel corpo normativo dell’ordinamento».

¹³¹ Sul punto C. MARTINELLI, *Le immunità al vaglio del giudice delle leggi (e dei conflitti)* cit., p. 1195 e T.F. FROSINI, *Un intervento di alta chirurgia giuridica ...*, cit., p. 54, rilevavano che la Corte avrebbe ben potuto scrivere una sentenza additiva ovvero un’interpretativa di rigetto.

dell'ordinanza di sollevamento (al di fuori del richiamo esplicito al 138 Cost.) ed il fatto che motivazione e dispositivo non soffrissero di alcun salto logico, non si può dire che la declaratoria secca della Corte avesse chiarito il seguito da percorrere¹³². Come è stato opportunamente sottolineato fin dai primi commenti adesivi alla sentenza, troppi i silenzi del giudice delle leggi che – grazie all'istituto processuale dell'assorbimento – aveva risposto solo ad una parte delle questioni prospettate dal giudice *a quo*, lasciando inevitabilmente impregiudicati numerosi altri quesiti che sono – consequenzialmente – riemersi prima nel dibattito dottrinale, poi nella discussione parlamentare, quando il ritorno della coalizione di centrodestra al governo (2008) e l'"urgenza" giudiziaria ne avevano palesato la necessità di ripresentazione¹³³.

Infatti, a parziale giustificazione della riapertura della contrapposizione fra "(neo)giustificazionisti" e "(neo)antagonisti"¹³⁴, si può affermare – anche rileggendo la sentenza alla luce dei commenti dei più autorevoli studiosi che l'hanno scomposta ed analizzata in tutte le sue parti – come rimanevano numerosi i dubbi su cui la sentenza 24/2004 lasciava solo trasparire qualche indizio, peraltro – logicamente – interpretato in modo diverso dalle due "filosofie" contrapposte¹³⁵, e che quindi, in assenza di ulteriori elementi precisi, non consentivano di dare una risposta definitiva e chiara, e quindi di dare un seguito *cognita causa*, ma solo di formulare qualche ipotesi che la Corte costituzionale poteva (... venendole riproposta la questione) confermare ovvero smentire.

Fra le ipotesi più rilevanti si segnalava il fatto che la Corte avesse implicitamente sostenuto l'idea di una legge costituzionale per disciplinare la materia¹³⁶ e che quindi il

¹³² Praticamente unanime la dottrina nel sottolineare i nodi lasciati aperti dalla sent. 24/2004 (cfr. E. MARZADURI, *La motivazione sorvola sui punti giuridici più caldi*, cit., p. 57 spec.; T.F. FROSINI, *Un intervento di alta chirurgia giuridica ...*, cit., 54; A.A. DALIA, *op. cit.*, p. 960; A. PUGIOTTO, *Sull'immunità delle "alte cariche" una sentenza di mezzi silenzi*, cit., p. 10 ss.).

¹³³ Occorre sottolineare che una parte della dottrina ritiene inopportuno il "ripristinare" una normativa dichiarata incostituzionale "a ridosso" della sentenza della Corte costituzionale onde non ingenerare il sospetto di una violazione sostanziale del giudicato *in fraudem Constitutionis* (cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 17 s.; ed, *amplius*, sul seguito alle pronunce della Corte costituzionale: A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 26 ss.; L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, Cedam, 1987; sul «congruo intervallo temporale» quale condizione che può, fra l'altro, legittimare un nuovo intervento legislativo che disattenda la portata di una sentenza di incostituzionalità v.: F. MODUGNO, *Corte costituzionale e legislatore. Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 50; nonché per una ricostruzione generale M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, in *Giur. it.*, 2009, n. 3, p. 785, nt. 15). È interessante come tale ultimo autore parli di «norme dichiarate incostituzionali» e non di disposizioni, presumibilmente facendo capire come l'introduzione di disposizioni identiche possa portare ad una loro diversa interpretazione (*rectius*: in modo costituzionalmente conforme) alla luce del mutamento intervenuto nel corso del tempo nell'ordinamento giuridico (per tale problematica cfr. il magistrale saggio di un'autorevolissima dottrina: V. CRISAFULLI, *"Riproduzione" o "conferma" di norme dichiarate incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1966, 1110 ss.).

¹³⁴ Al fine di distinguere le due teorie nella nuova fase (dopo cioè la sent. 24/2004) parleremo di visione "neogiustificazionista" e "neoantagonista", anche perché, dopo la sent. 24/2004, alcuni punti di contrasto sono venuti meno. In particolare la visione "(neo)giustificazionista" ha preso atto dei (pochi) *dicta* della Corte, rivedendo la propria iniziale posizione in modo il più possibile confacente alla sent. 24/2004.

¹³⁵ Come accennato, in sede giornalistica si sostenne che tale "abile" elusione della Corte ai "dubbi" del giudice *a quo* fosse dovuta ad una divisione interna dei giudici che avevano così preferito motivare solo le parti su cui erano tutti d'accordo, lasciando "assorbiti" gli altri temi sui quali la questione era meno pacifica. Addirittura si affermò che il giudice costituzionale Flick avesse detto all'allora presidente del Senato, Pera, di non ravvisare elementi di incostituzionalità in una norma che garantisse provvisoriamente l'immunità alle più alte cariche dello Stato (cfr. B. VESPA, *Storia d'Italia dal 1940 ad oggi. Anni 2000*, vol. I, Milano, Mondadori, 2007, p. 79).

¹³⁶ Così pare in G. GIOSTRA, *Sospensione del processo a tutela della carica istituzionale?*, cit., p. 28, in quanto l'autore segnalava l'incompatibilità fra sospensione e principio di eguaglianza; similmente T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato*, cit., p. 6, che rilevava che ove si fosse in tema di immunità vi sarebbe una riserva costituzionale in materia; così anche T.F. GIUPPONI, *"Questo o quello per me pari (non) sono"*, cit.,

legislatore dovesse utilizzare le forme dell'art. 138 Cost. Com'è noto la dottrina non è stata unanime, non mancando, nel silenzio della Corte, come avremo modo di vedere relativamente al lodo "Alfano" chi ne sosteneva la piena fattibilità con una comune legge del Parlamento¹³⁷ e chi invece propendeva per il canale costituzionale¹³⁸; comunque sembrava palese – nonostante qualche giudizio contrario – che sul punto la Corte non si fosse espressa nella sent. 24/2004¹³⁹. Anzi rimane(va) impregiudicato peraltro se si potesse (e se si possa tutt'oggi) usare addirittura la stessa legge costituzionale, visto che la sospensione processuale incide su quelli che la dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno definito "principi supremi dell'ordinamento giuridico", non violabili né dal legislatore interno (neanche con legge costituzionale), né dalla normativa comunitaria a cui è permesso prevalere sì sulla Costituzione, ma non su tali principi.

Anche ad ammettere che la via della legislazione ordinaria fosse percorribile rimaneva peraltro impregiudicata la possibilità di una formulazione più favorevole (mediante la sospensione processuale) per i reati extrafunzionali rispetto a quelli funzionali, appurato il fatto che la Costituzione tutela i soggetti istituzionali relativamente all'esercizio delle funzioni (art. 68 e art. 96 Cost.). Inoltre rimaneva aperta la questione attinente alla distinzione fra presidenti (del consiglio e delle camere) e componenti dei relativi collegi, rilevato il fatto che – relativamente alla responsabilità – la Costituzione non li distingue(va). Ed infine non era chiaro quali garanzie il legislatore doveva apprestare per far convivere – senza violare il testo costituzionale – sospensione e principio di eguaglianza alla luce del principio di pari trattamento davanti alla giurisdizione.

p. 7, nt. 20.

¹³⁷ Cfr. G. SALERNO, *Una legittima tutela della serenità politica*, cit., p. 13, che lo deduceva dal punto 6 *cons. in dir.* (il quale però ricordava, in uno scritto antecedente, come la contrapposizione legge ordinaria-legge costituzionale fosse «... esercizio sterile, che produrrebbe soltanto nuove (e dannose) tensioni politiche e giuridiche»; cfr. T.F. FROSINI, *Un intervento di alta chirurgia giuridica ...*, cit., 56); S. CURRERI, *Prime riflessioni sulla sentenza 20 gennaio 2004, n. 24, della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; nonché gli autori citati *infra*, Parte II, relativamente al lodo "Alfano".

¹³⁸ Cfr. T.F. GIUPPONI, *Immunità, improcedibilità ... incostituzionalità? L'attuazione dell'art. 68 Cost. e il "lodo Maccanico"*, cit. p. 2; T.F. GIUPPONI, *Le immunità costituzionali tra diritto interno e giustizia internazionale*, Relazione al Convegno "Immunità costituzionale e crimini internazionali", Università di Milano Bicocca, 8-9 febbraio 2007, in www.forumcostituzionale.it, p. 17, nt. 66; T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 131 ss.; A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, non una [semplice] sospensione, ma una vera immunità*, cit., p. 32; I. NICOTRA, *Il "lodo Maccanico": le ragioni di una legge costituzionale*, cit.; S. MERLINI, *Le esternazioni di Berlusconi e le immunità*, cit., p. 655; R. OLIVERI DEL CASTILLO, *Immunità, versione Lewis Carroll*, cit., p. 37; e, dopo il lodo "Alfano": A. PACE, *"Cinque pezzi facili": l'incostituzionalità della legge Alfano*, p. 2 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Il "lodo Alfano" verso l'approvazione finale: restano forti i dubbi sulla legittimità costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, p. 3 s.

¹³⁹ Così G. IOSTRA, *Sospensione del processo a tutela della carica istituzionale?*, cit., p. 26; T.F. GIUPPONI, *"Questo o quello per me pari (non) sono": il lodo Maccanico-Schifani di fronte alla Corte costituzionale*, cit., p. 3; A. PUGIOTTO, *Sull'immunità delle "alte cariche" una sentenza di mezzi silenzi*, cit., p. 10 ss.

Parte II: IL LODO “ALFANO”

SOMMARIO: 1. Il ddl 1442 ed il nuovo “lodo”. Alla ricerca di un corretto seguito alla sent. 24/2004. – 2. Analisi della legge 124/2008 alla luce della teoria “(neo)giustificazionista”. Elementi positivi, logico-giuridici, di autorità a sostegno della legittimità del lodo “Alfano”. – 3. Analisi della legge 124/2008 alla luce della teoria “(neo)antagonista”. Elementi positivi, logico-giuridici, di autorità a sostegno della illegittimità costituzionale del lodo “Alfano”. – 4. Analisi della legge 124/2008 alla luce della teoria “(neo)antagonista”. Elementi positivi, logico-giuridici, di autorità a sostegno della illegittimità costituzionale del lodo “Alfano”. – 5. L’idea del lodo “costituzionale”. Spunti per una prima riflessione.

1. Il ddl 1442 ed il nuovo “lodo”. Alla ricerca di un corretto seguito alla sent. 24/2004.

Trascorso poco più di un mese e mezzo dall’inizio della sedicesima legislatura repubblicana, il governo – per mano del Ministro di Grazia e Giustizia Alfano – presentava un ddl (n. 1442) con il dichiarato scopo di (ri)stabilire la sospensione dei processi per le «alte cariche dello Stato», tenendo conto dei rilievi formulati dai giudici di Palazzo della Consulta nella sent. 24/2004. La presentazione di tale testo non era avvenuta *ex abrupto*, ma era la conclusione legislativa di una polemica politica che partiva da più lontano e che tale nuovo ddl non placava, ma anzi alimentava ancor di più. Infatti il nuovo discorso sulla sospensione processuale poteva dirsi iniziato con il d.l. 92/2008 («Misure urgenti in

materia di sicurezza pubblica») il quale – nella formulazione approvata dal Senato – contemplava l'immediata sospensione per la durata di un anno dei processi penali relativi a fatti commessi fino al 30 giugno 2002 che si trovassero in uno stato procedimentale compreso fra la fissazione dell'udienza preliminare e la chiusura del dibattimento di primo grado¹⁴⁰. Ed invero, questa formulazione si doveva alla presentazione di un emendamento da parte dei relatori, senn. Berselli e Vizzini, durante la conversione del d.l. 92, che introduceva tali criteri di priorità per la trattazione dei processi considerati più urgenti e di particolare allarme sociale¹⁴¹. Il consequenziale dibattito nato fra le forze politiche vide un'opposizione molto intransigente¹⁴², considerato il fatto che fra i beneficiari di tale misura vi era il (nuovo) presidente del Consiglio, Silvio Berlusconi che invece, dal canto suo, riteneva di essere perseguitato ingiustamente e senza motivo dai giudici e, quindi, vittima di una persecuzione giudiziaria. Conseguenzialmente tale ddl riapriva la *querelle* relativa alla sottoponibilità a giudizio per reati extrafunzionali del premier in corso di mandato e, vedremo, facendo rivivere – inevitabilmente – le due filosofie (ora “neogiustificazionista” e “neoantagonista”) che si erano un po' eclissate dopo la pronuncia della Corte

¹⁴⁰ In particolare tale decreto aveva come oggetto una serie di reati (cioè quelli che comportavano una pena inferiore a dieci anni di reclusione) e, oltre a prevedere una possibile rinuncia da parte dell'imputato, non impediva il trasferimento dell'azione in sede civile. Nell'analizzare la sospensione prevista dal d.l. 92/2008, P. CARNEVALE, *La legge n. 124/2008 e le sue vicende. Appunti per una analisi*, cit., p. 774, rilevava come essa fosse «più ampia della legge n. 124/2008, perché riguardante la generalità dei soggetti e, per altro verso, più limitata perché circoscritta ai reati di maggiore gravità». Con riferimento a quest'ultima, va sottolineato – con riserva di approfondimento più oltre (§ 3) – che proprio il fatto di non prevedere (mantenendo la stessa terminologia del lodo “Maccanico-Schifani”) una circoscrizione dei tipi di reato su cui vi doveva essere la sospensione processuale porterà a delle critiche sulla ragionevolezza del testo, anche rispetto all'art. 96 Cost., che verranno sollevate in più sedi di riflessione giuridica (cfr. spec. L. ELIA, *Sul c.d. lodo Alfano*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it).

¹⁴¹ Questa la terminologia della lettera inviata dal presidente del Consiglio, Silvio Berlusconi, al presidente del Senato, Renato Schifani, nella quale tra l'altro si precisò che si trattava di un «provvedimento di legge a favore di tutta la collettività e che consentirà di offrire ai cittadini una risposta forte per i reati più gravi e più recenti»; quindi, proseguiva il presidente del consiglio, «non dovrebbe essere approvato solo perché si applicherebbe anche ad un processo nel quale sono ingiustamente e incredibilmente coinvolto» (la lettera si può rinvenire in www.federalismi.it, 2008, n. 13). Sulle vicende dell'emendamento “blocca-processi”, con taglio critico, v. A. PACE, *L'incostituzionalità dell'emendamento “blocca-processi”*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; M. RUOTOLO, *I provvedimenti in tema di giustizia del Governo Berlusconi: dalla sospensione dei processi alle intercettazioni telefoniche*, in www.costituzionalismo.it; nonché, per un quadro di sintesi, L. PEDULLÀ, *Alla (problematica) ricerca del senso dell'emendamento “blocca-processi”*, in www.forumcostituzionale.it; I. NICOTRA – G. GALIPÒ, *Chi difende la Costituzione? Note a margine del recente parere del Csm sulle norme in materia di sospensione dei processi*, in www.federalismi.it, 2008, n. 14; E. MARZADURI, *Criteri di priorità e sospensione dei processi sollevano diverse perplessità costituzionali*, in *Guida al diritto* 2008, n. 27, p. 12 s.). Sul punto, in particolare, V. ONIDA, *Bene la priorità, irragionevole la sospensione*, in *Il Sole 24 ore*, 19 giugno 2008, p. 21, rilevava – da un punto di vista procedurale – come la disposizione fosse inserita in un decreto legge di cui non condivideva l'oggetto e i presupposti di necessità ed urgenza (... risultando probabilmente contrario all'art. 72 Cost.) e – nel merito – fosse manifestamente irragionevole, violando gli artt. 3, 111, 117, c. 1, Cost. Invero anche il Quirinale aveva sottolineato la «palese incostituzionalità» dell'emendamento blocca-processi, ribadendolo *ex post* alla sent. 262/2009 (cfr. il comunicato: *Falso che al Quirinale siano “stipulati patti” sulla legge Alfano*, 12 ottobre 2009, in www.quirinale.it).

