

APPARENZA E SOSTANZA NORMATIVA: I NODI COSTITUZIONALI DEL “LODO MACCANICO” *

di Andrea Pugiotto

SOMMARIO: 1. Il “lodo Maccanico” ed i suoi effetti sismici. – 2. L’art. 1, legge 23 maggio 2003, n. 140. – 3.1. Sospendere i processi *perché?* a) salvaguardare il semestre di presidenza europea. – 3.2. b) tutelare il prestigio delle istituzioni. – 3.3. c) garantire la continuità dell’alto ufficio presidenziale. – 3.4. d) proteggere le cariche di vertice da interferenze, strumentalmente orientate, della magistratura. – 3.5. e) assicurare il rispetto della volontà popolare espressa attraverso il voto. – 3.6. *Ergo:* il lodo introduce un regime processuale speciale di privilegio. La sua *ratio* politico istituzionale. – 4. Sospendere i processi *per quanto?* Il lodo e la sua apparente temporaneità. – 5.1. Sospendere dei processi *cosa?* Il lodo e il principio costituzionale dell’obbligatorietà dell’azione penale – 5.2. Il dubbio sull’interruzione delle indagini preliminari. – 5.3. La “vicenda Castelli” e le sue implicazioni. – 6. Il lodo garantisce il diritto alla difesa *di chi?* – 7.1. Sospendere i processi *per chi?* La natura provvedimentale della disciplina transitoria – 7.2. L’ambito soggettivo della improcedibilità e le sue irrazionalità costituzionali. – 8. *Quale* natura giuridica ha il lodo? – 9. Finale di partita?

1. Non si cade in eccesso nel paragonare il cd. “lodo Maccanico”¹ ad un vero e proprio terremoto ordinamentale, misurabile all’apice della scala di rilevazione dei fenomeni sismici

L’analogia è giustificata innanzitutto dai tempi di approvazione del provvedimento, repentini come per un sisma: il 29 maggio viene presentato al Senato quale emendamento al disegno di legge di attuazione dell’art. 68 Cost.; il 18 giugno la legge n. 140 del 2003 – che lo ingloba all’art. 1 – è approvata in via definitiva; il 20 giugno il Capo dello Stato la promulga; il 21 giugno viene pubblicata in Gazzetta ufficiale; il giorno successivo entra immediatamente in vigore, senza alcuna *vacatio legis*, in forza di quanto disposto dall’art. 9 della legge medesima. Tutto in meno di un mese.

* *Questo saggio è destinato agli Studi in memoria di Livio Paladin, di prossima pubblicazione*

¹ Il *nomen* divulgativo del provvedimento è controverso (lodo “Maccanico”, lodo “Schifani”, lodo “Berlusconi”, lodo “Ciampi-Berlusconi”), come spesso accade per i figli illegittimi. In questi casi la cosa migliore è risalire alle origini. La prima proposta di una sospensione processuale per le alte cariche istituzionali venne avanzata dal senatore Maccanico, in alternativa alla nuova disciplina in tema di legittimo sospetto (cd. legge Cirami, 7 novembre 2002 n. 248), con l’ambizione di evitare una degenerazione dello scontro politico intorno al processo SME- Ariosto riguardante, tra gli altri, il Presidente del Consiglio Berlusconi. Rifiutata allora dalla maggioranza parlamentare, viene ora dalla stessa recepita attraverso l’emendamento 1.500, primo firmatario il capogruppo di Forza Italia, senatore Schifani. E’ però decisivo rilevare che, nel dibattito parlamentare sull’emendamento 1.500, il senatore Maccanico ha contestato il metodo politico seguito dalla maggioranza, *non* il merito dell’emendamento proposto, anzi: «Rimango convinto che siano infondate le accuse di incostituzionalità di una norma ordinaria in questa materia e questo è il motivo per il quale non ho votato a favore delle questioni pregiudiziali di costituzionalità, presentate sul provvedimento in esame» (Senato, seduta n. 325, 18 giugno 2003). Non è una rivendicazione, ma neppure un disconoscimento. E poiché l’indagine condotta è strettamente giuridico costituzionale, è parso coerente adottare il *nomen* primigenio di “lodo Maccanico”.

Sismici poi sono i suoi immediati effetti. Dall'entrata in vigore, il lodo ha già provocato un'istantanea impugnazione alla Corte costituzionale, con conseguente sospensione di un processo a Milano contro il Presidente del Consiglio²; il blocco di un ricorso dell'accusa in Cassazione ancora contro il Presidente del Consiglio³; la temporanea stasi di indagini preliminari in altro procedimento milanese riguardante coimputati del *premier*, fino al rischio di un formale conflitto di attribuzioni tra ufficio del p.m. e Guardasigilli in materia di rogatorie internazionali⁴; una mozione di sfiducia individuale nei confronti del Ministro di Giustizia; una grave crisi interna alla maggioranza di governo rientrata a fatica; un'iniziativa referendaria abrogativa che ha già concluso con successo la fase della raccolta firme, depositate in Cassazione il 25 settembre⁵.

Ce n'è abbastanza, mi pare, per farne oggetto d'indagine approfondita. Proviamo a condurla senza particolari pregiudizi, attenendoci al dato normativo e dando per scontata – salvo prova contraria - la buona fede del legislatore storico.

2. L'art. 1 della legge 20 giugno 2003, n. 140, prescrive inedite disposizioni in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato, alla ricerca di un punto di equilibrio tra la garanzia di indipendente svolgimento delle delicate funzioni costituzionali ad esse assegnate e la garanzia dell'esercizio della funzione giurisdizionale anche nei confronti dei vertici istituzionali.