¹⁴² Dal canto suo la *querelle* – suo malgrado – coinvolse anche il Consiglio superiore della magistratura che, in un parere, criticava in parte il contenuto del d.l. 92/2008 (cfr. *Nota in data 29 maggio del Segretario generale f.f. del C.S.M. relativa alla richiesta di parere, con delibera del Comitato di Presidenza in pari data, sulla normativa inerente la sicurezza pubblica contenuta nel decreto legge n. 92 del 23 maggio 2008, concernente Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (Deliberazione del 1° luglio 2008)*, in www.federalismi.it; ma v. sul punto anche il documento della *Camera penale di Milano*, 20 giugno 2008, che richiedeva – dopo le critiche quanto ai criteri di formazione dei ruoli d'udienza ed alla sospensione dei processi in corso – l'attenzione delle Istituzioni preposte affinché intervenissero sul d.l. 92 in sede di conversione per garantire il rispetto dei principi costituzionali alla base del processo penale. *Contra* sul punto: G. PECORELLA, *Ma anche il Csm aveva chiesto di dare una gerarchia ai processi*, in *Il Riformista*, 18 giugno 2008, p. 2).

costituzionale nel 2004. Esse risultavano espresse – nell'enfatizzazione dell'estremizzazione – dal binomio "persecuzione-immunità"¹⁴³.

Comunque, alla fine – com'è oramai noto – si pensò di ripercorrere la strada del "lodo", mediante un ddl presentato dal Ministro Alfano, il giorno successivo al parere del Csm, e vedendo di conseguenza un ridimensionamento della disposizione sulla sospensione dei processi contenuta (poi) nell'art. 2 *ter* della legge 125/2008 che convertiva il d.l. 92/2008¹⁴⁴.

La legge Alfano fu approvata in ventiquattro giorni¹⁴⁵, intercorrenti fra la presentazione del ddl 1442 e l'entrata in vigore, il 26 luglio 2008¹⁴⁶. Le consequenziali critiche, alcune

¹⁴³ Cfr. per una ricostruzione diacronica del rapporto politica-magistratura: T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato ...*, cit., p. 1 ss., il quale rilevava: «... dal punto di vista strettamente giuridico-costituzionale, tale contrapposizione non ha alcun fondamento, laddove le uniche forme di deroga alla legalità costituzionale sono, in un sistema come il nostro, quelle espressamente previste dalla Carta fondamentale a tutela dell'esercizio di specifiche funzioni o di determinati organi costituzionali (artt. 68, 90, 96, 122 Cost.), a garanzia del complessivo assetto istituzionale delineato dal Costituente» (T.F. GIUPPONI, *ult. op.cit.*, p. 3); sul tema v. anche però le riflessioni di N. ZANON, *Immunità? Sì, è necessaria per svelenire il clima*, in *Il Corriere della sera*, 9 luglio 2008, p. 6. È logico che tale contrapposizione diviene delicata quando si riflette sulla funzione di garanzia della Corte costituzionale che già è stata investita – in tema di insindacabilità – del conflitto fra magistratura e Camere negli ultimi anni (cfr. almeno la c.d. «giurisprudenza Sgarbi»; su cui sentt. 10 e 11/2000 e P. COSTANZO, *La "giurisprudenza Sgarbi" alla ricerca di un punto fermo*, in *Danno e resp.*, 2000, n. 4, p. 381 ss.; A. PACE, *L'art. 68 comma 1 Cost. e la "svolta" interpretativo della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 85 ss.; P. VERONESI, *Per essere insindacabili fuori dalle Camere occorre l'"identità sostanziale" dei contenuti*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 3, p. 20 ss.; sul tema v. anche: G. AZZARITI, *Politica e processi*, cit., p. 839) e, soprattutto, arrivando a coinvolgere gli stessi criteri di selezione dei giudici costituzionali. La polemica divenne forte visto che – al momento della decisione – due giudici componenti la Corte risulta(va)no amici personali del Presidente del Consiglio, diretto destinatario della legge 124/2008, soggetta a scrutinio di costituzionalità (cfr. sul tema l'interrogazione parlamentare di Antonio Di Pietro, 1° luglio 2009 al ministro Alfano, relativamente ad una cena dei giudici Mazzella e Napolitano con Alfano e Berlusconi ed il comunicato di risposta del Quirinale del giorno successivo; cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, XVI legislatura, seduta del 1° luglio 2009, *Resoconto sommario e stenografico*, 195, interr. N. 3-00572, p. 54). Ma sul punto v. altresì il commento di due *ex* presidenti della Corte costituzionale: *Capotosti: non ci si chieda di fare i monaci*, in *Il Corriere della sera*, 2 luglio 2009, p. 17; *Mirabelli: mossa inopportuna, serve stile*, *ivi*, *ibidem*, ove – naturalmente – viene alla luce il tema della *virgin mind* del giudice rispetto all'oggetto dello scrutinio di legittimità costituzionale. Al di là dei fatti si sa che il divieto di astensione e ricusazione dei giudici costituzionali – all'infuori dei giudizi d'accusa (art. 25, l. 20/1962 e art. 13, Norme Integrative sui giudizi d'accusa) – trova regolamentazione nell'art. 29, Norme integrative. Peraltro che le posizioni anche di un singolo giudice fossero rilevanti lo dimostra il fatto che – secondo fonti giornalistiche – alla "vigilia" della sentenza, la Corte sembrasse divisa in sette giudici favorevoli, cinque contrari e tre indecisi (cfr. L. MILELLA, *La Consulta divisa sul lodo Alfano. Sette giudici per il no, cinque per il sì*, in *La Repubblica*, 24 settembre 2009, p. 15).

¹⁴⁴ Efficacemente P. CARNEVALE, *La legge n. 124/2008...*, cit., p. 774, parlava di «profonda modifica (e sostanziale sterilizzazione)».

¹⁴⁵ Si era addirittura ventilata l'ipotesi di un uso del decreto legge che però il Quirinale aveva prontamente respinto (così in base alla ricostruzione di L. MILELLA, *Il Colle blocca il lodo per decreto. «Sarebbe contro la Costituzione»*, in *La Repubblica*, 26 giugno 2008, p. 3). Di compromesso «con la mediazione preziosa del Capo dello Stato» aveva ragionato: C.F. GROSSO, *Di male minore in male minore*, in *La Stampa*, 25 luglio 2008, p. 1.

¹⁴⁶ Sul punto A. PUGIOTTO, *Lecture e riletture della sentenza costituzionale n. 24 del 2004*, cit., p. 778. Nel caso del "lodo Maccanico-Schifani" la presentazione dell'emendamento 1.500 (Schifani e al.) fu in data 29 maggio 2003 e l'entrata in vigore della legge 140/2003 che – nell'art. 1 – ne recepiva il contenuto, il 22 giugno 2003 (sul punto v. anche: F. BELLAGAMBA, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. I profili procedurali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 10, p. 1213). Proprio i tempi brevi con i quali il testo Alfano pervenne all'approvazione (e, peraltro, essendo l'eccezione alla regola che vedeva da oramai un anno il Parlamento contingentato ad approvare decreti legge in scadenza, magari con l'apposizione della questione di fiducia posta; v., non da ultimo, l'intervento critico dell'on. Casini alla Camera in sede di conversione del d.l. sulla sicurezza del 15 luglio 2009) portarono a posizioni molto critiche verso la maggioranza di governo sia da parte di autorevoli costituzionalisti (cfr. almeno L. ELIA, *Sul c.d. lodo Alfano*, cit.) che di politici (cfr. A. SORO, *Il Parlamento ferito*, in *L'Unità*, 13 luglio 2007, p. 26). Quest'ultimo, deputato

anche relative all'uso distorto delle procedura parlamentare di approvazione della legge¹⁴⁷, avevano riaperto la polemica tanto che la contrapposizione “(neo)giustificazionismo” – “(neo)antagonismo” si era manifestata non solo nelle aule parlamentari, nel corso dell'approvazione del testo, ma anche nella cronaca giornalistica e, addirittura, negli ambienti accademici ove si era assistito alla nascita di due distinti e antitetici filoni, rinvenibili in altrettanti appelli di giuristi autorevoli a sostegno dell'una ovvero dell'altra teoria¹⁴⁸. Occorre premettere, quale punto di partenza e con riserva di analisi più avanti, che certo la sent. 24/2004 non era immune da critiche al riguardo, appurato il fatto che furono proprio i numerosi “silenzii” del giudice costituzionale su aspetti fondamentali di legittimità della sospensione processuale per le «alte cariche dello Stato» (v. *retro*, Parte I, § 5) che avevano permesso la reviviscenza delle posizioni antagoniste e giustificazioniste, nessuna delle quali censurabile *a priori*, ma anzi entrambe degne di legittimazione proprio alla luce della sent. 24/2004 che, non risolvendo in modo puntuale e decisivo tutte le questioni poste, lasciava aperta a più vie (anche antitetiche) il seguito da percorrere, come abbiamo già avuto modo di sottolineare¹⁴⁹. Dove invece la Corte si era espressa, i fautori di un nuovo “lodo” cercarono – esplicitandolo nella relazione introduttiva al ddl – di porre rimedio, introducendo alcuni accorgimenti di carattere sostanziale che ne dovevano

del Pd, autore della famosa “pregiudiziale di costituzionalità Soro” sul ddl 1442, bocciata in Parlamento, sottolineava come i «tempi ristrettissimi per l'esame del provvedimento» non avessero consentito «l'esercizio regolare della fase istruttoria del procedimento legislativo disciplinata dall'art. 72 Cost.». Al riguardo il presidente della Camera Fini aveva richiamato – tra gli altri – cinque precedenti (tre nella XIII legislatura e due nella XIV), ma, proseguiva obiettando il deputato del Pd, che detti provvedimenti avessero avuto in Commissione ovvero nell'altro ramo del Parlamento «un iter degno di questo nome». Peraltro occorre rilevare che lo stesso presidente Fini, una delle cc.dd. «alte cariche», aveva prontamente affermato che non si sarebbe avvalso, utilizzando il diritto potestativo di rinuncia alla sospensione previsto dall'art. 1, c. 2, l. 124/2008, dello scudo processuale per il processo che lo vedeva imputato per diffamazione nei confronti del pm di Cosenza Woodcock (M. LILLO, *Fini rinuncia al lodo e Berlusconi è più solo*, in *Il fatto quotidiano*, 2 ottobre 2009, p. 2); com'è noto, il giorno 2 ottobre 2009, si ebbe la rimessione della querela da parte di Woodcock.

¹⁴⁷ In particolare C. BERGONZINI, *A proposito dell'iter parlamentare della legge n. 124 del 2008*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 50, si chiedeva se non fosse irragionevole ipotizzare da parte del “lodo Alfano” una violazione dell'art. 72 Cost. nella parte in cui si prevedeva che «ogni disegno di legge, presentato ad una Camera, è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una Commissione». Ciò sarebbe stato invero ancora più evidente alla luce dei precedenti additati a sostegno della rapida approvazione del lodo (cfr. N. LUPO, *Una legge approvata in gran fretta, sulla base dei “peggiori” precedenti*, ivi, p. 171 ss.; S. CURRERI, *Sui vizi procedurali del c.d. Lodo Alfano*, ivi, p. 105 ss.). Il punto ha alimentato il dibattito sui vizi formali degli atti, tanto da portare la dottrina a richiedere che i giudici *a quibus* non siano restii a proporre la questione di legittimità costituzionale relativamente al vizio formale delle leggi (cfr. G. BRUNELLI, *Un privilegio illegittimo (anche per vizio formale)*, ivi, p. 63).

¹⁴⁸ Cfr., per i sostenitori della visione “neoantagonista”, l'appello intitolato “*In difesa della Costituzione*”, firmato da centodieci costituzionalisti (*Lodo e processi rinviati*, strappo all'uguaglianza, in *La Repubblica*, 4 luglio 2008, p. 6 e in *Europa*, 4 luglio 2008); per i sostenitori della visione “neogiustificazionista”, si v. *Appello alla ragione per un nuovo rapporto tra politica e giustizia*, sottoscritto da trentasei giuristi, in www.federalismi.it.

¹⁴⁹ Ampiamente condivisibile risultava quindi l'opinione di A. MANZELLA, *Il blocca-processi e la Costituzione*, in *La Repubblica*, 4 luglio 2008, p. 30, quando sottolineava che la sent. 24/2008 «ebbe un grosso torto ... non riuscì a far venire fuori dalla ragnatela dei piccoli “no”: per dire un “no” decisivo e definitivo» (sostanzialmente anche: *Intervista a A. Pugiotto*, «*Il Lodo non prevede bis. Neppure se Berlusconi si fa rieleggere*», in *Il Manifesto*, 6 ottobre 2009, p. 5, che parlava al riguardo di «decisione cristallina nel dispositivo ... meno nella motivazione»). Ed invero anche C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, cit., p. 193, rilevava come la Corte si fosse limitata a «individuare e sanzionare i più evidenti profili di incostituzionalità ..., senza pronunciarsi chiaramente su altri che pure erano stati toccati nell'ordinanza che aveva sollevato la questione, oltre che nella ricca memoria della parte civile ...» (sul punto v. anche: S. STAMMATI, *Una decisione condivisibile messa in forse ad un impianto argomentativo perplessa e non persuasivo*, cit., p. 398 ss.; G. ROMEO, *Modelli normativi orwelliani al vaglio della Consulta*, in *Cass. pen.*, 2004, n. 4, p. 1172 ss.).

garantire la costituzionalità alla luce del precedente del 2004 del giudice delle leggi. E, quindi, fin da subito, una domanda preliminare era d'obbligo: che cosa era cambiato rispetto al vecchio lodo "Maccanico-Schifani"?

In primo luogo è dato soffermarsi sugli aspetti formali, argomento in gran parte eluso dalla dottrina costituzionalistica e processualpenalistica che ha preferito concentrarsi sui più coinvolgenti e rilevanti aspetti sostanziali. Fra gli aspetti formali, non si può non additare la differenza relativa all'iniziativa, cioè alla prima fase del procedimento legislativo. Infatti se nel caso del lodo "Maccanico-Schifani" l'iniziativa fu parlamentare (progetto di legge Boato e successivo emendamento a firma Schifani e al.), nel caso del lodo "Alfano" l'iniziativa fu governativa, derivando da un disegno di legge a firma del Ministro di Grazia e Giustizia di cui il testo portava il nome¹⁵⁰. In secondo luogo, rimanendo nell'ambito delle differenze formali, la legge 124/2008 era autogena, cioè viveva di vita propria, distinguendosi nettamente dal lodo "Maccanico-Schifani" che venne "ospitato" – quale collocazione "geolegislativa" – in un testo di attuazione legislativa dell'art. 68 della Costituzione¹⁵¹. Non si era invece avuta la differenziazione formale dal punto di vista dello strumento, cioè legge costituzionale in luogo di quella ordinaria, come richiesto, a più voci, da parte dei fautori della teoria antagonista nell'approvazione e vigenza della legge 140/2003. Aspetto questo, quindi, che sarà sostenuto quale profilo di incostituzionalità della legge 124/2008 da parte dei sostenitori della teoria (neo)antagonista ed, *in species*, dalle due ordinanze del Tribunale di Milano e da quella del Tribunale di Roma¹⁵².