A tal fine viene introdotta una misura che – salve le ipotesi di responsabilità *ex artt.* 90 e 96 Cost. - congela temporaneamente i processi penali a carico dei Presidenti della Repubblica, del Senato, della Camera, del Consiglio, della Corte costituzionale, per l'intera durata del mandato. Quanto ai processi futuri, si stabilisce (comma 1) la non procedibilità: svolte le indagini preliminari - ma il punto, come si dirà, è controverso - e chiesto il rinvio a giudizio, il dibattimento sarà ibernato fino alla cessazione della carica. Quanto ai processi pendenti, si prevede (comma 2) una sospensione *ope legis*: riprenderanno a mandato scaduto. In entrambe le ipotesi (comma 3) vengono temporaneamente interrotti anche i termini di prescrizione.

Ratio dichiarata, natura processuale dello strumento, temporaneità della tutela sono i bulloni che tengono insieme l'intera struttura normativa, giustificandone – secondo la maggioranza parlamentare – la costituzionalità⁶.

Così, una tutela processuale peculiare per i cinque presidenti non lede il principio di eguaglianza, anzi lo applica: le posizioni del cittadino e del soggetto titolare di un *munus* istituzionale sono diverse e l'art. 3 Cost. impone discipline differenti per situazioni non omogenee. Trattandosi inoltre di una garanzia a tutela della funzione pubblica (e non del

² Trib. Milano, Sez. I pen., ordinanza 27-30 giugno 2003, pres. Ponti, imp. Berlusconi, pubblicata – ad esempio – in *Foro it.* 2003, II, 421.

³ Cassazione penale, V sez., pres. Ietti, 30 giugno 2003 (se nel legge notizia in G. GUASTELLA, *La Cassazione applica il Lodo Meccanico al premier*, ne *Il Corriere della Sera*, 4 luglio 2003). Il testo del provvedimento è ora pubblicato in *Quest. Giust.* 2003, 844, con osservazioni critiche di G. GIOSTRA, *Il "lodo Berlusconi" alla prova dei giudici. (Un inevitabile incidente di costituzionalità e un anomalo provvedimento presidenziale)*, ivi, 833-837.

⁴ Vedi *infra* § 5.3.

⁵ Il quesito, meramente ablativo dell'intero art. 1, legge n. 140 del 2003, è stato depositato in Cassazione il 23 giugno 2003 da un Comitato promotore composito (Verdi, Comunisti italiani, Legambiente, Opposizione civile, Italia dei valori). Lo si può leggere in *Diritto&Giustizia* 2003, n. 26, 10.

⁶ Cfr. il parere sulla costituzionalità del lodo approvato dalla Commissione I (Affari costituzionali) del Senato nella seduta (la n.272) di martedì 3 giugno 2003.

soggetto che ricopre la carica) se ne giustifica l'indisponibilità, l'automaticità, l'impossibilità di limitarne l'operatività ad un solo mandato, la moratoria della prescrizione. Infine, se lo scopo è di evitare che esigenze processuali condizionino l'adempimento dell'ufficio, lo scudo così eretto non può circoscriversi a reati specifici, dovendo operare a tutto campo.

E' proprio la natura processuale della tutela, poi, a giustificarne l'introduzione tramite legge ordinaria: il lodo non incide sullo *status* di organi costituzionali, non introduce immunità sostanziali né esenzioni definitive dalla giurisdizione, tutte misure che imporrebbero la revisione costituzionale. In quanto strumento processuale, inoltre, se ne può ben disporre la retroattività in applicazione del principio generale *tempus regit actum*.

Quanto infine alla temporaneità della guarentigia, esprime il punto di equilibrio tra le esigenze tutelate e la funzione giurisdizionale solo provvisoriamente sacrificata. Circoscrivendo nel tempo l'improcedibilità e la sospensione processuale, il legislatore preserva anche la ragionevole durata del processo, il diritto di difesa dell'imputato e della parte civile e rende infondato il dubbio di una lesione dell'art. 112 Cost.: come l'esercizio della funzione giurisdizionale è garantita *ex ante* attraverso lo svolgimento delle indagini preliminari, così lo è anche *ex post*, a mandato scaduto, quando gli effetti dell'azione penale potranno regolarmente riespandersi.

Questo – nei suoi tratti essenziali – il dato normativo su cui occorre ragionare, andando innanzitutto alla ricerca di una sua *ratio* meno generica di quelle sopra accennate. Come si vedrà, si tratta di una pista d'indagine promettente e non priva di sorprese.

3.1. Sovrapponendo l'*occasio* alla *ratio legis*, si è accreditata l'idea che il meccanismo inibitorio dell'azione penale e la moratoria processuale introdotte con l'art. 1 della legge n. 140 del 2003 farebbero fronte ad una urgenza istituzionale: tutelare la figura del Presidente del Consiglio chiamato ad assumere – dal 1 luglio 2003 – la presidenza di turno dell'Unione europea, al fine così di garantire «anche sul piano internazionale il prestigio e l'affidabilità dell'Italia»⁷.