Visti gli aspetti formali, non ci resta che passare a quelli sostanziali che – necessariamente – dovremo studiare attraverso le due "lenti" di lettura date dalle teorie "(neo)giustificazionista" e "(neo)antagonista", se non altro poiché l'analisi dei contenuti non poteva che essere legata al precedente della Corte costituzionale (di cui tale legge voleva

¹⁵⁰ Aspetto questo di non poco conto, realizzato che l'iniziativa governativa – come è stato rilevato – ha dominato i lavori del Parlamento in questo primo frangente della nuova legislatura, confinando l'organo assembleare molto spesso alla "mera" conversione degli innumerevoli decreti legge ed approvazione dei disegni di legge governativi, magari con tempi ristretti, tanto da far parlare le cronache politiche di "decisionismo", quale capacità dell'esecutivo di rispondere in tempi brevi alle esigenze del Paese (su tale aspetto v. *retro* Introduzione § 3). Alla fine di settembre 2009 infatti il governo aveva utilizzato ben ventisei volte il voto di fiducia. L'ipotesi invero non era nuova nella storia costituzionale italiana, visto l'uso notevole della decretazione d'urgenza, associata al voto di fiducia, anche nella XV legislatura da parte del governo Prodi.

¹⁵¹ È possibile che la predisposizione di una legge *ad hoc* – non inserendo il lodo nel d.l. 92/2008 – fosse stata fatta per parare il rischio di una critica per incoerenza legislativa come quella additata alla legge 140/2003, soprattutto vista la posizione dei fautori della visione "(neo)giustificazionista", i quali ritenevano che la sospensione processuale fosse cosa diversa dall'immunità. Infatti – come avevamo rilevato *supra* (v. Cap. I, § 3) – delle due alternative una: o lo scudo per le «alte cariche dello Stato» era un'immunità ed allora ci voleva una legge costituzionale (e non una legge ordinaria) ovvero era una mera sospensione processuale ed allora che ci stava a fare in un testo avente tutt'altro contenuto? Sottolineava sul punto, dopo un'accurata ricostruzione storica, T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica*, cit., p. 379, come vi sia una "riserva costituzionale" in materia di immunità (similmente anche: *Intervista a A. Pugiotto*, «*Il Lodo non prevede bis. Neppure se Berlusconi si fa rieleggere*», cit.).

¹⁵² Cfr. Tribunale di Milano, sez. I, penale, n. 397/2008; Tribunale di Milano, sez. X penale, n. 398/2008; Tribunale di Roma, ord. 9/2008, cit., tutti rinvenibili in www.unife.it/amicuscuriae e in *Foro it.*, 2008, fasc. 12, p. 640 s. pt. 1, con nota di R. ROMBOLI, *In tema di immunità per le alte cariche*, ivi. Occorre rilevare che tali tribunali avrebbero dovuto operare, *ope legis*, la separazione del processo in caso di presenza di coimputati (v., emblematicamente, il processo di Milano che vedeva coinvolto anche l'avvocato Mills, per il quale il processo approdò a sentenza di fronte al giudice di merito milanese); tale istituto, com'è noto, dovrebbe rientrare nelle questioni preliminari che il giudice decide *in limine* al dibattimento, *ex* art. 491 c.p.p., ma che invero potrebbero presentarsi anche successivamente – ove non fosse stato possibile prima – fin anche al momento della decisione finale *ex* art. 527, c. 1, c.p.p. L'ipotesi è contemplata dall'art. 18, c. 1, lett. *b*), c.p.p., il quale rende necessaria la sospensione che tocchi uno o più coimputati, salvo che il giudice non ritenga la riunione assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti. Essa però non incide sulla sospensione che verrebbe estesa ai processi connessi e riuniti (cfr. sul tema G. FRIGO, *La sospensione dei processi nel quadro delle immunità politiche. I profili procedurali*, in *Dir. proc.*, 2008, n. 10, p. 1230).

essere il giusto seguito) e del vecchio lodo “Maccanico-Schifani” (da cui, invece, essa voleva prendere le distanze relativamente ai punti di censura sottolineati dal giudice delle leggi). Ma si sa – come si è accennato – che la sent. 24/2004 era stata letta diversamente dalle due teorie e che tale diversa lettura non poteva non riflettersi sulla visione sostanziale-contenutistica della nuova legge alla luce dei diversi canoni logico-interpretativi assunti a parametro. Tale contrapposizione sostanziale – come fu per il lodo “Maccanico-Schifani” – diverrà di carattere processuale vedendo difensore del lodo l’Avvocatura dello Stato e la difesa del Presidente del Consiglio ed invece sostenitori dell’incostituzionalità dello stesso i giudici *a quibus*, oltre al procuratore generale di Milano che chiedeva la possibilità – in antitesi alla prevalente giurisprudenza del giudice delle leggi – di partecipare al processo.

2. *Analisi della legge 124/2008 alla luce della teoria “(neo)giustificazionista”. Elementi positivi, logico-giuridici, di autorità a sostegno della legittimità del lodo “Alfano”.*

Scendendo nei contenuti si nota la politicità della scelta che inevitabilmente divideva, com’è logico, maggioranza ed opposizione. Ma in questo caso – come fu per il lodo “Maccanico-Schifani” – a dividere non era solo il merito del provvedimento¹⁵³, quanto la legittimità costituzionale. Così, l’analisi della teoria a favore dello scudo alle «alte cariche dello Stato» realizzato con la l. 124/2008 non può (anche qui) che partire dalla relazione al disegno di legge. In essa infatti si evidenziavano quegli spunti riflessivi, che tale teoria sosteneva, i quali volevano ed avevano l’onere di dimostrare che la nuova legge rispondesse alle censure poste dalla Corte costituzionale alla legge 140/2003. A differenza del lodo “Maccanico-Schifani” la legge 124/2008 si rivelava “pura”, cioè disciplinava solo la sospensione processuale per le cc.dd. «alte cariche dello Stato» e la relazione introduttiva al ddl si dimostrava così valido strumento per analizzare le argomentazioni a sostegno della nuova normativa e, soprattutto, la volontà di rispettare la sent. 24/2004.

Così, raggruppando e classificando, con tutta l’approssimazione che concerne l’uso delle classificazioni¹⁵⁴, gli argomenti adottati a sostegno della legge 124/2008, possiamo suddividerli – mutuando il metro utilizzato nella Parte I – in elementi positivi, logico-giuridici, di autorità e di contraddizione della teoria opposta.

Fra gli elementi positivi spiccava innanzitutto il fatto che per la materia della sospensione processuale ci si muovesse in uno spazio di indifferenza costituzionale, appurato che gli artt. 90 e 96 Cost. si occupa(va)no dei soli reati funzionali ascrivibili rispettivamente al Presidente della Repubblica e ai membri dell’esecutivo¹⁵⁵. Il “silenzio” costituzionale (ed il fatto che la Corte costituzionale nella sent. 24/2004 avesse rilevato

¹⁵³ Il testo fu infatti sottoposto anche a richiesta referendaria (il quesito si può rinvenire in www.unife.it/amicuscuriae; sul tema v. anche A. CHIMENTI, *Il lodo Alfano ha già un milione di avversari*, in *Il Riformista*, 13 gennaio 2009, p. 4).

¹⁵⁴ Per una riserva alle classificazioni si può vedere l’analisi della dottrina comparatistica: L. PEGORARO, *Forme di governo, definizioni, classificazioni (con particolare riferimento alla forma di governo semi-presidenziale)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1222 ss; L. PEGORARO, *Federalismo, regionalismo, decentralización: una aproximación semántica a las definiciones constitucionales y doctrinales*, in *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, n. 8, 2001, p. 385 ss. spec.; nonché, *amplius*, M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, 1971 (trad. it., *Utilità e metodi del diritto comparato*), Camerino, 1974; L. PEGORARO – A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, cit., p. 54 ss; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 161; per la dottrina straniera v.: R. DAVID – C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, X ed., Paris, 1992 (trad. it. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, IV ed., a cura di R. Sacco, Padova, Cedam, 1994); A. MALSTRÖM, *The System of Legal System. Notes on a Problem of Classification in Comparative Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1976, p. 127.

¹⁵⁵ Invero per i presidenti delle due Camere era dato considerare anche i reati funzionali, appurata la mancata esclusione degli stessi da parte della legge *de qua*. Cfr. in dottrina G. SALERNO, *Una legittima tutela della serenità politica*, in *Guida al diritto* 2008, n. 32, p. 11.

come meritevole di tutela il sereno svolgimento delle funzioni¹⁵⁶) spingeva i fautori di tale teoria a considerare percorribile tale opzione. Anzi – trattandosi di sospensione e non di immunità¹⁵⁷ – vi sarebbe stata la possibilità di procedere al riguardo con una semplice legge ordinaria¹⁵⁸, operando *in negativo* rispetto alla legge 140/2003, cioè semplicemente correggendo, con un “restauro giuridico”, i punti soggetti a censura nella sent. 24/2004¹⁵⁹. Infatti in nessun passo di tale sentenza la Corte evidenziava la necessità di una legge costituzionale e, quindi, ciò avrebbe legittimato un’operazione legislativa costituzionalmente conforme o per lo meno non contrastante con la Costituzione. Alla luce del ritocco operato non erano additabili né la violazione dell’art. 112 Cost., visto che il diritto di autodifendersi sarebbe prevalso sul diritto di essere giudicati¹⁶⁰, né l’art. 111

¹⁵⁶ Così è ribadito nel ddl 1442 che rilevava come la *ratio* della normativa fosse rintracciabile «nei principi di continuità e di regolarità nell’esercizio delle funzioni pubbliche» (cfr. Ddl. A.S. n. 903, XVI legislatura, “*Disposizioni in materia di sospensione del processo nei confronti delle alte cariche dello Stato*”, luglio 2008, n. 31, approvato dal Consiglio dei ministri nel corso della seduta del 27 giugno 2008, p. 15; ma invero anche l’intervento del relatore Calderisi, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, XVI legislatura, seduta del 9 luglio 2008, *Resoconto sommario e stenografico*, 31, p. 15 s.). Sostanzialmente così anche l’*Appello alla ragione per un nuovo rapporto tra politica e giustizia*, 9 luglio 2008, cit.; nonché: *Intervista ad Alfano: «Il lodo Schifani è una norma giusta»*, in *Il Mattino*, 20 giugno 2008, p. 9; *Intervista a A. Marini, «Sbagliato parlare di legge ad personam»*, in *Il Giornale*, 19 giugno 2008, p. 6; nonché Avvocatura dello Stato, *Memoria di costituzione*, in www.federalismi.it, *Dossier Lodo Alfano*, p. 2 s., che – nel bilanciamento degli interessi – riteneva corretto «dare precedenza, solo temporale e limitata, ad uno dei due interessi ritenuto al momento preminente». Sul punto v. anche la difesa del presidente Berlusconi (Corte cost., sent. 262/2009, p. 1.2.1 *ritenuto in fatto*) che però rilevava (... subendo le censure della Corte, p. 7.3.2.1 *cons. in dir.*) una diversa *ratio* rispetto al ddl 1442, cioè il diritto alla difesa dell’imputato (Corte cost., sent. 262/2009, p. 1.2.2 *ritenuto in fatto*). Infatti, sosteneva la difesa del presidente Berlusconi, la *ratio* dell’inciso era di bilanciare «l’esercizio del diritto di difesa, tutelato dall’art. 24 della Costituzione, con l’esercizio del *munus publicum*, tutelato dall’art. 51 della Costituzione» (*ibid.*, lett. f).

¹⁵⁷ Così invero, in dottrina, G. FRIGO, *La sospensione dei processi nel quadro delle immunità politiche. I profili procedurali*, cit., p. 1226 s. Alla luce della difesa del presidente Berlusconi, si sarebbe trattato di un «arresto temporaneo sino al momento in cui cessa la carica esercitata, ossia la causa di legittimo impedimento a comparire» (Corte cost., sent. 262/2009, p. 2.2 *ritenuto in fatto*). Ma così invero anche N. ZANON, *Ma quel lodo non è una vera immunità*, in *Il Corriere della sera*, 6 ottobre 2009, p. 1, che lo deduceva dalla sent. 24/2004 («Se la Corte avesse ritenuto di trovarsi di fronte a una immunità, quel rilievo [impossibilità di rinuncia da parte del titolare della carica] non avrebbe avuto senso, perché le immunità, in quanto riferite alla funzione, non sono liberamente rinunciabili dal titolare della carica “protetta”»).

¹⁵⁸ Cfr. Ddl. A.S. n. 903, cit., 16. Ma così invero deducevano: P.A. CAPOTOSTI, *Intervista*, in *Il Corriere della sera*, 10 luglio 2008; G. PISAPIA, *Intervista*, in *Il Giornale*, 11 luglio 2008; G. SALERNO, *Una legittima tutela della serenità politica*, cit., p. 13; N. ZANON, *Ma quel lodo non è una vera immunità*, cit. Tale assunto sarebbe stato confermato dall’ammissibilità del referendum abrogativo sulla l. 140/2003, non possibile se fosse stata materia riservata alla legge costituzionale (cfr. sen. D’Alia, *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Verbale*, 10 luglio 2008, p. 21; nonché G. FRIGO, *La sospensione dei processi nel quadro delle immunità politiche. I profili procedurali*, cit., p. 1227). Interpretava il “silenzio” ovvero la “mancata previsione” come tale da “consentire” l’intervento del legislatore ordinario: G. SALERNO, *Una legittima tutela della serenità politica*, cit., p. 13 s.; per altri sarebbe stata la stessa Corte, implicitamente, a dirlo. Infatti, tacendo sulla violazione dell’art. 138 Cost., il giudice delle leggi ne avrebbe sottolineato la non pertinenza «trattandosi di un motivo che avrebbe avuto priorità logica rispetto a quelli poi considerati» (cfr. G. Pecorella, *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Verbale*, 10 luglio 2008, p. 9; nonché: G. FRIGO, *La sospensione dei processi nel quadro delle immunità politiche. I profili procedurali*, cit., p. 1227; così la difesa del presidente Berlusconi: Corte cost., sent. 262/2009, p. 1.2.1, lett. d), *ritenuto in fatto*).

¹⁵⁹ Cfr. sul punto G. SALERNO, *La sospensione dei processi penali relativi alle alte cariche dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 20, che rilevava come la legge 124/2008 non fosse una legge fotocopia e, quindi, non si potesse additare la violazione dell’art. 136 Cost. (così invero la difesa del presidente Berlusconi, Corte cost., sent. 262/2009, p. 1.2.3., lett. a), b), c), per aspetti sia oggettivi [v. note successive] che soggettivi [non è più contemplato il presidente della Corte costituzionale]). D’altro canto fin da subito l’avv. dello Stato Fiumara aveva constatato la necessità di una semplice correzione del testo Schifani bocciato dalla Corte costituzionale nella sent. 24/2004 (*Fiumara: il Lodo Schifani va solo ritoccato*, in *Il Giornale*, 23 gennaio 2004, p. 7).

¹⁶⁰ Corte cost., sent. 262/2009, p. 2.2.6, *ritenuto in fatto*.

Cost., appurato che – alla luce dell'ord. 458/2002 – il principio di ragionevole durata del processo non poteva comportare la «vanificazione degli altri valori costituzionali che in esso sono coinvolti, primo fra i quali il diritto alla difesa, che l'art. 24, secondo comma, proclama inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»¹⁶¹. Infatti la *ratio legis* riposava nella necessità di permettere che l'impegno dovuto alla difesa in giudizio non ledesse il sereno esercizio delle funzioni istituzionali¹⁶² ed era irrilevante la differenza di trattamento fra reati funzionali ed extrafunzionali, in quanto ogni volta che la Corte costituzionale si era pronunciata sul diritto fondamentale di difesa personale non aveva «mai operato la ben che minima distinzione in ordine al tipo di reato oggetto dell'imputazione e nemmeno della sua gravità»¹⁶³.

Da tale ottica, il consequenziale seguito era così stato apprestato tenendo conto dei *dicta* della Corte, cioè eliminando l'automaticità della sospensione¹⁶⁴, la sua indeterminatezza¹⁶⁵ e la lesione al diritto di azione in giudizio¹⁶⁶ e del diritto alla prova¹⁶⁷.

¹⁶¹ Corte cost., sent. 262/2009, p. 2.2.7, *ritenuto in fatto*.