L'ipotesi non convince, trovando smentita in molti dati di fatto. La presentazione all'ultima ora dell'emendamento ad un testo legislativo in discussione da tempo, con una conseguente affannata accelerazione nei ritmi parlamentari, non è a calibro con un appuntamento internazionale affatto improvviso, da anni in calendario perché ciclico tra le cancellerie europee. A tutelare il Presidente del Consiglio in quanto Presidente di turno dell'Unione europea, sarebbe inoltre bastata una stasi dei processi di natura eccezionale perché condizionata al verificarsi dell'evento, di durata semestrale, contenuta entro termini certi: soluzione peraltro formalizzata durante i lavori parlamentari in uno specifico emendamento, non accolto⁸. Viceversa la disciplina introdotta dal lodo è a regime, incondizionata, con uno spettro temporale che copre (almeno) l'intero mandato di Primo ministro. L'ambito soggettivo di applicazione della nuova normativa, inoltre, si apre a ventaglio su altre alte cariche dello Stato, estranee alla funzione internazionale e di rappresentanza europea cui è chiamato il solo Presidente del Consiglio.

Alla resa dei conti, la finalità ipotizzata si converte nel suo esatto contrario. L'impellente necessità di impedire un possibile scandalo europeo⁹ ha in realtà fatto da traino ad una disciplina legislativa *ad hoc*, non condivisa in Parlamento, blindata nella sua

⁷ A. VIRGILIO, *Lodo Macchiano, scontato l'esito della decisione della Consulta*, in *ItaliaOggi*, 3 luglio 2003.

⁸ Il riferimento è all'emendamento 7.7.0.1, presentato dal senatore Cossiga, al disegno di legge n. 2191-A (poi divenuto legge n. 140 del 2003).

⁹ Nell'ipotesi, cioè, di una condanna – sia pure non definitiva – dell'imputato Silvio Berlusconi pronunciata dal Tribunale penale di Milano a conclusione del cd. processo SME-Ariosto, ormai giunto alle ultime battute.

formulazione, votata dalla sola maggioranza, subito sottoposta a scrutinio di costituzionalità. Non è stato un buon viatico nell'imminenza del semestre di presidenza italiana, né un buon servizio all'immagine del Paese.

3.2. Dai lavori parlamentari emerge come il lodo debba servire, più in generale, ad evitare che il processo penale alle alte cariche dello Stato danneggi il prestigio delle istituzioni, pregiudicando così la dignità dell'ufficio ricoperto¹⁰.

Si può andare oltre il giusto rilievo, autorevolmente formulato, circa la natura eccessivamente generica e pervasiva dell'interesse evocato¹¹, per evidenziare la presenza di un salto logico tra tale *ratio* e la sua traduzione in termini normativi. Come pure è stato evidenziato nel corso dei lavori parlamentari, infatti, la sospensione del processo «non consentirebbe di respingere nelle sedi appropriate accuse anche infamanti che offenderebbero il decoro e il prestigio della carica istituzionale. Come testimonia la vicenda di Tangentopoli, l'elemento di offesa non è rappresentato dal processo, che semmai costituisce un mezzo di garanzia, bensì dalla strumentalizzazione politica dell'ipotesi di reato e dalle campagne di stampa scandalistiche. E' quindi sbagliato non riconoscere alle cariche istituzionali il diritto di intervenire nel processo»¹².

Qui è il punto critico. Non è il momento processuale a danneggiare la credibilità e il prestigio delle istituzioni, bensì il sospetto che grava sui loro titolari di aver commesso reati. Se questo è vero¹³, esclusa la praticabilità costituzionale di una legge ordinaria che introducesse una immunità processuale capace di inibire *ab origine* l'avvio delle indagini, l'unica soluzione coerente con la *ratio* dichiarata è quella di una accelerazione dei processi a carico delle alte cariche, attraverso la previsione di apposite corsie preferenziali calibrate nel pieno rispetto dei diritti della difesa¹⁴.

La trama normativa dell'art. 1, legge n. 140 del 2003, contiene altri dati contraddittori con la *ratio* in esame. Comandare la sospensione di qualsiasi attività dibattimentale, significa precludere al giudice pure il potere *ex art.* 129, comma 1, c.p.p., di rilevare – anche d'ufficio – il motivo di proscioglimento, dichiarandolo immediatamente con sentenza: è un evidente *non sequitur*, giacché «una sentenza di questo tipo gioverebbe alla tutela dell'alta funzione, non più “minacciata” da un'accusa altrimenti destinata ad incombere sul *munus* presidenziale per l'intera sua durata»¹⁵. Non aver escluso dallo scudo

¹⁰ Cfr. l'intervento, per il Governo, del Sottosegretario alla Giustizia Vietti, Aula Senato, 3 giugno 2003. In dottrina, tale *ratio* è accreditata, tra gli altri, da T. E. FROSINI, *Nasce un'immunità di tipo «istituzionale»; una legge ad hoc sarebbe stata più opportuna*, in *Guida al diritto* 2003, n. 26, 19; N. ZANON, *La procedura ordinaria e l'interesse del Paese*, in *Il Corriere della Sera*, 3 giugno 2003.

¹¹ Il riferimento è ad A. PACE, *Immunità politiche e principi costituzionali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, (ora anche in *Diritto pubbl.* 2003, 385 ss.), secondo il quale «alla stregua di esso, si potrebbe addirittura pervenire a disporre la censura sulla stampa», se a ciò non ostasse l'art. 21, comma 2, Cost.

¹² Così il senatore Petrini, nel suo intervento alle Commissioni I (Affari costituzionali) e II (Giustizia) riunite, seduta del 29 maggio 2003.

¹³ Come mostrano di credere, ad esempio, F. BASSANINI, *Lodo e processi*, in *La Repubblica*, 31 maggio 2003; L. ELIA, *Una norma illogica su misura per il premier*, intervista di G. Casadio, in *La Repubblica*, 5 giugno 2003; M. VOLPI, *Immunità: non è solo questione di metodo*, in *Forum dei Quad. cost.*

¹⁴ Soluzioni normative così orientate non sono mancate nell'*iter* parlamentare del lodo: cfr., gli emendamenti 1.500/65 (Ayala e altri), 1.500/74 (Calvi e altri), 1.500/75 (Calvi e altri) presentati in Senato; gli emendamenti 1.63 (Ruta e altri), 1.55 (Leoni e altri), presentati alla Camera. Tutti non accolti.

elevato con il lodo l'ipotesi di reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, non si giustifica con la finalità dichiarata di tutelare non la persona ma l'ufficio. Egualmente, la mancata esclusione dal suo ambito di operatività di tutti i reati previsti a salvaguardia dell'ordinamento costituzionale (Libro II, Titolo I, Capo I e II c.p.), per quanto l'ipotesi resti di scuola, nega comunque sul piano logico una simile *ratio*. Infine – ma sul punto si dovrà ritornare, più approfonditamente – riferendo l'improcessabilità anche ai procedimenti aperti *prima* dell'assunzione della funzione pubblica ed in relazione a fatti *privati* perché privi di collegamento con essa, preclude la possibilità di invocare – quale scopo del lodo – la difesa del prestigio dell'alta carica ricoperta.

3.3. In verità il lodo non preserverebbe, genericamente, prestigio e dignità istituzionali. La sua *ratio* sarebbe ben più concreta e specifica: tutelare l'interesse generale a che venga assicurata la continuità ed il regolare svolgimento dell'ufficio presidenziale, evitando che il suo esercizio venga condizionato da esigenze processuali di chi, in quel momento, ne è il titolare¹⁶.

Ma la teoria dell'impersonalità dell'organo – valida anche per quelli a struttura monocratica – sta a ricordarci che non si può predicare l'insostituibilità di chi, volta per volta, ne è investito: è proprio su questo assunto che possono giustificarsi meccanismi di supplenza (per il Capo dello Stato) o di sostituzione nel compimento di taluni atti e di determinate funzioni dell'ufficio (per i Presidenti del Senato, della Camera, del Consiglio, della Corte costituzionale). Inoltre, solo un ingannevole gioco di parole può tradurre il carattere *permanente* dell'ufficio in una funzione esercitata *permanentemente*¹⁷. E' infatti lo stesso diritto positivo a testimoniare che le funzioni del Presidente (uno qualunque dei cinque considerati dal lodo) non sono realisticamente configurabili come completamente ininterrotte, dovendosi distinguere tra sfera dell'irresponsabilità del *munus* per quanto compiuto nell'esercizio delle funzioni (*ex artt.* 68 comma 1, 90, art. 3 comma 2 della legge cost. n. 1 del 1948, art. 5 della legge cost. n. 1 del 1953) e sfera della piena responsabilità del titolare dell'ufficio per gli atti extrafunzionali in quanto commessi *uti civis*. Per il Presidente del Consiglio, poi, il principio di piena responsabilità – anche per i reati funzionali, *ex art.* 96 Cost – è addirittura la regola.

Invero, la *ratio* in esame chiede di essere testata su un piano più pragmatico: molto concretamente sta a segnalarci che il titolare della carica, se convenuto in un giudizio penale, sarebbe costretto a sottrarre tempo ed energie necessarie all'efficace adempimento del proprio delicato incarico istituzionale. L'argomento resta, tuttavia, più suggestivo che persuasivo, poggiando su un male inteso principio di continuità dell'ufficio. Lo ha già ridimensionato, a suo tempo, la Corte Suprema americana, ricordando a tutti che tale preoccupazione avrebbe pregio solamente se «la distrazione dell'attenzione del Presidente durante il processo decisionale [fosse] causata da una preoccupazione non necessaria relativa alla possibilità di azioni per danni *originati da qualche particolare decisione ufficiale*»¹⁸, non

¹⁵ R. ORLANDI, *Iniziativa giudiziarie contro le alte cariche dello Stato e attuazione dell'art.68 Cost. Aspetti processuali della legge 21 giugno 2003, nr. 140*, in *Diritto e processo* 2003, n. 10, in corso di pubblicazione

¹⁶ Il richiamo al principio di continuità dell'ufficio è costante durante i lavori preparatori. In dottrina tale *ratio* è accreditata, ad esempio, da I. NICOTRA, *Il "lodo Maccanico": le ragioni per una legge costituzionale*, in *Forum dei Quad. cost.*

¹⁷ Cfr., con riferimento all'ufficio monocratico del Capo dello Stato, A. PIZZORUSSO, *La discutibile immunità del Presidente linguacciuto*, in *Giur. Cost.* 1998, 2856.

¹⁸ Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza n. 95-1853, *Clinton vs. Jones*, decisa il 27 maggio 1997, in *Giur. Cost.* 1998, 2583 nota 5 (corsivi non testuali)

certo se legata ad una sua condotta non ufficiale. Il lodo, invece, rovescia questa prospettiva, facendosi carico di un fardello gravante sul tempo e le energie dell'alta carica in ragione di un reato esclusivamente privato. Che poi lo svolgimento dell'ufficio non sia incompatibile con gli impegni processuali del suo titolare è un dato ordinamentale pacifico: la legge cost. n. 1 del 1989 – attuativa dell'art. 96 Cost. – non prescrive la sospensione dei processi al Presidente del Consiglio accusato di reati ministeriali, così come la sentenza n. 225 del 2001 della Corte costituzionale – risolvendo il noto “caso Previti” - ha negato la necessità di regole generali derogatorie del diritto processuale comune per ricomporre le esigenze della giurisdizione e la continuità nell'esercizio di una funzione (parlamentare) monocratica.