¹⁶² Cfr. Avvocatura dello Stato, *Memoria*, cit., p. 4 s. («Chi ha la responsabilità delle politica generale del Governo deve anche potervi dedicare tutto il tempo necessario, con la dovuta serenità e senza condizionamenti», p. 5). Particolarmente critici sul taglio dato dall'Avvocatura di Stato nella memoria difensiva: M. ANIS, *Inutili toni apocalittici* in *La Stampa*, 17 settembre 2009, p. 1; E. BALBONI, *L'avvocatura complottista*, in *Europa*, 18 settembre 2009, p. 1; *Intervista a F. Contri*, «Dall'Avvocatura temi politici», in *Il Sole 24 ore*, 18 settembre 2009, p. 17.

¹⁶³ Corte cost., sent. 262/2009, p. 2.2.2, *ritenuto in fatto*.

¹⁶⁴ Tutto ciò in quanto l'art. 1, c. 2, legge 124/2008, prevedeva che l'imputato (ovvero il suo difensore munito di procura speciale) potesse rinunciare in ogni momento alla sospensione processuale (cfr. DdI. A.S. n. 903, cit., p. 21). Si trattava così di un atto personalissimo quale conseguenza di una valutazione fatta dall'imputato e da lui espressa; quindi se ne rilevava che dovesse essere «formalmente certa», cioè «autenticata anche eventualmente dal difensore (EX art. 39 att. c.p.p.)». Anche il difensore poteva fare la dichiarazione, purché munito di procura speciale, che poteva essere rilasciata per scrittura privata al difensore, legittimato ad autenticarne la sottoscrizione EX art. 122, c. 1, c.p.p. (cfr. G. FRIGO, *La sospensione dei processi nel quadro delle immunità politiche. I profili procedurali*, cit., p. 1231). Così invero aveva fatto il presidente della Camera, Fini, che aveva dato apposita procura all'avvocato Bongiorno. Sul punto, nel merito, peraltro è stato sottolineato (G. FERRI, *La sospensione dei processi riguardanti le alte cariche dello Stato nella l.n. 124 del 2008*, in *Giur. di merito*, 2009, n. 1, p. 47): «se il titolare dell'alta carica rifiuta, la legge è inutile: se accetta, non risolve il problema per il quale è stata approvata la legge perché non dissolve le ombre, ma alimenta i sospetti nei suoi confronti circa il coinvolgimento in una vicenda di rilevanza penale, così pregiudicando il tranquillo svolgimento della vita istituzionale»; ma l'A. concludeva che fra i due (sospetto e impedimento di esercitare le funzioni istituzionali), il secondo fosse il male maggiore. Sul fatto che la legge 124 venisse incontro alla sentenza della Corte relativamente all'automatismo generalizzato v.: G. SALERNO, *La sospensione dei processi penali relativi alle alte cariche dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 24; G. SALERNO, *Salvo il diritto alla formazione delle prove*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 32, p. 15; nonché la difesa del presidente Berlusconi: Corte cost., sent. 262/2009, p. 1.2.2., lett. c).

¹⁶⁵ ... in quanto l'art. 1, c. 5, della legge 124 prevedeva la non reiterabilità della sospensione, permettendo alla fine del mandato il prosieguo del processo. Peraltro allo scattare della sospensione processuale si sarebbe avuta anche la sospensione parallela della prescrizione (in tal modo, per G. FERRI, *La sospensione dei processi riguardanti le alte cariche dello Stato nella l.n. 124 del 2008*, cit., p. 48 s., si evitava che essa fosse un privilegio personale); nonché, in tal senso, la difesa del presidente Berlusconi: Corte cost., sent. 262/2009, p. 1.2.2., lett. e).

¹⁶⁶ Infatti la parte civile poteva trasferire l'azione in sede civile con la riduzione a metà dei termini di comparizione. Inoltre si dava precedenza nell'ordine delle cause a tale azione, scongiurando che un istituto di garanzia si trasformasse in uno strumento di impunità (G. FERRI, *La sospensione dei processi riguardanti le alte cariche dello Stato nella l.n. 124 del 2008*, cit., p. 48; sostanzialmente anche G. SALERNO, *La sospensione dei processi penali relativi alle alte cariche dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 24).

¹⁶⁷ Di fatto l'art. 1, c. 3, legge 124/2008 permetteva l'assunzione delle prove non rinviabili EX artt. 392 e 467 c.p.p., oltre al fatto che – in base alla relazione al ddl 1442 – la sospensione, avendo ad oggetto il «processo», non si estendeva alle cc.dd. indagini preliminari (cfr. DdI. A.S. n. 903, p. 19). Aspetto questo che pareva contraddittorio. Infatti se le indagini preliminari non erano oggetto di sospensione perché allora richiamare nella legge la possibilità dell'incidente probatorio che è contemplata nell'art. 392 c.p.p. come attinente alle indagini preliminari (o, al massimo, all'udienza preliminare dopo la sent. 77/1994 della Corte

Inoltre con l'eliminazione dalla lista delle «alte cariche dello Stato» del Presidente della Corte costituzionale, le figure componenti la categoria sarebbero state omogenee¹⁶⁸.

Dopo questo excursus di diritto positivo, la costituzionalità della scelta sarebbe stata supportata anche da elementi di autorità e di contraddizione della tesi opposta. Per i primi occorre rilevare l'appello sottoscritto da alcuni costituzionalisti che avevano considerata corretta e costituzionalmente percorribile la via intrapresa con la legge 124/2008¹⁶⁹. In secondo luogo i sostenitori della visione "(neo)giustificazionista" adducevano che la sent. 24/2004 – come sopra accennato – sembrava permettere una sospensione concepita in tal modo, sostenendo il fatto che i giudici di Palazzo della Consulta avevano definito «apprezzabile» l'interesse cui la legge era diretta e avevano lasciato trasparire la possibilità dell'uso della legge ordinaria in materia. In terzo luogo si poteva additare la promulgazione presidenziale che – addirittura – era stata accompagnata dalla motivazione (non dovuta secondo la Costituzione) della promulgazione del testo in ben tre ipotesi¹⁷⁰. In quarto luogo vi sarebbe stato il quadro comparatistico che prevedeva in alcuni Paesi l'esistenza della sospensione processuale (Grecia, Portogallo, Francia e Israele)¹⁷¹.

Fra gli elementi di contraddizione della tesi opposta i sostenitori della teoria "(neo)giustificazionista" rilevavano l'arbitraria interpretazione – nelle visioni critiche della legge "Alfano" – di alcuni "silenzii" della Corte costituzionale nella sent. 24/2004 che, anzi,

costituzionale)? Tale ultimo argomento non era invece ritenuto decisivo per M. CECCHETTI, *Appunti sulle questioni sottoposte alla Corte ...*, cit.

¹⁶⁸ Così invero G. FRIGO, *La sospensione dei processi nel quadro delle immunità politiche. I profili procedurali*, cit., p. 1229, che rilevava come «tutte ... derivano la propria investitura, in via diretta o indiretta, dalla volontà popolare; per tutte la funzione, al più alto livello, è di natura eminentemente politica». Si sottolineava inoltre la peculiarità dei presidenti rispetto agli altri membri dei collegi in base agli artt. 62, c. 2; 86, cc. 1 e 2; 88, c. 1 e 95 Cost. (cfr. difesa del presidente Berlusconi: Corte cost., sent. 262/2009, p. 1.2.3., lett. C), ma v. anche 2.2.3. e, per il riferimento alla l. 400/1988, p. 2.2.2.; in dottrina sul punto v. M. CECCHETTI, *Appunti sulle questioni sottoposte alla Corte ...*, cit., p. 89).

¹⁶⁹ Cfr., ancora, *Appello alla ragione per un nuovo rapporto tra politica e giustizia*, sottoscritto da trentasei giuristi, cit.

¹⁷⁰ Infatti, già nella presentazione del ddl alle Camere il Presidente della Repubblica, Napolitano, aveva rilevato come il testo «A un primo esame – quale compete al Capo dello Stato in questa fase – ... è risultato corrispondere ai rilievi formulati in quella sentenza [24/2004]. La Corte, infatti, non sancì che la norma di sospensione di quei processi dovesse essere adottata con legge costituzionale. Giudicò inoltre "un interesse apprezzabile" la tutela del bene costituito dalla "assicurazione del sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche" ...» (*Nota del Quirinale*, 2 luglio 2008, in www.quirinale.it). Il successivo comunicato che accompagnava la promulgazione del testo riprendeva i contenuti già espressi nella precedente nota aggiungendo che «non essendo intervenute, in sede parlamentare modifiche all'impianto del provvedimento, salvo una integrazione al comma 5 dell'articolo unico diretta a meglio delimitarne l'ambito di applicazione, il Presidente della Repubblica ha ritenuto, sulla base del medesimo riferimento alla sentenza della Corte costituzionale, di procedere alla promulgazione della legge» (*Nota del Quirinale*, 23 luglio 2008, in www.quirinale.it). Un terzo comunicato fu dovuto alla necessità di rispondere ad alcune affermazioni del comico Beppe Grillo, cui il Presidente della Repubblica replicava richiamando prevalentemente i comunicati precedenti che sostennero – prima e dopo – l'approvazione della legge 124/2008 (cfr. *Comunicato del Quirinale*, 21 maggio 2009, in www.quirinale.it; nonché il commento in tema di A. SPERTI, *Sul comunicato della Presidenza della Repubblica che ribadisce le ragioni della promulgazione del «lodo Alfano»*, in www.forumcostituzionale.it). Peraltro, a sostegno della posizione presidenziale, G. SALERNO, *La sospensione dei processi penali relativi alle alte cariche dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 13, sottolineava che le note del Quirinale, nonostante le critiche (su cui v. *infra* § 3), non avessero «certo leso l'autonomia della Corte costituzionale».

¹⁷¹ C'era peraltro chi rilevava l'esistenza di una sospensione «tacita o per prassi non solo di processi, ma altresì di procedimenti per reati extrafunzionali del Presidente della Repubblica» (G. FRIGO, *La sospensione dei processi nel quadro delle immunità politiche. I profili procedurali*, cit., p. 1128 che, a nota 21, ricordava in tal senso l'intervento dell'on. Santarelli alla Camera nella seduta del 9 luglio 2008 e del sen. Mezzatorta al Senato nella seduta del 21 luglio 2008). Sul tema del processo ai "fondi neri" del Sisde a carico di Oscar Luigi Scalfaro che aveva visto una sorte di sospensione processuale giustificata espressamente dai giudici alla luce dell'impossibilità "per disposizioni costituzionali" di avviare qualunque indagine nei suoi confronti cfr. T.F. GIUPPONI, *La sentenza sul "lodo Alfano": le possibili prospettive di riforma*, cit., p. 2.

nella lettura datane da autorevoli costituzionalisti o ex presidenti della Consulta (Capotosti, Marini) addirittura avrebbero appoggiato la tesi “(neo)giustificazionista”.

3. *Analisi della legge 124/2008 alla luce della teoria “(neo)antagonista”. Elementi positivi, logico-giuridici, di autorità a sostegno della illegittimità costituzionale del lodo “Alfano”.*

Le critiche esposte da più voci e da più canali fin dalla discussione parlamentare al ddl 1442 (poi legge 124/2008) possono essere sistematicamente classificate e ricomprese sotto il nome-ombrello di teoria o tesi “(neo)giustificazionista”. Va premesso che ricavare un’ottica omnicomprensiva di tale visione è risultato arduo e non del tutto riuscito, considerati i diversi punti di critica della legge non sempre omogenei e coerenti fra loro. Infatti, come vedremo, la stessa teoria porta in sé tali contraddizioni ed appare, non appena formulata, aprirsi in un ventaglio di opzioni non sempre rapportabili in una *reductio ad unum*.

Appuratane la rilevanza¹⁷², la critica faceva primariamente riferimento alla violazione degli artt. 90 e 96 Cost. i quali non sembra(va)no permettere per i reati extrafunzionali del Presidente della Repubblica e del Presidente del Consiglio un trattamento migliore di quelli funzionali. Il punto, lasciato impregiudicato nella sent. 24/2004, era di vitale importanza per i sostenitori della teoria “(neo)giustificazionista”, realizzato il fatto che la legge sarebbe stata in sé viziata di irragionevolezza. E ciò era ancor più vero per il caso del Presidente del Consiglio dei ministri, il quale all’interno dell’esecutivo assumeva la (mera) qualifica di *primus inter pares* e, soprattutto, in quanto lo stesso art. 96 Cost. lo accomuna(va) ai ministri nella responsabilità¹⁷³. Da tale ottica la violazione dell’art. 3 Cost. sarebbe apparsa quindi evidente, visto che la legge (irragionevolmente) si permetteva di distinguere il

¹⁷² Cfr., poi, Corte cost., sent. 262/2009, p. 1.1., *ritenuto in fatto*, visto il processo in corso a carico del Presidente del Consiglio dei ministri.

¹⁷³ Particolarmente diffusa pareva la critica relativa al fatto che la legge accomunasse fra loro, in una medesima tutela, cariche così diverse. Infatti la “parentela istituzionale” fra le «alte cariche dello Stato» risultava piuttosto artificiosa (cfr. T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato ...*, cit., p. 9; T.F. GIUPPONI, *Il “lodo Alfano” e la riserva costituzionale in materia di immunità*, in www.forumcostituzionale.it; A. PUGIOTTO, *Lecture e riletture della sentenza costituzionale n. 24 del 2004*, cit., p. 781, nt. 29; E. MARZADURI, *Il futuro della norma è già segnato dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Guida al diritto* 2008, n. 32, p. 9; A. PACE, *“Cinque pezzi facili”...*, cit., p. 4; A. ANZON DEMMIG, *Il “lodo Alfano” verso l’approvazione finale: restano forti i dubbi sulla legittimità costituzionale*, cit., p. 2; P. CARNEVALE, *La legge n. 124/2008 e le sue vicende ...*, cit., p. 774 s.; M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, cit., p. 783; 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*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 142; F. BELLAGAMBA, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. I profili procedurali*, cit., p. 1214; M. AINIS, *Come è vecchio il nuovo lodo*, in *La Stampa*, 28 giugno 2008, p. 31; *Intervista a M. Volpi, Resta l’irragionevolezza contestata dalla Consulta*, in *L’Unità*, 11 luglio 2008, p. 4; *Intervista ad A. Baldassarre, La Consulta dirà no all’immunità subito dopo*, in *Il Corriere della sera*, 24 agosto 2008, p. 12; G. FERRARA, *L’immunità diseguale*, in *Il Manifesto*, 28 giugno 2008, p. 1). Sul punto M. CECCHETTI, *Appunti sulle questioni sottoposte alla Corte ...*, cit., p. 89, rilevava come la distinzione fra Presidente del consiglio e ministri, su cui la Corte si è già pronunciata nella sent. 24/2004, costituiva un «“pesantissimo” precedente»; l’unica soluzione poteva essere rilevare le specifiche funzioni che la Costituzione riconosce ed affida ai presidenti delle assemblee rispetto agli altri parlamentari (artt. 62, c. 2; 86, cc. 1 e 2 e 88, c. 1) e al Presidente del Consiglio rispetto ai ministri (art. 95, c. 1); così invero anche M. CECCHETTI, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. I profili costituzionalistici*, cit., p. 1224 e, pare(va), *Intervista a V. Onida, Per l’immunità serve una legge costituzionale*, in *La Stampa*, 29 giugno 2008, p. 3.