Davvero non è agevole trovare un aggancio positivo all'idea che l'art. 1 della legge n. 140 del 2003 si giustifichi a garanzia del regolare e continuativo svolgimento dell'ufficio presidenziale. Non giova nemmeno far leva¹⁹ sull'art. 205 c.p.p., il quale prescrive un regime particolare per la testimonianza resa da una delle cinque alte cariche contemplate dal lodo, confermandone così la loro natura specialissima. Né vale segnalare che la disposizione corrispondente del previgente codice di rito penale (l'art. 356), sottoposta a sindacato di costituzionalità, ne uscì indenne trattandosi di deroga al diritto processuale comune dovuta «non a un malinteso prestigio di persone che occupano certe cariche ma alle innegabili necessità e garanzie dell'ufficio di cui quei soggetti sono titolari»²⁰.

Per tutta risposta è stato già notato che, al di là dell'identico ambito soggettivo, non c'è analogia possibile tra l'art. 205 c.p.p. e l'art. 1, legge n. 140 del 2003: laddove il primo mira ad evitare che l'escussione del presidente-testimone avvenga in pubblico e non nella sede in cui esercita il suo ufficio, il secondo ben diversamente congela la celebrazione del processo nei confronti del presidente-imputato²¹. Le disposizioni, inoltre, andrebbero lette per intero: il comma 3 dell'art. 205 c.p.p. prevede che si proceda comunque nella forma ordinaria se il giudice ritenga indispensabile la comparizione del soggetto titolare dell'alta carica. La deroga al diritto processuale comune, dunque, è contenuta nei limiti davvero strettamente necessari. Appare quindi una forzatura ricavare, dall'articolo in esame, un generale principio di continuità in forza del quale l'ufficio delle cinque alte cariche non tollerebbe interruzione alcuna.

A consuntivo, è forte la tentazione di intravedere nella *ratio* qui contestata un caso esemplare di nesso causale rovesciato. Un conto, infatti, è ipotizzare la sospensione dei processi come misura atta a garantire esclusivamente la continuità delle funzioni svolte temporaneamente da determinati soggetti. Altra cosa è, invece, celare dietro tale motivazione la necessità di proteggere determinati soggetti da specifici processi, utilizzando a tal fine la carica istituzionale in quel momento ricoperta.

3.4. La *ratio* dell'art. 1, legge n. 140 del 2003, va allora cercata altrove, valorizzando il contesto istituzionale in cui esso viene ad inserirsi, connotato da frequenti e perniciosi cortocircuiti tra magistratura e politica che, nella infinita transizione italiana, hanno più volte rischiato di far precipitare il nostro Paese in una condizione patologica di permanente conflitto fra poteri dello Stato. Il lodo ambirebbe a rappresentare una soluzione equilibrata a tale situazione, mirando a tutelare l'esercizio del potere pubblico da possibili interessate deviazioni giurisdizionali²². Non è un'illusione. Una simile interpretazione è stata accreditata

¹⁹ Come si fa nel parere della Commissione I (Affari costituzionali) del Senato, seduta n. 272, 3 giugno 2003.

²⁰ Così la sentenza costituzionale n. 76 del 1968.

²¹ Cfr. L. ELIA, *La Costituzione non abita più qui*, intervista di A. Varano, in E. VELTRI, *La legge sull'impunità*, Roma, Nuova Iniziativa Editoriale, Roma 2003, 149; A. PACE, *op. cit.*

ai massimi livelli istituzionali dal Presidente del Consiglio in persona, martedì 2 luglio 2003, davanti al Parlamento di Strasburgo nel suo intervento di esordio del semestre italiano di presidenza europea, parlando di «tre testi adottati con gli strumenti della democrazia in risposta ad azioni derivanti dall'esercizio di un ruolo di funzionari della giustizia mirante ad attaccare, con la giustizia, i nemici politici»²³: tra questi provvedimenti, senza dubbio, il rimando è da intendersi anche all'art. 1 della legge n. 140. In tale prospettiva, c'è da domandarsi se il lodo trovi adeguata giustificazione.

La prima obiezione è di ordine sistematico. Va innanzitutto esclusa (perché irricevibile sul piano giuridico costituzionale e tecnicamente eversiva sul piano istituzionale) l'ipotesi che una simile *ratio* sottintenda il dato storico di un tradimento della propria funzione da parte di *tutta* la magistratura, assunta dal legislatore come un corpo separato e deviato, da porsi per questo nelle condizioni di non nuocere²⁴. L'ipotesi intorno alla quale ragionare (giuridicamente) è quella, più circoscritta, di un sospetto di *fumus persecutionis* nutrito nei confronti di iniziative penali promosse da *taluni* magistrati. Ma rispetto a questo rischio, l'ordinamento non è indifeso: per arginarlo, sono previsti filtri processuali, doppi gradi di giudizio, ricorsi di legittimità, conflitti di attribuzione, sanzioni – non solo disciplinari – che funzionano da deterrente a cause pretestuose dirette contro le alte cariche.