Ma sostanzialmente nel senso che la legge accomunasse fra loro, in una medesima tutela, cariche così diverse erano anche la pregiudiziale n. 2 (a firma Soro, Sereni, Bressa, Minniti e al.), presentata alla Camera dei deputati il giorno 9 luglio 2008 e respinta dal plenum (cfr. *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, pregiudiziale di costituzionalità n. 2, Soro et al., Allegato A ai resoconti, seduta del 9 luglio 2008, n. 31, p. 12 s.); cfr. M. CECCHETTI, *Appunti sulle questioni sottoposte alla Corte ...*, cit., *ibidem*.

presidente del consiglio (ma anche dei due rami del Parlamento) dai membri del collegio (Governo, Camera e Senato). Inoltre differenziava tali figure nella responsabilità dai cittadini comuni¹⁷⁴, i quali invece rispondono immediatamente degli atti compiuti e che, anzi, se soggetti passivi del reato nel processo che vedeva coinvolta la «alta carica dello Stato» subivano gli effetti della durata irragionevole del processo penale, in violazione dell'art. 111 Cost., e del diritto alla difesa (art. 24 Cost.). Ma se la legge distingueva irragionevolmente presidenti degli organi dai componenti e le «alte cariche dello Stato» dai comuni cittadini, essa – d'altro lato – cadeva anche nel vizio opposto¹⁷⁵ quando accomunava (altrettanto irragionevolmente) le quattro cariche nel regime dell'istituto della sospensione processuale. Fra esse, infatti, entrando nell'aspetto logico-giuridico, non vi era – al di là del *nomen iuris* di «alte cariche» – quella comune derivazione popolare additata dai fautori della legge 124/2008, cadendo quindi in una contraddizione giuridica e logica. A ciò si aggiungeva, come è già stato sottolineato, la contraddizione (e, quindi, l'incoerenza giuridica) con la Costituzione quando si arrogava, in violazione degli artt. 90 e 96 Cost., la pretesa di trattare meglio, sotto il profilo della responsabilità, i reati extrafunzionali rispetto a quelli funzionali¹⁷⁶; nel primo caso si godeva della sospensione, nel secondo si veniva subito processati. Come a dire che per un abuso d'ufficio si veniva immediatamente processati; invece per un omicidio si godeva della sospensione. Eppure quale fra i due è più grave *quoad poenam*? Ma soprattutto il contrasto era anche nella logica con l'art. 68, cc. 2 e 3, Cost. che prevedono l'arresto immediato senza il consenso della Camera di appartenenza quando si viene colti in flagranza per un delitto che prevede l'arresto obbligatorio¹⁷⁷. Infatti che ragionevolezza aveva (ed ha) permettere la

¹⁷⁴ Così già la pregiudiziale n. 1 a firma Donadi, Di Pietro, Costantini e Palomba, presentata il 9 luglio 2008 e anch'essa respinta dal plenum (cfr. *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, pregiudiziale di costituzionalità n. 1, Donadi et al., Allegato A ai resoconti, seduta del 9 luglio 2008, n. 31, p. 12). Ma, soprattutto, in dottrina: Barbera: «La Consulta dirà di nuovo di no», in *Il Giorno*, 28 giugno 2008, p. 10; nonché E. OLIVITO, *Eguaglianza come parità di trattamento e sospensione dei processi*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 203, che lo sosteneva alla luce del fatto che si trattasse di reati extrafunzionali ed antecedenti al mandato (cioè quando le «alte cariche» erano comuni cittadini). Alle radici di tale ragionamento vi era il riferimento allo «Stato di diritto» effettuato dalla Corte nella sent. 24/2004. Ed invero, in dottrina, si era rilevato che un antecedente di tale aggancio «filosofico» allo Stato di diritto vi era stato nella sent. 379/2006, sui cc.dd. «pianisti», nella quale il giudice delle leggi sottolineava come le deroghe al principio dell'uguale sottoposizione di tutti i cittadini alla giurisdizione potessero giustificarsi esclusivamente sulla base di altri principi costituzionalmente fondati (ad es., in questo caso, l'area di libertà della rappresentanza politica, dovuta alla collocazione del Parlamento nel nostro sistema istituzionale); cfr. G. BRUNELLI, *Un privilegio illegittimo (anche per vizio formale)*, cit., p. 59 s.

¹⁷⁵ ... come si è già accennato, v. *retro* nt. 173.

¹⁷⁶ Così: L. CARLASSARE, *La tutela del sereno svolgimento dell'attività delle alte cariche nello Stato di diritto*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 66; nonché A. PUGIOTTO, *Album e figurine: l'intrinseca irragionevolezza del lodo empiricamente dimostrata*, ivi, p. 221. L'opzione intrapresa dal legislatore sarebbe stata così irragionevole; infatti, sottolineava F. BELLAGAMBA, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. I profili procedurali*, cit., p. 1217, «Se la serenità nell'assolvimento dell'incarico non viene, per dettato costituzionale, compromessa da un processo penale che si proponga di accertare la responsabilità del titolare del *munus publicum* per fatti che siano espressione delle funzioni tipiche, non si vede la ragione per cui dovrebbe, al contrario, subire un pregiudizio, per una disposizione di legge *ordinaria*, nel caso in cui il *thema probandum* concerna reati *extrafunzionali*». Peraltro, la legge sarebbe addirittura stata in contraddizione con la sua stessa *ratio*. Infatti anche un processo civile, volto al risarcimento del danno, e che poteva avere libera celebrazione in base all'art. 1, c. 6, legge 124/2008, poteva compromettere il libero svolgimento delle funzioni (così: T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato ...*, cit., p. 9).

¹⁷⁷ Così invero anche C. MARTINELLI, «Lodo» Alfano: *l'inadeguatezza intrinseca della legge ordinaria e la praticabilità (in astratto) di una revisione costituzionale*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 185; A. PUGIOTTO, *Album e figurine: l'intrinseca irragionevolezza del lodo empiricamente dimostrata*, ivi, p. 224. Occorre rilevare, peraltro, che la stessa relazione al ddl 1442 rilevava come la sospensione si applicasse anche in ipotesi di reati che prevedono l'arresto in flagranza (cfr. DdL. A.S. n. 903, p. 18).

sospensione processuale (per legge ordinaria) quando la stessa Costituzione per tali delitti ritiene preminente l'arresto all'autorizzazione della Camera di appartenenza?

Inoltre, a tacer d'altro, si aggiungeva il fatto che la legge 124/2008 aveva residuali e marginali differenze¹⁷⁸ con l'art. 1, legge 140/2003, annullato dalla Corte costituzionale nella sent. 24/2004, rimanendo invero la sospensione processuale – nonostante il "ritocco" legislativo – generale¹⁷⁹ ed automatica¹⁸⁰, e configurando, di conseguenza, la violazione del giudicato costituzionale ex art. 136 Cost., come rilevato dai giudici *a quibus*.

Tale tesi era stata supportata anche da elementi di autorità quali l'appello di numerosi costituzionalisti che avevano argomentativamente additato l'incostituzionalità della legge. Inoltre si poteva far riferimento anche ai numerosi contributi della dottrina nelle riviste scientifiche e negli scritti giornalistici. Ad essi si poteva aggiungere la stessa sent. 24/2004 della Corte costituzionale, i cui punti salienti, come è stato notato, cioè la violazione degli artt. 3 e 24 Cost., non furono risolti dal legislatore. A ragion veduta essa veniva a configurare, al di là del termine formale di sospensione processuale, e viste le critiche logico-giuridiche sopra additate, una vera e propria immunità, non introducibile con legge ordinaria, bensì con la fonte costituzionale, esistendo una riserva in tal senso¹⁸¹. Vieppiù si era sostenuto da una parte della dottrina – sulla scia di un eloquente insegnamento della giurisprudenza costituzionale – come nemmeno una legge costituzionale potesse toccare i valori supremi dell'ordinamento giuridico¹⁸². La giurisprudenza costituzionale ha insegnato infatti come sarebbero invece i principi fondamentali ad essere "immuni" dalle leggi di revisione costituzionale ed anche dalla normativa europea che può sì prevalere sulla Costituzione, ma non su quei principi che incarnano il carattere democratico del nostro ordinamento ed idonei a rappresentare *sic et simpliciter* la forma repubblicana, garantita dall'art. 139 Cost.¹⁸³. A tal fine non aveva alcun peso la promulgazione (addirittura

¹⁷⁸ Così, perentoriamente, le due pregiudiziali Soro e Donadi citate sopra.

¹⁷⁹ Sulla mancata selezione dei reati operata dalla legge v. le riflessioni critiche di C. MARTINELLI, "Lodo" Alfano: l'inadeguatezza intrinseca della legge ordinaria e la praticabilità (in astratto) di una revisione costituzionale, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 185. Ciò in virtù del fatto che essa si applicava a tutti reati extrafunzionali senza stabilire un discrimine fra gli stessi. Infatti rilevava L. ELIA, *Sul c.d. lodo Alfano*, cit., come l'imputato poteva rinunciare per i reati più lievi alla sospensione, senza alcun filtro di controllo, diversamente all'autorizzazione a procedere che esisteva prima della riforma costituzionale del 1993 che non era rinunciabile poiché posta a tutela della Camera di appartenenza e della funzione parlamentare. Inoltre – quale profilo di irragionevolezza – si era sottolineato che mentre per il reato extrafunzionale vi sarebbe stata sospensione nella prima legislatura e non nella seconda, nel caso di un nuovo reato extrafunzionale (cioè commesso nella prima legislatura) sarebbe intervenuta la sospensione nella seconda legislatura (cfr.: *Intervista a A. Pugiotto, «Il Lodo non prevede bis. Neppure se Berlusconi si fa rieleggere»*, cit.).

¹⁸⁰ Essa infatti non prevedeva alcun filtro. Anzi era la stessa «alta carica» a decidere se rinunciare o meno alla sospensione e, sul punto, T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato ...*, cit., p. 9, sottolineava il paradosso di come si potesse ritenere rinunciabile una garanzia posta a tutela non del titolare *pro tempore* della carica in quanto tale, ma delle attribuzioni dell'organo costituzionale (così invero anche: A. ANZON DEMMIG, *Il "lodo Alfano" verso l'approvazione finale ...*, cit.). Rilevava in particolar modo L. ELIA, *Sul c.d. lodo Alfano*, cit., come tale automaticità *ex lege* della protezione impediva «ogni verifica sul rispetto del principio di proporzionalità».

¹⁸¹ Così almeno, fra i molti, V. GREVI, *Il Rebus del lodo*, in *Il Corriere della sera*, 30 giugno 2008, p. 1; G. NEPPI MODONA, *Almeno sia una legge costituzionale*, in *Il Sole 24 ore*, 1° luglio 2008, p. 16; G. NEPPI MODONA, *Sul «lodo» l'incognita della Consulta*, in *Il Sole 24 ore*, 12 luglio 2008, p. 1; 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*, cit., p. 143. Ma v. *infra* nt. 193; A. PACE, *Lodo Alfano, buona fede, cattivi consigli*, in *Europa*, 30 settembre 2008, p. 1.

¹⁸² Cfr., sul tema, A. PACE, *"Cinque pezzi facili" ...*, cit., p. 2; così pare L. CARLASSARE, *La tutela del sereno svolgimento dell'attività delle alte cariche nello Stato di diritto*, cit., p. 66, quando rilevava come «di fronte a quei valori 'fondamentali' la serenità delle alte cariche recede».

¹⁸³ Invero nelle tre ordinanze di sollevamento della *quaestio legitimatis* alla Corte era stata rilevata anche la violazione dell'art. 138 Cost. (cfr. Tribunale di Milano, sez. I, penale, n. 397/2008, p. 3; Tribunale di Milano, sez. X penale, n. 398/2008, p. 6; Tribunale di Roma, ord. 9/2008, cit., p. 4). Proprio il fatto di aver additato,

motivata¹⁸⁴) del Presidente della Repubblica in quanto essa c'era già stata nel caso del lodo "Maccanico-Schifani" senza implicare (necessariamente) la costituzionalità della disposizione/norma¹⁸⁵. Né si poteva riesumare il "falso precedente" della legge Morlino, già sottoposto a censure in occasione dell'approvazione della legge 140/2003 da autorevolissima dottrina¹⁸⁶.

Infine si poteva richiamare ancora il quadro comparatistico che dimostrava come le ipotesi di sospensione processuale fossero contemplate in pochi paesi (Grecia, Portogallo, Israele e Francia)¹⁸⁷. Peraltro esse hanno come destinatario il solo Capo dello Stato e le disposizioni che regolano tale sospensione si rinvengono nelle Costituzioni e non in leggi ordinarie.

4. La sent. 262/2009 della Corte costituzionale.

La Corte non ha ritenuto, nella nuova legge, superati i dubbi di costituzionalità rilevati dai giudici *a quibus* sul nuovo "lodo". Ed infatti il giudice delle leggi ha puntualmente annullato la l. 124/2008 per contrasto con gli artt. 3 e 138 della Costituzione. Il comunicato

diversamente dall'ordinanza del giudice *a quo* nel 2003, l'art. 138 Cost., portava all'impossibilità (come fu invece nel 2004) di eludere la questione da parte della Corte costituzionale; cfr. A. D'ANDREA, *La Corte chiarirà (salvo ripensamenti) le ragioni dell'incostituzionalità del "lodo Schifani" decidendo sul "lodo Alfano"*, cit., p. 5. In dottrina l'inutilità della legge costituzionale per regolamentare tale materia è stata sottolineata da: L. ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, cit., p. 397; A. PUGIOTTO, *Sull'immunità delle "alte cariche" una sentenza di "mezzi silenzi"*, cit., p. 12; E. MARZADURI, *Il futuro della norma è già segnato dalla giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 9.

¹⁸⁴ Già il comunicato stampa del 2 luglio 2008 era stato definito dalla dottrina «anomalo» (cfr. T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato ...*, cit., p. 7). Peraltro paradossalmente la promulgazione fu motivata, mentre – secondo Costituzione – dovrebbe essere motivato solo il rinvio (cfr. A. PUGIOTTO, *Lecture e riletture ...*, cit., p. 778; ma sostanzialmente V. G. SALERNO, *Una legittima tutela della serenità politica*, cit., p. 12). Il Tribunale di Milano, ord. 397/2008, cit., sottolineava come le note del 2 e del 23 luglio 2008 comportassero «un controllo diverso rispetto a quello demandato al giudice ordinario prima ed alla Corte costituzionale poi»; d'altronde lo stesso Capo dello Stato aveva parlato, nelle due note, di un "primo esame". Per la «irrilevanza rispetto al giudizio di costituzionalità» delle due note del Quirinale v., in dottrina, C. MARTINELLI, *"Lodo" Alfano: l'inadeguatezza intrinseca della legge ordinaria e la praticabilità (in astratto) di una revisione costituzionale*, cit., p. 188; nonché, sostanzialmente simile, *Intervista a V. Onida, Quello scudo fuori dalla Costituzione*, in *L'Espresso*, 1° ottobre 2009, p. 49; G.M. SALERNO, *Sulla previsione di una sospensione processuale il giudizio della Consulta supera le note del Quirinale*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 41, p. 20. Inoltre si era evidenziato, relativamente alle missive del Presidente della Repubblica, come in una situazione istituzionale poco serena il presidente avesse cercato di non inasprire il clima ulteriormente (cfr. *Intervista a L. Carlassare, «Tutela solo il capo: incostituzionale»*, in *Il Manifesto*, 25 settembre 2009, p. 5). D'altro canto è stato più volte sottolineato che le leggi promulgate da un Presidente a volte sono poi state annullate dalla Corte (all'ottobre 2009: 43 leggi promulgate da Pertini; 54 da Cossiga; 26 da Scalfaro e 9 da Ciampi); cfr. *Doppio assedio. Il giorno più lungo di Napolitano*, in *Il Corriere della sera*, 8 ottobre 2009, p. 5.

¹⁸⁵ Lo stesso Quirinale lo confermava *ex post* con un comunicato del 12 ottobre 2009, in risposta ad un articolo del giorno prima del giornalista Vittorio Feltri che parlava di presunti patti fra il Quirinale e Palazzo Chigi. La Corte si sarebbe basata, a detta del Colle, sulla sent. 451/2005 relativamente al caso "Previti". Giustamente G.M. SALERNO, *Sulla previsione di una sospensione processuale il giudizio della Consulta supera le note del Quirinale*, cit., p. 20, sottolineava la «ben diversa ... valutazione che il Capo dello Stato svolge in sede di autorizzazione dei disegni di legge governativi e di promulgazione della legge, rispetto al giudizio di costituzionalità delle leggi che compete in via esclusiva alla Corte costituzionale».

¹⁸⁶ Sul punto sottolineava, già all'indomani della sent. 24/2004, magistralmente L. ELIA, *Ora devono dimostrare rispetto per la Corte*, in *Europa*, 15 gennaio 2004, p. 1, come il contenuto della disposizione della legge 1/1981 avesse a riferimento «una garanzia di tipo funzionale che guardava l'esercizio delle competenze del Consiglio, non già di reati di diritto comune compiuti al di fuori di ogni rapporto con l'attività d'ufficio e verificatisi addirittura prima dell'assunzione della carica».

¹⁸⁷ Per un esauriente quadro comparatistico cfr. L. ELIA, *Impunità all'italiana. L'Europa è lontana*, in *Europa*, 19 giugno 2003, p. 5; S. DONDI, *Il lodo Alfano tra forma di stato e forma di governo (ovvero: «la pelle di zigrino» del regime parlamentare)*, cit., p. 111; G.M. SALERNO, *Dal panorama internazionale assetti differenti ma sempre inseriti nella Carta fondamentale*, cit.; nonché, relativamente al Presidente della Repubblica: C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, cit., p. 206 ss.

emesso dai giudici di Palazzo della Consulta, il giorno 7 ottobre 2009, dopo una lunga camera di consiglio, faceva così propri i profili di incostituzionalità emersi dalla prevalente dottrina giuridica e dalle ordinanze di rimessione milanesi¹⁸⁸.

Il considerato in diritto si apriva con la naturale (vista la giurisprudenza della Corte¹⁸⁹) esclusione del p.m. dalla partecipazione al processo. Infatti non sono stati accolti i rilievi a favore di un mutamento della giurisprudenza costituzionale indicati nelle due memorie depositate a firma del prof. Pace¹⁹⁰. Secondariamente la Corte rilevava che la sospensione processuale si applicasse – *secundum legem* – al (solo) processo e non al procedimento, portando inevitabilmente alla inammissibilità del ricorso del gip romano, vista la mancanza di rilevanza¹⁹¹. Rimanevano così le due ordinanze milanesi su cui si concentrava lo scrutinio di costituzionalità della Corte.

Entrando così nel cuore della decisione. In primo luogo la Corte respingeva l'assunto della violazione dell'art. 136 Cost., e cioè del giudicato costituzionale. Infatti il giudice di Palazzo della Consulta rilevava come i due lodi non fossero tra loro identici; tutto ciò non solo per le modifiche sostanziali contenute nella l. 124/2008 rispetto al testo del 2003, ma

¹⁸⁸ Peraltro anche dopo la sentenza le posizioni non pervenivano ad una sintesi; favorevoli alla posizione espressa nel comunicato della Corte: *Intervista a V. Onida*, «Siamo tornati alla normalità, i processi valgono per tutti», in *Liberazione*, 8 ottobre 2009, p. 2 s.; E. BALBONI, *Una sentenza degna di Elia*, in *Europa*, 9 ottobre 2009, p. 1; M. AINIS, *Lezione alla politica*, in *La Stampa*, 8 ottobre 2009, p. 1; *Intervista a M. Ainis*, «Bocciata la tesi del super premier», in *Il Sole 24 ore*, 8 ottobre 2009, p. 3; *Intervista a A. Barbera*, «Il lodo era rozzo, ma le alte cariche hanno bisogno di immunità», in *Il Riformista*, 8 ottobre 2009, p. 5; sul fatto che la Corte non si era contraddetta rispetto al 2004: *Intervista ad A. Baldassarre*, «Una sentenza in linea con quella del 2004», in *Liberal*, 9 ottobre 2009, p. 5; V. GREVI, *Costituzionalità, il Colle e la scelta del 2004*, in *Il Corriere della sera*, 9 ottobre 2009, p. 6; *Intervista a S. Merlini*, «Il guardasigilli è fuori strada, la giurisprudenza evolve», in *La Repubblica*, 8 ottobre 2009, p. 6; critici invece sul dispositivo: A. CHIAPPETTI, *I vizi rilevati non esistono*, in *Il Tempo*, 8 ottobre 2009, p. 1; *Intervista a A. Marini*, «Bastava una semplice legge», cit., p. 3; *Intervista a R. Vaccarella*, *Vaccarella: ridicolo se la Corte cambia idea rispetto a chi la compone*, in *Il Corriere della sera*, 8 ottobre 2009, p. 11; P. ARMAROLI, *Ecco la mannaia della Corte costituzionale*, cit., p. 8; *Intervista a P.A. Capotosti*, «Sentenza contraddittoria c'è un cambio di passo», in *Il Mattino*, 8 ottobre 2009, p. 2; *Intervista a G. Pecorella*, «Hanno smentito se stessi, decisione incomprensibile», in *Il Giornale*, 8 ottobre 2009, p. 3; *Intervista a G. Pecorella*, «Ora la Consulta è in difficoltà con il Presidente della Repubblica», in *Il Tempo*, 8 ottobre 2009, p. 5; C. CHIOLA, *Lamentatio sulla pietra tombale del Lodo Alfano*, in www.forumcostituzionale.it. Per un commento alla sent. 262/2009 v.: A. PACE, [Le ragioni della Corte costituzionale](#), nella Rivista telematica [eius](#); P. CARNEVALE, «A futura memoria»: dalla Corte segnali «per il dopo», in *Studi e commenti*, www.giurcost.org; R. BIN, *Le molte implicazioni della "sentenza Alfano"*, in *Dir. pen. e proc.*, in corso di stampa; T.F. GIUPPONI, *Il "lodo Alfano" alla Consulta: le ragioni di una scelta*, in www.astrid-online.it; S. CECANTI, *La sentenza n. 262/2009 sul Lodo Alfano*, ivi, 2009, n. 19; S. PANIZZA, *Oltre il "lodo" v'è di più*, in www.nelmerito.com, 6 novembre 2009.

¹⁸⁹ Cfr. decc. nn. 327/1995, 375/1996 e 361/1998.

¹⁹⁰ Per una riflessione relativa al possibile mutamento della giurisprudenza costituzionale sulla costituzione del pm, v.: S. LEONE, *Sulla costituzione del pubblico ministero nel giudizio davanti alla corte*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 165 ss.; N. ZANON, *Il lodo Alfano: le eredità del passato ed i difficili equilibri tra potere politico e potere giudiziario*, ivi, p. 313 ss.; nonché, più datati nel tempo, N. ZANON, *L'impossibile costituzione del pubblico ministero nel giudizio incidentale*, in *Giur. cost.* 1995, p. 2504 ss.; N. ZANON, *Il pubblico ministero nel processo costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 328. Per il processo costituzionale v.: *Memoria di costituzione di M. Minale, F. De Pasquale*, rappresentati dal prof. Avv. A. Pace, nn. 397/2008 e 398/2008, in www.unife.it/amicuscuriae. *Contra* sul punto la *Memoria illustrativa*, a firma degli avv. Niccolò Ghedini e Piero Longo, che rilevavano come il riferimento alle «posizioni soggettive», contenuto nella sent. 163/2005 della Corte costituzionale, appalesasse di per sé «come ad esse sia comunque estraneo l'ufficio del pubblico ministero, il quale ai sensi dell'ordinamento giudiziario (art. 73 R.D. 30 gennaio 1941), non rappresenta mai, per definizione, una posizione soggettiva, intendendosi con questa espressione, un interesse che non sia quello – detto in suprema sintesi – della conformità alla legge». La memoria proseguiva, fra le varie esemplificazioni a sostegno della tesi sostenuta, col riferimento all'art. 358 c.p.p. che vede il pm assumere un ruolo peculiare nel processo penale, appurato che egli svolge accertamenti su fatti e circostanze anche a favore della persona sottoposta ad indagini (cfr. *Memoria illustrativa sulla pretesa legittimazione dell'ufficio del pubblico ministero a costituirsi nel processo costituzionale relativo alla legge 124/2008*, p. 2 ss.).

¹⁹¹ Cfr. Corte costituzionale, sent. 262/2009, p. 3 *cons. in dir.*; ma v. *retro* Parte I, § 1, nt. 68 spec.

anche perché tale valutazione era confortata – *expressis verbis* – dalle due note del Presidente della Repubblica, le quali avevano sostenuto – com'è oramai noto – che il lodo “Alfano” avesse recepito i profili identificati dalla sent. 24/2004¹⁹². Più pregnante, e per certi aspetti preminente, si dimostrava invece il tema della violazione dell'art. 138 Cost., cioè l'uso dello strumento della legge ordinaria in luogo di quella costituzionale¹⁹³. In effetti, anche a prescindere dal fatto che la Corte costituzionale non avesse censurato lo strumento formale nella sent. 24/2004, è stato sottolineato che la legge in questione toccasse valori costituzionali e, quindi, zone non lasciate alla “discrezionalità” del legislatore ordinario¹⁹⁴. A conti fatti il giudice costituzionale non sfuggiva al problema, ma anzi rilevava che il “silenzio” del 2004 non dovesse essere inteso – com'invece è stato da parte del legislatore – quale possibilità di disporre della materia con una legge comune. Né era additabile che tale questione costituisse «un punto logicamente e giuridicamente pregiudiziale della decisione» ovvero che tale sentenza contenesse un giudicato implicito sul tema¹⁹⁵. Il punto centrale è questo: il tema delle prerogative ha copertura costituzionale

¹⁹² Cfr. Corte costituzionale, sent. 262/2009, p. 5 *cons. in dir.* Nelle parole della Corte per avere violazione del giudicato costituzionale «è necessario che una norma ripristini o preservi l'efficacia di una norma già dichiarata incostituzionale» (cfr. Corte cost., *ex pl.*, sentt. 922/1988 e 78/1992).

¹⁹³ Per la legge costituzionale si erano espressi: I. NICOTRA – G. GALIPÒ, *I poteri in equilibrio. Libertà d'esercizio delle funzioni tra inviolabilità e giurisdizione*, in www.federalismi.it, p. 4 (e nota 11 bibliografia); L. ELIA, *Sul c.d. lodo Alfano*, cit.; T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato ...*, cit., p. 10; G. FERRI, *La sospensione dei processi riguardanti le alte cariche dello Stato nella l.n. 124 del 2008*, cit., p. 57; M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio di riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, cit., p. 786; P. COSTANZO, *Circuito della politica e circuito del diritto: quale equilibrio nel moderno Stato costituzionale? ...*, cit., p. 792; G. ZAGREBELSKY – V. ONDA, *“In difesa della costituzione”*, cit.; G. NEPPI MODONA, *Sul «lodo» l'incognita (della Consulta)*, cit., p. 1; A. ANZON DEMMIG, *Il “lodo Alfano” verso l'approvazione finale ...*, cit., p. 4; A. MANZELLA, *Il blocca-processi e la Costituzione*, cit.; T.F. GIUPPONI, *Il “lodo Alfano” e la riserva costituzionale in materia di immunità*, cit.; T.F. GIUPPONI, *Immuni per legge. La tutela delle alte cariche dello Stato*, in *Il Mulino*, 2008, n. 6, p. 1018; E. MARZADURI, *Il futuro della norma è già segnato dalla giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 9; A. PUGIOTTO, *Lecture e riletture ...*, cit., p. 778; V. GREVI, *Il Rebus del lodo*, cit., p. 1; G. NEPPI MODONA, *Almeno sia una legge costituzionale*, cit., p. 16; G.U. RESCIGNO, *Ci voleva una legge costituzionale!*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 231 ss.; 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*, cit., p. 143; V. GREVI, *L'abito «ordinario» del Lodo Alfano all'appuntamento della Consulta*, in *Il Corriere della sera*, 4 ottobre 2009, p. 14. *Contra* G. SALERNO, *Una legittima tutela della serenità politica*, cit., p. 13; A. MARINI, *Intervista*, in GR Parlamento, 12 luglio 2008, ore 9:30; P.A. CAPOTOSTI, *Quirinale ineccepibile, la legge ordinaria va bene*, in *Il Messaggero*, 10 luglio 2008, p. 5; Avvocatura dello Stato, *Memoria*, cit., p. 7; dopo la sentenza criticamente: P. ARMAROLI, *La Consulta dà i numeri 3 e 138, ma dimentica quello giusto: 51*, in *Il Giornale*, 9 ottobre 2009; P. ARMAROLI, *Ecco la mannaia della Corte costituzionale*, in *Il Tempo*, 8 ottobre 2009, p. 8; A. CHIAPPETTI, *I vizi rilevati non esistono*, cit., p. 1; *Intervista a A. Marini, «Bastava una semplice legge»*, in *Il Sole 24 ore*, 8 ottobre 2009, p. 3; *Intervista a P.A. Capotosti, «Sentenza contraddittoria, c'è un cambio di passo»*, in *Il Mattino*, 8 ottobre 2009, p. 2.

Inevitabilmente propendevano per la necessità della legge costituzionale anche le tre ordinanze di sollevamento (Trib. di Milano, ord. n. 397/2008, cit., p. 2 s.; Trib. di Milano, ord. n. 398/2008, cit., p. 6; Trib. di Roma, ord. n. 9/2008, p. 4). E, proprio la chiarezza con cui il profilo è stato posto dai giudici *a quibus* nelle ordinanze di sollevamento, portava a considerare tale questione un *præius* logico e giuridico nella decisione della Corte, tale per cui – in caso di elusione nel nuovo giudizio costituzionale – si sarebbe dovuto parlare a rigore di *assorbimento improprio* (cfr. C. MAINARDIS, *Violazione dell'art. 138 Cost., “assorbimento improprio” delle censure di incostituzionalità e giudizio in via incidentale*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 181).

¹⁹⁴ ... come invece pare negli Stati Uniti, dove, nella decisione *Clinton v. Jones*, il giudice di Washington aveva rilevato lo spazio per la legislazione ordinaria in materia («... oggi non esistono barriere ad una risposta legislativa a questi problemi» (cfr. *Corte suprema*, sent. n. 95-1853. *William Jefferson Clinton v. Paula Corbin Jones*, in *Giur. cost.*, p. 2595, trad. di F. Salmoni).

¹⁹⁵ Corte costituzionale, sent. 262/2009, p. 7.2 *cons. in dir.* Ed invero – rilevava il giudice delle leggi – che, in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità, rientra(va) nei poteri della Corte stessa stabilire – anche per economia di giudizio – l'ordine con cui affrontarle nella sentenza e dichiarare assorbite le altre (cfr. sentt. 34/1961 e 464/1992); *contra* A. MORRONE, *La Corte costituzionale sul “lodo Alfano”: una risposta tardiva?*, in www.forumcostituzionale.it, p. 2, che parlava di

e, di conseguenza, l'unico ruolo lasciato al legislatore ordinario è solo quello di attuazione delle stesse¹⁹⁶.

Da ciò le conseguenze. Innanzitutto il fatto che l'art. 96 Cost., secondo la lettura della Corte, equipara – e non distingue – il presidente del consiglio e i ministri nella responsabilità giuridica (funzionale), assoggettandoli alle medesime conseguenze¹⁹⁷. D'altro canto si sa come, anche politicamente, per prassi costituzionale, salvo rare eccezioni (si pensi al c.d. «caso Mancuso») la responsabilità, anche politica, del governo è collegiale. Se poi si guarda alla sez. I, Tit. III, Parte II della Costituzione, si nota come praticamente tutti gli articoli in essa contenuti accomunino Presidente del consiglio e ministri, riducendo il primo ad un mero *primus inter pares* (non accogliendo invece la tesi del *super pares*, postulata sul riferimento alla legge elettorale) e dimostrando come purtroppo non vi fosse un appiglio positivo per separare queste figure istituzionali con un simile *favor* nella sorte processuale. Né la Costituzione autorizza ad una separazione nella responsabilità extrafunzionale fra presidenti delle camere e parlamentari; anzi l'art. 68 Cost. li accomuna senz'altro¹⁹⁸. E, quindi, il quesito che è emerso è stato: qual è la ragionevolezza per cui il Presidente della Camera ovvero del Senato dovessero godere della sospensione processuale ed i parlamentari no, violando la loro *par condicio*? Non esercitano quest'ultimi, per dizione costituzionale, una funzione di pari grado? E peraltro logicamente forte era un ulteriore argomento emerso dalla lettura "neoantagonista": se la Costituzione prevede l'arresto per il parlamentare colto nel commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza senza l'autorizzazione della Camera, dimostrando – fra i due interessi in gioco – la preminenza della persecuzione del reato, e sacrificando quindi l'autonomia delle Camere di vagliare l'eventuale *fumus persecutionis*, come si può permettere che una legge ordinaria – in deroga (*rectius*: contrasto) con l'art.