Ulteriori rilievi critici nascono dal fraseggio normativo del lodo. La stasi processuale è disposta *ope legis*, e questo automatismo mal si concilia con un *fumus persecutionis* che andrebbe eventualmente accertato, caso per caso, sulla base di appositi meccanismi autorizzatori. Tanto più se si considera che la moratoria processuale si applica (anche) a *future* iniziative giurisdizionali, sulle quali non è possibile – allo stato – nutrire particolari sospetti. E' inoltre paradossale che, volendo elevare uno scudo di protezione nei confronti di iniziative giudiziarie di parte, si finisca in realtà per fare proprio di una parte, il pubblico ministero, il *dominus* del destino delle alte cariche dello Stato: privato della possibilità di difendersi davanti ad un giudice terzo e imparziale, impossibilitato a rinunciare alla sospensione processuale, il titolare dell'alto ufficio rimarrà – per l'intera durata del suo mandato – sottoposto a pressioni formidabili derivanti da accuse magari pretestuose e infondate.

Ma è specialmente l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003 a smentire la *ratio* sotto verifica. Infatti, nella prospettiva qui in esame, non trova spiegazione alcuna il rifiuto della maggioranza parlamentare di scorporare dalla moratoria processuale i procedimenti penali *già in corso prima dell'assunzione della carica protetta*²⁵: casi, cioè, nei quali è semplicemente inconcepibile il sospetto di interferenze interessate, trattandosi di iniziative giudiziarie promosse nei confronti di un soggetto privato che solo successivamente assumerà un ufficio pubblico.

²² Così T. E. FROSINI, *op cit.*, 19. Nella stessa logica I. NICOTRA, *op. cit.*, secondo la quale il lodo rappresenterebbe addirittura un «baluardo a tutela dell'indipendenza della funzione giudiziaria», che acquisirebbe credibilità proprio perché impedita, *ope legis*, a condurre il processo penale contro un'alta personalità politica.

²³ Dal resoconto stenografico della seduta del Parlamento europeo (fonte: *Il Corriere della Sera*, 4 luglio 2003). La successiva messa a punto del portavoce del *premier*, sottosegretario Buonaiuti (*Il capo del governo e i provvedimenti*, in *Il Corriere della Sera*, 17 luglio 2003) non rettifica la *ratio* dei tre provvedimenti (presumibilmente: legge sul legittimo sospetto, legge sulle rogatorie, lodo), così confermandola come una sorta di interpretazione autentica.

²⁴ Prefigura una simile lettura, sia pure per contestarla, B. TINTI, *Quos deus perdere vult dementat prius*, in *MicroMega* 2003, n. 3, 68.

²⁵ Cfr. l'emendamento 1.16 (Kessler e altri) presentato alla Camera, seduta del 18 giugno 2003.

Così com'è formulato, insomma, il lodo adotta soluzioni normative inadeguate o, per converso, eccessive se commisurate all'obiettivo di proteggere da attacchi faziosi l'uomo politico chiamato a responsabilità di alto livello istituzionale.

3.5. A sostegno della necessità di introdurre un meccanismo sospensivo dei processi a carico di alte cariche dello Stato è stato invocato anche – in aule parlamentari e giudiziarie – il principio di sovranità popolare. Sottoporre ad un pubblico dibattito un organo apicale dello Stato ne metterebbe a repentaglio la rappresentatività, diretta o indiretta: in questa logica il lodo assicurerebbe il rispetto della volontà popolare, espressa nel momento elettorale, che non potrebbe essere soverchiata dall'azione di un altro potere dello Stato.

Il richiamo alla sovranità popolare non è pertinente. Nessuna delle alte cariche dello Stato protette dal lodo può vantare una legittimazione democratica immediata; neppure per il Presidente del Consiglio – allo stato del giure – è possibile parlare di formale elezione popolare diretta²⁶.

Di più. Il richiamo alla necessità di preservare le cariche davvero rappresentative del corpo elettorale, indurrebbe ad una ridefinizione soggettiva del lodo, la cui applicazione potrebbe a ragione essere rivendicata (almeno) dai parlamentari, europei e nazionali, e dai consiglieri regionali. Se, invece, si intendesse circoscrivere la sua funzione a tutela delle sole alte cariche di governo, l'art. 1 della legge n. 140 del 2003 si rivelerebbe comunque omissivo, perché «non prende in considerazione governatori, sindaci e presidenti di provincia, gli unici organi di governo a legittimazione popolare: bisognerebbe rimediare a questa lacuna, come atto di doveroso rispetto per la sovranità popolare che non può essere infranta con la stessa facilità con cui avviene adesso»²⁷.

La verità è che non esistono gerarchie in un ordinamento costituzionale moderno costruito secondo la logica dei pesi e contrappesi, articolato in una mappa di poteri separati, dove la stessa sovranità popolare non è assoluta potendosi estrinsecare solamente nelle forme e nei limiti della Costituzione²⁸. La verità è che «il voto popolare o del Parlamento non è un sostitutivo dell'esercizio della giurisdizione, non assolve e non condanna» e trasformarlo in «una specie di contemporanea ordalia»²⁹ asseconda la tentazione diffusa di cancellare le differenze tra circuito della responsabilità politica e meccanismi della responsabilità giuridica. Così, smarrita la bussola, si va (costituzionalmente) alla deriva, abbandonando le sponde sicure delle democrazie liberali per indirizzarsi, progressivamente, verso porti sudamericani.