«inversione logica e giuridica dell'ordine dei parametri». Peraltro, concludeva la Corte, la mancata trattazione del punto consentiva al rimettente la proposizione di una questione analoga a quella già sollevata nel giudizio di cui alla sent. 24/2004.

¹⁹⁶ Corte costituzionale, sent. 262/2009, p. 7.3.1. Sul punto E. MARZADURI, *Solo con il ricorso alla legge costituzionale si può fare uno «scudo» alle Alte cariche*, in *Guida al diritto* 2009, n. 41, p. 14, sottolineava come la Corte, con tale decisione, avesse abbandonato la prospettiva minimalista ed avesse così riconosciuto che la disciplina censurata assumeva i connotati di una vera e propria immunità (*ibid.*, p. 15). Ed invero la sent. 148/1983 confermava che il legislatore ordinario non ha competenza in materia di immunità, perché queste «abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali» (*ibid.*, p. 7.3.1).

¹⁹⁷ Così invero in dottrina: T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato ...*, cit., p. 9; T.F. GIUPPONI, *Il "lodo Alfano" e la riserva costituzionale in materia di immunità*, cit., p. 1; A. PACE, *"Cinque pezzi facili" ...*, cit., p. 4; A. ANZON DEMMIG, *Il "lodo Alfano" verso l'approvazione finale ...*, cit., p. 2; A. PUGIOTTO, *Lecture e riletture ...*, cit., p. 778; E. MARZADURI, *Il futuro della norma è già segnato dalla giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 9.

¹⁹⁸ Sul tema la Corte (p. 7.3.2.3.1) sottolineava come le pur significative differenze sul piano strutturale e formale tra presidente e i suoi membri «non sono tali da alterare il complessivo disegno del Costituente, che è quello di attribuire, rispettivamente, alle Camere e al Governo, e non ai loro Presidenti, la funzione legislativa (art. 70 Cost.) e la funzione di indirizzo politico ed amministrativo (art. 95 Cost.)». Infatti per i reati ministeriali il Presidente del Consiglio e i ministri sono sullo stesso piano (art. 96 Cost. e l. cost. 1/1989). Così in dottrina: T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato ...*, cit., p. 9; T.F. GIUPPONI, *Il "lodo Alfano" e la riserva costituzionale in materia di immunità*, cit., p. 1; A. PACE, *"Cinque pezzi facili" ...*, cit., p. 4; A. ANZON DEMMIG, *Il "lodo Alfano" verso l'approvazione finale ...*, cit., p. 2; A. PUGIOTTO, *Lecture e riletture ...*, cit., p. 779. Non si potrebbe nemmeno intraprendere la via dell'allargamento di tale "scudo" a tutti i parlamentari in quanto porterebbe al paradosso, efficacemente sottolineato in dottrina, che i senatori a vita godrebbero di una «moratoria *sine die* e, quindi, ... un'esonazione *definitiva* dalla giurisdizione e, di risulta, dalla *pena*» (F. BELLAGAMBA, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità. I profili penalistici*, cit., p. 1214; per un allargamento del lodo v. invece l'opinione del politologo Giovanni Sartori: «*Il lodo Alfano? L'immunità valga per tutti*», in *Il Giornale*, 1° luglio 2008, p. 6). In particolare A. PUGIOTTO, *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, cit., p. 1813, rilevava che – seguendo la (criticata) *ratio* (dell'allora lodo "Meccanico-Schifani") – si doveva estenderlo anche ai parlamentari (compresi quelli europei), ai sindaci, ai presidenti di provincia e di regione, in quanto tutti eletti direttamente dal popolo.

68 Cost.¹⁹⁹ – sospenda (procrastinando) il (relativo) processo? E se l’obbiettivo è di tutelare la “serenità nell’esercizio della funzione” (parlamentare in questo caso), perché solo per il presidente e non per i parlamentari? Infatti se la Costituzione pone come preminente l’arresto (e, quindi, la persecuzione del reato) come può una legge ordinaria fermare un processo per (magari) cinque anni addirittura senza nemmeno un filtro, ma prevedendo una presunzione (relativa) di legittimo impedimento, superabile solo su volontà dell’imputato stesso? Si sa infatti che le prerogative costituzionali attengono alla tutela di pubbliche funzioni²⁰⁰. Questo il ragionamento “filosofico” del giudice delle leggi.

Ma il discorso veniva letto dalla Corte anche dal punto di vista della violazione del principio di eguaglianza. Infatti, la legge 124/2008 accomunava sotto la nomenclatura di «alte cariche» figure istituzionali molto diverse²⁰¹, non aventi dall’ottica del giudice costituzionale – come sosteneva invece la relazione al ddl – una comune matrice di

¹⁹⁹ Il contrasto con l’art. 68 Cost. era sottolineato da: M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, cit., p. 786; I. NICOTRA – G. GALIPÒ, *I poteri in equilibrio. Libertà d’esercizio delle funzioni tra inviolabilità e giurisdizione*, cit., p. 6; A. PUGIOTTO, *Album e figurine: l’intrinseca irragionevolezza del lodo empiricamente dimostrata*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 221 ss.; P. VERONESI, *Il paradigma del “lodo Alfano” nel divenire della democrazia italiana*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, in corso di stampa, Napoli, Jovene, 2009, p. 3 datt. Il parametro non era invece stato (inspiegabilmente) rilevato nelle tre ordinanze di sollevamento dei giudici milanesi e romano.

²⁰⁰ P. CARNEVALE, *La legge n. 124/2008 e le sue vicende ...*, cit., p. 775; A. ANZON DEMMIG, *Il “lodo Alfano” verso l’approvazione finale ...*, cit., p. 4; P. COSTANZO, *Circuito della politica e circuito del diritto: quale equilibrio nel moderno Stato costituzionale? ...*, cit., p. 789; T.F. GIUPPONI, *Il “lodo Alfano” e la riserva costituzionale in materia di immunità*, cit., p. 1; T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato ...*, cit., p. 10; sul fatto che la disposizione in questione prevedesse un’immunità (in questo caso *extra* e *pre-funzionale*, a natura meramente processuale), cfr. F. BELLAGAMBA, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. I profili procedurali*, cit., p. 1215. Ma sul punto v. anche le pregiudiziali di costituzionalità n. 1 e 2 sollevate nella seduta del 9 luglio 2008, cit.

Sul punto 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*, cit., p. 143, dopo aver sottolineato che la legge in pratica configurasse un’immunità più che una mera sospensione, rilevava come in tale ambito al legislatore ordinario – come ha più volte precisato la Corte costituzionale (cfr. *ex pl.* sentt. nn. 300/84; 120/2004 e 149/2007; *contra* sull’interpretazione in tal senso delle sentenze citate: M. CECCHETTI, *La sospensione dei processi penali nel quadro delle immunità politiche. I profili costituzionalistici*, cit., p. 1223) – spettasse una mera funzione di attuazione, anche sul piano procedimentale, del dettato costituzionale, escludendo quindi ogni forma di eventuale integrazione o estensione dello stesso; cfr. anche, similmente, T.F. GIUPPONI, *Il “lodo Alfano” e la riserva costituzionale in materia di immunità*, cit., p. 3 ss.; T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica*, cit., p. 131 ss.; A. ANZON, *Il “lodo Alfano” verso l’approvazione finale: restano forti i dubbi sulla sua legittimità costituzionale*, cit., p. 3 ss.; V. ONIDA, *Lodo Alfano, uno scudo in deroga*, in *Il Sole 24 ore*, 26 luglio 2008, p. 12; A. PUGIOTTO, *Sull’immunità alle “alte cariche”*, cit., p. 13; V. GREVI, *Il Rebus del lodo*, cit., p. 1; nonché C. MARTINELLI, *“Lodo” Alfano: l’inadeguatezza intrinseca della legge ordinaria e la praticabilità (in astratto) di una revisione costituzionale*, cit., p. 187 s., che rilevava come l’utilizzo di uno strumento giuridico che non fosse la legge costituzionale rischiava inevitabilmente «di collidere con il complesso statuto immunitario già presente nell’impianto della nostra legge fondamentale».

²⁰¹ G. FERRI, *La sospensione dei processi riguardanti le alte cariche dello Stato nella l.n. 124 del 2008*, cit., p. 53, rilevava come l’inserimento nel novero delle suddette cariche dei Presidenti delle Camere non apparisse irragionevole, trattandosi di organi che non si limitano a presiedere i collegi di cui sono membri, ma sono titolari di rilevanti funzioni costituzionali. Invero però, dal punto di vista della responsabilità, essi sono accomunati ai membri dei collegi (come rilevava anche l’Autore stesso, *ibidem*); così anche: M. AINIS, *Intervista*, in *Il Manifesto*, 31 luglio 2008; A. CORASANITI, *Intervista*, in *Il Messaggero*, 31 luglio 2008; A. BALDASSARRE, *Intervista*, in *Il Corriere della sera*, 24 agosto 2008; E. MARZADURI, *Il futuro della norma è già segnato dalla giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 9; T.F. GIUPPONI, *Il “lodo Alfano” e la riserva costituzionale in materia di immunità*, cit., p. 1; 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*, cit., p. 142; M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, cit., p. 783 s.; P. COSTANZO, *Circuito della politica e circuito del diritto: quale equilibrio nel moderno Stato costituzionale? ...*, cit., p. 792; P. CARNEVALE, *La legge n. 124/2008 e le sue vicende ...*, cit., p. 775.

derivazione popolare. In effetti al di là del dato letterale di essere tutti «presidenti», la loro funzione non potrebbe essere – com'è logico – più diversa l'uno dall'altro²⁰². E non si poteva – secondo l'impostazione della Corte – dire nemmeno che la scelta arbitraria del legislatore non fosse sindacabile perché la Costituzione è silente sul tema, visto che la sospensione processuale che caratterizzava tali soggetti istituzionali incideva su alcuni diritti fondamentali dell'individuo e su valori apicali dell'ordinamento giuridico costituzionalmente protetti (eguaglianza di fronte alla legge, esercizio dell'azione penale ...) i quali non potevano (e non possono) essere sacrificati e men che meno – come si è capito – con una legge ordinaria²⁰³. Né si poteva invero ragionare, *a contrario*, dalla presunzione di innocenza dell'art. 27, c. 2, Cost. che vedrebbe l'«alta carica» innocente fino a sentenza passata in giudicato, associata alla necessità del “sereno svolgimento delle funzioni”. Infatti – a maggior ragione – essa dovrebbe valere, stante il suo carattere *erga omnes*, anche per altre cariche istituzionali (ministri, parlamentari). E, soprattutto, data la soddisfazione dell'esigenza difensiva, additata dalla difesa dell'imputato, e vista «la generalità di tale diritto ... avrebbe dovuto applicarsi a tutti gli imputati che, in ragione della propria attività, abbiano difficoltà a partecipare al processo penale»²⁰⁴. Si era sostenuto inoltre che le cariche avrebbero legittimazione popolare (diretta o indiretta) e che la magistratura non potrebbe “condizionare” il lavoro di chi è espressione della volontà del popolo. Ma, anche a concedere che le cariche fossero di diretta o indiretta derivazione popolare, si sa che la sovranità non è senza limiti, esercitandosi – come prescrive l'art. 1, c. 2, Cost. – «nelle forme e nei limiti della Costituzione» ed è noto che – salvo l'uso dell'art. 138 Cost. e dove possibile (cfr. Corte costituzionale, sentt. 1146/88 e 366/91)²⁰⁵ – il giudizio popolare non può essere legittimante, pur garantendo un “interesse apprezzabile” come il “sereno svolgimento delle funzioni”²⁰⁶, di un potere che travalica i principi fondamentali costituzionali²⁰⁷, come una sorte di giudizio universale. Se così fosse si approderebbe ad una inammissibile e inaccettabile (oltre che pericolosa, come la storia conferma) prevalenza della *vox populi* sulla *vox Constitutionis* o, per dirla alla

²⁰² Infatti, sottolineava P. CARNEVALE, *La legge n. 124/2008 e le sue vicende ...*, cit., p. 775, come il Presidente della Repubblica paia più vicino al Presidente della Corte costituzionale (escluso nella legge 124/2008, rispetto alla legge 140/2003), i presidenti delle Assemblee più vicini alla tradizione britannica che non a quella statunitense. Per la Corte la disomogeneità era sia nelle «fonti di investitura» che nella «natura delle funzioni» (Corte costituzionale, sent. 262/2009, p. 7.3.2.3.2).

²⁰³ Peraltro avallare un silenzio voleva dire lasciare discrezionalità al legislatore ordinario: il che diviene pericoloso poiché avrebbe permesso ad una maggioranza di governo, in un futuro più o meno prossimo, di allargare alla luce della *ratio* postulata la lista dei “papabili”.

²⁰⁴ Tale presunzione *de iuris et de iure* si rivelava – alla luce del giudice costituzionale – «irragionevole e sproporzionata», «incoerente rispetto a entrambe le *rationes* ipotizzate». E, sul punto, la Corte richiamava una chiara giurisprudenza costituzionale: sentt. 225/2001, 391/2004 e 451/2005 (cfr. Corte cost., sent. 262/2009, p. 7.3.2.1).

²⁰⁵ In particolare A. RUGGERI, *Il “lodo” irragionevole*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il lodo ritrovato*, cit., p. 236 (e nt. 21), ricordava al riguardo l'indisponibilità del “nucleo duro” perfino alla revisione costituzionale; infatti, ove è possibile procedere relativamente allo status degli organi costituzionali, la Costituzione richiede la «*previa ed esclusiva* definizione in Costituzione, salvo il caso che quest'ultima l'abbia *espressamente* demandata ad altra fonte» (corsivi testuali).

²⁰⁶ Sul punto P. VERONESI, *Il paradigma del “lodo Alfano” nel divenire della democrazia italiana*, cit., p. 2 datt., sottolineava come la «garanzia del sereno svolgimento delle funzioni costituisce, se non circoscritta, un'esigenza alquanto vaga ed esperibile ben oltre il novero dei soli titolari di cariche istituzionali».

²⁰⁷ Rifacendosi all'insegnamento di Carlo Esposito, A. PACE, *Immunità politiche e principi costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2003, n. 2, p. 394, sottolineava – fra i primi – la violazione dell'art. 3 Cost., già da parte del Lodo “Maccanico-Schifani”. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo aveva in numerose occasioni rilevato il fatto che l'immunità, vista l'incidenza sui diritti fondamentali, dovesse avere un'applicazione strettamente collegata alla funzione parlamentare (v. in particolare *Cordova c. Italia*, 30 gennaio 2003; *De Jorio c. Italia*, 3 giugno 2004; *Jelo c. Italia*, 6 dicembre 2005; *Patrono, Cascini, Stefanelli c. Italia*, 20 aprile 2006).

Calamandrei, sulla *viva vox Constitutionis*, alla cui espressione, peraltro, non è estraneo – secondo Costituzione – chi abita il Colle del Quirinale²⁰⁸ (cioè una delle «alte cariche»)²⁰⁹.

In ultima analisi, quindi, non si rivelavano sufficienti gli accorgimenti apprestati da un generoso legislatore nel tentativo di venire incontro ai (pochi) *dicta* (e ai molti silenzi) della sent. 24/2004. Non è stato ritenuto sufficiente quindi il c. 3 dell'art. 1, legge 124/2008, che garantiva l'assunzione delle prove non rinviabili, visto che esso atteneva alla formazione del quadro probatorio e non toccava la procedibilità penale che rimaneva ibernata. Né il c. 2 che prevedeva la rinuncia alla sospensione, visto che riduceva quello che per Costituzione è un «obbligo», cioè l'esercizio dell'azione penale, a quella che nella teoria generale del diritto viene chiamata «soggezione», in cui sarebbe venuto a trovarsi l'ordinamento giuridico a seconda del fatto che il titolare dell'«alta carica» si fosse avvalso o meno del diritto potestativo di sospensione²¹⁰. In questo caso l'«alta carica» avrebbe deciso a quali processi sottoporsi durante il mandato e a quali no. Quindi, se era vero che la sospensione non era più automatica *ope legis*, era invece addirittura lasciata nelle mani dello stesso imputato che poteva arbitrariamente decidere se e come avvalersene nel corso del mandato, senza alcun filtro di controllo. Censurata era anche la legge nella parte in cui non distingueva i tipi di reati extrafunzionali, trattando in modo uguale reati «minori» e reati più gravi *quoad poenam*²¹¹.