²⁶ Nelle ultime elezioni c'è stata una designazione di fatto attraverso il voto (non un'elezione formale diretta) della *premiership* per la coalizione vincente. Ma una simile, anomala "rappresentatività" verrebbe meno nell'ipotesi di un Presidente del Consiglio a capo di un nuovo esecutivo nato dalla positiva soluzione di una crisi di governo in corso di legislatura (ipotesi, come noto, già realizzatasi nelle due precedenti legislature "maggioritarie", la XII e la XIII, all'epilogo delle quali non si è data una situazione di effettiva *accountability* per il governo uscito dal voto elettorale).

²⁷ Così il segretario dell'UDC siciliana (nonché parlamentare europeo) Raffaele Lombardo, all'indomani dell'invito a comparire inviato dalla magistratura palermitana al Presidente della Regione Sicilia Cuffaro: cfr. *La Repubblica* [edizione di Palermo], 5 luglio 2003. Su tale proposta vedi anche il facile sarcasmo di M. TRAVAGLIO, *Estendiamo il lodo al palo e al basista*, *ivi*.

²⁸ Come ci ricorda A. PACE, *op. cit.*. Sui rapporti, sempre difficili, tra funzione giudiziaria e sovranità popolare vedi ora, *amplius*, G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in *costituzionalismo.it*

²⁹ Le due citazioni testuali sono tratte dall'intervento in Aula, 3 giugno 2003, del senatore Passigli.

3.6. E' il momento di riepilogare. Se il lodo – come si sostiene – è il punto di equilibrio tra valori di eguale pregio costituzionale, quale interesse fa da contrappeso alla contrazione della funzione giurisdizionale? Non un'urgenza istituzionale (il semestre di presidenza europea). Né un'esigenza di tutela del prestigio e della dignità del Paese. Né una garanzia di continuità nell'esercizio di alte cariche dello Stato. Né il bisogno di proteggere le cariche di vertice da interferenze, strumentalmente orientate, della magistratura. Né l'imperativo di assicurare il rispetto della volontà popolare espressa attraverso il voto. Queste giustificazioni, passate al setaccio di un'analisi appena approfondita, si rivelano non coerenti con l'articolato normativo in esame. Sono dunque, tutte e ciascuna, *rationes* giustapposte. Se non fosse che simili eterogenesi di fini – nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle leggi – solo raramente vengono accertate e sanzionate, si potrebbe anche denunciare l'irrazionalità dell'art. 1. legge n. 140 del 2003 rispetto alle sue dichiarate finalità: una contraddittorietà intrinseca che potrebbe rivelarne l'incostituzionalità per irragionevolezza.

Qual è, allora, la sua effettiva giustificazione? Quello che il lodo introduce, a ben vedere, è un regime processuale speciale declinabile in termini di privilegio, non di prerogativa. Lo si evince dal suo fraseggio normativo. Affermando che è fatto «*salvo quanto previsto*» agli artt. 90 e 96 Cost. (ma pure – per ragioni di gerarchia delle fonti – 68 Cost.; 3, comma 2, legge cost. n. 1 del 1948; 5, legge cost. n. 1 del 1953), l'improcedibilità e la sospensione coprono reati extrafunzionali. Dichiarando che la doppia tutela processuale vale «*per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione*», si eleva uno scudo a difesa di reati necessariamente privati. In ambo i casi salta qualsiasi nesso tra l'illecito penale e la funzione costituzionalmente rilevante: il trattamento differenziato non si rivolge così direttamente all'ufficio ma *solo ed esclusivamente* alla persona che lo regge.

Né vale discriminare positivamente il soggetto privato proprio perché titolare *pro tempore* dell'alta carica che si intende proteggere. A ciò ha già pensato il Costituente definendo – nelle disposizioni costituzionali sopra richiamate - le necessarie immunità ed il relativo regime, il loro numero chiuso ed il comune denominatore rintracciabile nell'essenziale legame tra reato e *munus* pubblico.

Il lodo, dunque, tradisce la sua *ratio* conclamata, capovolgendola: l'automaticità e l'indisponibilità di una tutela che copre qualsiasi reato (di sangue o infamante, estraneo alla funzione, commesso prima di assumere la carica, già oggetto d'indagine dalla magistratura) finiscono per imprigionare nella condizione di imputato un'alta carica dello Stato. E' un'ipoteca pesante che ne danneggia prestigio e credibilità, invece di proteggerla.

Resta da capire e da apprezzare, sul piano della politica delle istituzioni, la radice di «una soluzione normativa che non costituisce il risultato di un bilanciamento tra valori in conflitto, ma impone la prevalenza di non ben identificate “ragioni di Stato” su ogni altro interesse individuabile nella concreta vicenda processuale»³⁰. Credo sia opportuno guardare oltre la spiegazione contingente di una «disciplina troppo condizionata dalla “sovraesposizione” giudiziaria del Presidente Berlusconi»³¹, che pure ha pesato. C'è qualcosa di più profondo, che è bene portare in superficie.

Il “lodo Maccanico” rappresenta il tentativo di rimediare a quella che – in ambito politico – è avvertita come una lacuna dell'ordinamento costituzionale, riconducibile alla revisione dell'art. 68 Cost. approvata dieci anni fa. In origine, il sistema dell'immunità

³⁰ E. MARZADURI, *Al vaglio della Corte costituzionale l'erosione del principio di eguaglianza*, in *Guida al diritto* 2003, n. 30, 82.