In ultima analisi, dall'occhio della Corte non si poteva nemmeno sostenere che – in deroga all'art. 75, c. 3, c.p.p. – fosse permessa l'azione in sede civile, visto che, com'era stato puntualmente rilevato in dottrina²¹², anche il processo civile poteva compromettere il libero svolgimento delle funzioni e, quindi, dimostrando anche l'incoerenza delle disposizioni della legge con la sua stessa *ratio*. Vieppiù è stato sottolineato altresì che l'assunzione delle prove non rinviabili (art. 1, c. 3, l. 124/2008) potesse compromettere la possibilità di tutelare la serenità dell'adempimento delle funzioni ancor di più di una vicenda processuale in corso²¹³. A concludere nemmeno l'art. 1, c. 5, l. 124/2008 che limitava la durata della sospensione sommariamente ad un mandato poteva dirsi esaustivo, visto che anche un tale periodo – come peraltro rilevato altresì oltreoceano²¹⁴ –

²⁰⁸ Aspetto quest'ultimo sottolineato anche, a suo tempo, dalla Corte d'appello di Roma, sent. 16 marzo 1998, *Cossiga c. Flamigni*, in *Foro it.*, 1998, p. 2991, che evidenziava il ruolo del Capo dello Stato nella protezione dei «valori costituzionali di cui è senz'altro uno dei maggiori esponenti quale *viva vox constitutionis*».

²⁰⁹ Peraltro, occorre sottolineare, che egli esercita, in sede di promulgazione, un controllo sulle leggi (almeno) di legittimità e per il quale, si badi, ha un mese di tempo, non essendoci nessuna fretta di promulgare subito una legge (... nemmeno quelle che gli garantiscono la sospensione processuale).

²¹⁰ Concordava sul fatto che per la «alta carica dello Stato» si trattava di una «potestà»: Tribunale di Milano, X sez. pen., cit., p. 11.

²¹¹ Cfr. sul punto: Corte costituzionale, sent. 262/2009, p. 7.3.2.3.1 *cons. in dir.* e, *ex ante*, in dottrina, L. ELIA, *Sul c.d. lodo Alfano*, cit.; E. GROSSO, *Considerazioni sparse in tema di lodi ritrovati e questioni di costituzionalità mai perdute. A proposito di alcuni dicta, non dicta e obiter dicta contenuti nella sentenza n. 24/2004*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Il lodo ritrovato*, cit., p. 159.

²¹² T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato ...*, cit., p. 9; P. CARNEVALE, *La legge n. 124/2008 e le sue vicende ...*, cit., p. 776 (che citava al riguardo il lavoro di Giupponi); sul punto v. inoltre i rilievi di F. PALUMBO, *I rapporti tra azione civile e azione penale ex art. 75 c.p.p. alla luce del c.d. "lodo Alfano": profili di incostituzionalità*, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2009, n. 2, p. 243 ss.

²¹³ Così letteralmente E. MARZADURI, *Il futuro della norma è già segnato dalla giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 9.

²¹⁴ Cfr. *Corte suprema*, sent. n. 95-1853. *William Jefferson Clinton v. Paula Corbin Jones*, cit., p. 2593, in cui si rilevava: «Una sospensione così lunga e categorica non tiene conto in alcun modo dell'interesse della resistente di portare il caso in giudizio».

è in grado di ledere la ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.)²¹⁵ e dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.)²¹⁶.

Giunti all'epilogo, non resta che sottolineare che la pronuncia del giudice delle leggi rispecchiava la posizione della prevalente dottrina che aveva commentato il lodo "Alfano"; e, infatti, indizi – gravi, precisi e concordanti – facevano pensare che difficilmente la Corte si sarebbe distaccata da quanto detto nella sent. 24/2004²¹⁷. Come è stato giustamente rilevato²¹⁸, alla fine l'unico verdetto spettava alla Corte costituzionale; al legislatore invece il (non necessario) seguito, come detto nella introduzione al presente lavoro, almeno con legge costituzionale.

5. L'idea del lodo "costituzionale". Spunti per una prima riflessione.

Si sa che il "seguito" da apprestare alla sent. 262/2009 non è di semplice fattura²¹⁹. Ciò è invero dimostrato dalle diverse posizioni assunte dalla dottrina già nel corso della fitta discussione sulla costituzionalità o meno del lodo "Alfano" che, al tempo, era *sub iudice* di fronte alla Corte costituzionale.

²¹⁵ Così: P. CARNEVALE, *La legge n. 124/2008 e le sue vicende ...*, cit., p. 776; A. PUGIOTTO, *Letture e riletture ...*, cit., p. 779; M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, cit., p. 787, il quale opportunamente commentava: «l'unico modo per rimuovere l'onta, se innocente, e per consentire il recupero della serenità perduta, dovrebbe essere quello della definizione del processo in un tempo che sia "ragionevole", come richiesto dall'art. 111, 2° comma, Cost.». Per la violazione dell'art. 111, Cost., v. A. D'ANDREA, *La Corte chiarirà (salvo ripensamenti) le ragioni dell'incostituzionalità del "lodo Schifani" decidendo sul "lodo Alfano"*, cit., p. 3.

²¹⁶ A. PACE, *"Cinque pezzi facili" ...*, cit., p. 4. Rimanevano invero in sospenso tali punti sollevati dai giudici *a quibus* che non furono scrutinati dal giudice delle leggi nella sent. 262/2009, in quanto implicitamente assorbiti. Infatti i giudici *a quibus* ritenevano che sospendere il processo voleva dire inibire l'esercizio dell'azione penale, violando l'art. 112 Cost., il quale lo prevede come obbligo, e dimostrando che il Costituente riteneva fondamentale la garanzia della legalità. A dimostrazione di tale assunto si poteva addurre il fatto che, ove esistono nella legislazione processuale delle sospensioni processuali, esse attengono ad aspetti e vicende endoprocessuali. Sul punto invero efficacemente sottolineava D. NEGRI, *Presunzione di legittimo impedimento e ragionevole durata del processo*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Il lodo ritrovato*, cit., p. 198, come l'obbligatorietà dell'azione penale non rileva «oltre il momento iniziale dell'impulso dato dal pubblico ministero» (sent. n. 460/1995), «sicché resterebbero estranee al vincolo le ipotesi di blocco della successiva fase *stricto sensu* processuale, quand'anche l'interesse esterno e alternativo al perseguimento del reato, invocato a sostegno della dilazione, non avesse piena caratura costituzionale ma fosse — com'è il nostro caso — soltanto "apprezzabile"». Il fatto quindi che la Corte avesse additato l'interpretazione restrittiva del termine *processo* nella sent. 262/2009, avrebbe, di conseguenza, inibito l'idea della violazione dell'art. 112 Cost., sbarrato dalla sent. *tranchant* del 1995.

²¹⁷ Rilevava sul punto G. SALERNO, *Una legittima tutela della serenità politica*, cit., 11, prima della sent. 262/2009, come «assai difficilmente il giudice costituzionale potrebbe distanziarsi in misura significativa da quanto già precisato con dovizia di argomenti nella sentenza n. 24 del 2004» (così invero anche: A. D'ANDREA, *La Corte chiarirà (salvo ripensamenti) le ragioni dell'incostituzionalità del "lodo Schifani" decidendo sul "lodo Alfano"*, cit., p. 2; F. MODUGNO, *Introduzione a La legge Alfano sotto la lente del costituzionalista*, in *Giur. it.*, 2009, n. 3, pp. 767 e 773). Non è peraltro mancato chi ha sottolineato come la decisione 262/2009, pur collegata alla sent. 24/2004, portasse ad un parziale *overruling* rispetto al precedente sul lodo "Maccanico-Schifani" (cfr. A. MORRONE, *La Corte costituzionale sul "lodo Alfano": una risposta tardiva?*, cit., p. 2).

²¹⁸ Cfr. A. CELOTTO, *Lodo Alfano, spetta alla Consulta l'unico verdetto*, in *Il Riformista*, 1 agosto 2008, p. 6.

²¹⁹ Invero la Corte ha già dato una risposta, visto che ha richiamato le sue precedenti decisioni in tema di rapporto parlamentare-magistratura, le quali avevano additato l'esigenza del principio di leale collaborazione tra i poteri, ad esempio nel calendario delle udienze che deve essere redatto in modo compatibile con l'esercizio del mandato (cfr. sul tema: sentt. 225/2001, 263/2003, 284/2004, 451/2005; per un riferimento in tal senso v. T.F. GIUPPONI, *La tutela delle alte cariche dello Stato e i nodi irrisolti nei rapporti tra politica e giustizia*, cit., p. 10).

Occorre per lo più premettere che, come fu per la bocciatura del lodo “Maccanico-Schifani”, il seguito non è qui necessario²²⁰. Volendo (o dovendo, al fine di evitare l’approvazione del ddl Gasparri, Quagliariello, Bricolo e al. sulla prescrizione dei processi, come è stato ventilato dall’on. Casini), quali sono le vie percorribili?

La dottrina ha sposato varie tesi. In primo luogo, la possibilità di “tradurre” il lodo “Alfano” in legge costituzionale²²¹, facendo tesoro delle correzioni fatte dal legislatore a suo tempo al lodo “Maccanico-Schifani”. Ma vi è stato anche chi invece ha sostenuto preferibile il ritorno all’autorizzazione a procedere esistente nel nostro ordinamento nella vecchia versione dell’art. 68 Cost., antecedente alla riforma costituzionale del 1993, ora applicabile – per la prevalente dottrina – solo ai giudici costituzionali, visto che la sua abrogazione aveva sbilanciato – secondo alcune letture – il rapporto fra i poteri disegnato dal Costituente. D’altro canto non è mancato nemmeno chi ha sottolineato l’impossibilità di portare il lodo “Alfano” in forme costituzionali, stante il fatto che una lesione dei principi fondamentali della Costituzione (fra i quali rientra l’art. 3 Cost.) non è operabile nemmeno – sulla scia della giurisprudenza della Corte – con legge costituzionale²²². E, peraltro, se anche possibile, sarebbe meglio rimuovere alcuni vizi di irragionevolezza presenti nella legge e sottolineati da un’attenta dottrina. Fra essi il fatto che il “filtro” di una sospensione/immunità non possa e non debba essere lasciato nelle mani dello stesso imputato “alta carica dello Stato” che decide o meno di avvalersene²²³, trasformando la prerogativa in privilegio personale. Per ovviare a tali inconvenienti la dottrina ha sottolineato la possibilità di aggiungere un comma all’art. 96 Cost. che prevede la possibilità dei giudici di perseguire i reati extrafunzionali compiuti dal premier salva la possibilità dell’approvazione da parte delle Camere di un’espressa delibera di sospensione dello specifico procedimento penale, magari a maggioranza qualificata; nonché

²²⁰ Cfr., *supra*, nt. 130, l’opinione di L. ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, cit., p. 394.

²²¹ Così pare(va) A. ANZON DEMMIG, *Il “lodo Alfano” verso l’approvazione finale: restano forti i dubbi sulla legittimità costituzionale*, cit., p. 4, la quale riteneva tale via preferibile all’autorizzazione a procedere. Infatti, sottolineava l’A., che il possibile conflitto di attribuzioni – a causa del diniego all’autorizzazione a procedere – «... rischierebbe di scaricare sulla Corte costituzionale tutte le tensioni tra politica e giustizia, e perciò di vederla sommersa da un contenzioso ingentissimo per ampiezza e per carica politica, che finirebbe inevitabilmente per attrarla sul piano della contesa politica contingente ...». Critici erano anche I. NICOTRA – G. GALIPÒ, *I poteri in equilibrio. Libertà d’esercizio delle funzioni tra inviolabilità e giurisdizione*, cit., p. 9 s., che ricordavano sia gli abusi del Parlamento, sia l’assenza di precisi parametri costituzionalmente tipizzati, oltre alla poca tutela per l’opposizione.

Vi è da rilevare che in altri Paesi dove esiste l’autorizzazione a procedere (per i parlamentari) la questione viene risolta in modo molto più immediato. Infatti se in Spagna non si è mai negata nessuna autorizzazione al rinvio a giudizio (eccetto il caso di un ex magistrato, poi eletto, che aveva diffuso la foto del fratello di un latitante invece di quella di quest’ultimo), in Germania il Parlamento è solito autorizzare preventivamente ed automaticamente le indagini a carico dei suoi membri mediante deliberazione assunta una volta per tutte all’apertura di ogni sessione (cfr., in sede giornalistica, P. GOMEZ – M. LILLO – M. TRAVAGLIO, *Lodo Alfano e immunità per le alte cariche. Non è vero che «Così fan tutti»*, in *L’Unità*, 22 luglio 2008, p. 10).

²²² Fra esse le sentt. 1146/1988 e 366/1991 della Corte costituzionale. *Contra* A. MORRONE, *La Corte costituzionale sul “lodo Alfano”: una risposta tardiva?*, cit., p. 3, che rilevava al riguardo gli esempi delle leggi costituzionali 1/1948 e 1/1953.

Ricco di implicazioni è il ragionamento innescato dal contemporaneo (e perciò forse opinabile) riferimento ai parametri relativi tanto ai principi fondamentali (qui l’art. 3 Cost.) che all’art. 138 Cost. su cui si è spiegato il dispositivo della sent. 262/2009 della Corte Costituzionale. In particolare si fermano oggi su tale tema: 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, n. 3; 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 *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, in corso di stampa, p. 1 ss. Tale ultimo autore sottolinea con incisività: «... se infatti v’è violazione di uno o più principi fondamentali neppure con l’atto di forma costituzionale sarebbe consentito introdurre la norma che della violazione stessa si sia resa (o si renda) responsabile» (*ibidem*, p. 2).

²²³ In tale senso si erano espressi: P. CARNEVALE, *La legge n. 124/2008 e le sue vicende. Appunti per una analisi*, cit., p. 776; L. ELIA, *Sul c.d. lodo Alfano*, cit.

l'introduzione della sospensione processuale al Capo dello Stato all'art. 90 Cost., seguendo gli esempi francese, portoghese e greco²²⁴.

Infine si potrebbe discutere di un'ipotesi opposta alla sospensione processuale o all'immunità, cioè una corsia preferenziale²²⁵ per il processo che tocca la "alta carica dello Stato" al fine di risolvere rapidamente il dubbio amletico proscioglimento/colpevolezza, permettendo così che il soggetto istituzionale ritorni in tempi brevi, e con la necessaria serenità, ad occuparsi dell'interesse pubblico, cui la sua funzione è preposta. Com'è noto il tema è oggi ricco di implicazioni e per certi aspetti completamente aperto. Infatti è al momento discussa anche l'ipotesi, contenuta in un recente progetto di legge a firma del deputato Vietti, volta a disciplinare in via temporanea e transitoria (fino all'approvazione della correlata norma costituzionale) l'istituto del legittimo impedimento del Presidente del Consiglio a comparire nelle udienze penali che lo vedono imputato, parte lesa o testimone²²⁶.

* Cultore di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Padova.

L'autore del presente scritto desidera ringraziare vivamente l'avv. Niccolò Ghedini, difensore dell'on. Silvio Berlusconi, per avergli gentilmente fornito le due memorie illustrative relative alla pretesa legittimazione del pubblico ministero a costituirsi nel giudizio di legittimità costituzionale concernente la l. 124/2008.

²²⁴ Cfr. T.F. GIUPPONI, *La sentenza sul "lodo Alfano": le possibili prospettive di riforma*, cit., p. 3.

²²⁵ Così M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, cit., p. 787.

²²⁶ Cfr. *Camera dei deputati*, proposta di legge 3013, a firma del deputato Vietti, *Disposizioni temporanee in tema di legittimo impedimento del Presidente del Consiglio dei ministri a comparire nelle udienze penali*, presentata il 2 dicembre 2009.