³¹ E. MARZADURI, *Dubbi sullo «stop» nella fase delle indagini*, in *Guida al diritto* 2003, n. 26, 24.

parlamentare appariva in equilibrio: l'autorizzazione a procedere per i reati comuni garantiva tutte le alte cariche politiche, in ragione del fatto che Presidente della Repubblica, del Senato, della Camera, del Consiglio erano comunque parlamentari e che – grazie alla tecnica del rinvio recettizio – anche il Presidente della Consulta (e gli altri giudici costituzionali) godeva dell'identico regime autorizzatorio. Oggi, dopo la legge cost. n. 3 del 1993, venuta meno l'autorizzazione della camera di appartenenza - se non per provvedimenti limitativi di libertà - e registrandosi casi di Presidenti del Consiglio (Ciampi, Dini, Amato II) e della Repubblica (Ciampi) non parlamentari, l'equilibrio delle origini è venuto meno, soppiantato da una disciplina in tema di immunità politiche frammentata e difficile da ricondurre a coerenza.

Quanto poi il lodo rappresenti un elemento di chiarezza o, invece, un ulteriore motivo di confusione e irrazionalità, è motivo di analisi nei successivi paragrafi. Il dato politico rilevante, però, è un altro. Se è da qui che davvero nasce la misura della sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato, essa non è che una prima tappa di un più ambizioso traguardo: novellare ancora la disciplina costituzionale dell'immunità parlamentare, nella direzione di un ritorno alla sua originaria formulazione in nome della necessità di ridurre l'alta tensione tra potere giudiziario e potere politico, limitando nel contempo l'attuale sovraesposizione della magistratura.

4. Irrazionale nelle soluzioni tecniche adottate se rapportate alle finalità ufficialmente perseguite, l'art. 1 della legge n. 140 del 2003 rivela anche un assetto normativo, in più parti, molto vicino al punto di frattura (costituzionale). A cominciare da uno dei suoi assi portanti, la dichiarata temporaneità della moratoria processuale.

L'improcedibilità penale del 1° comma e la sospensione processuale del 2° comma, alla lettera, operano a favore delle alte cariche dello Stato «fino alla cessazione delle medesime». I dubbi – ora riproposti in dottrina³²: l'interruzione si protrae oltre il primo mandato? Vale pure in regime di *prorogatio*? - sono stati risolti a colpi di maggioranza, respingendo tutti gli emendamenti tesi a meglio precisare e comunque a circoscrivere l'ambito temporale di operatività della disposizione: trattandosi di una prerogativa della carica, essa si rinnova di mandato in mandato, protegge il titolare per l'intera permanenza nell'ufficio come pure nell'ipotesi di assunzione di altra diversa carica istituzionale.

Così formulata, la disposizione è priva di termini certi e ragionevoli, diversamente, ad esempio, dall'art. 3, comma 5, della stessa legge n. 140, il quale prevede – in caso di pregiudizialità parlamentare - una sospensione processuale non superiore a 120 giorni. Sul piano sostanziale, si tratta di una moratoria processuale *sine die*, rinnovandosi man mano che il soggetto è investito della carica. Ipotesi, questa, non infrequente: De Nicola, Fanfani, Saragat, Leone, Cossiga, Spadolini, Scalfaro hanno avuto un *cursus honorum* che ha attraversato alte cariche diverse tra loro; Iotti è stata Presidente della Camera per 13 anni consecutivi; Pertini ha retto la stessa presidenza per 9 anni e per altri 7 la carica di Capo dello Stato. L'evenienza di un rinnovo nell'ufficio o di un trasferimento dall'uno all'altro è oggi, per di più, agevolato da un sistema bipolare che ha attratto all'area della maggioranza almeno tre delle cinque alte cariche interessate dal lodo.

Obiezioni sostanzialistiche – si è detto³³ - e come tali prive di pregio giuridico. A risultare decisivo sarebbe il nesso sospensione-carica istituzionale prescritto dall'articolo di legge, che basta a rendere la misura della provvisoria interruzione definita e determinabile. A ragionare diversamente, dovrebbe altrimenti rilevare anche la lunga teoria di eterogenee

³² Da R. OLIVERI DEL CASTILLO, *Immunità, versione Lewis Carroll*, in *Diritto&Giustizia* 2003, n. 29, 36.

³³ Così N. ZANON, *op. cit.*

sospensioni – sempre possibili nel rito penale – le quali, succedendosi l'una all'altra, rendono egualmente non prevedibile la durata del processo: si pensi soltanto all'interruzione a tempo indeterminato conseguente ad una pregiudizialità costituzionale o comunitaria. Non importa, dunque, che la sospensione sia più o meno lunga, perché ciò che conta – al fine di qualificare la misura processuale come temporanea – è la previsione legislativa di un termine ultimo.

Eppure, anche sul piano formale, il lodo non mantiene quanto sembra promettere. Il concetto di sospensione processuale è correlato – per esigenze logiche – ad una situazione temporanea, certa nell'*an* e nel *quando*. Dunque l'interruzione del dibattimento può ritenersi in linea con il principio della ragionevole durata del processo solo se determinata da eventi – specificamente previsti dalla legge – contenuti in termini a loro volta ragionevoli. In caso contrario, la disposizione pur formulata come transitoria, maschera una sospensione in realtà indeterminata. Nel caso che ci interessa, l'assenza di termini certi o anche solo prevedibili - unita ad una storica quanto proverbiale «longevità istituzionale» nelle alte cariche dello Stato³⁴ - induce a ritenere che la natura temporanea della stasi processuale, valida fino alla cessazione dell'ufficio, sia solo una *factio*. Con la sua formulazione apparentemente ineccepibile, il lodo permette in realtà che una provvisoria sospensione si trasformi in una immunità processuale (e sostanziale, come vedremo), priva di scadenze, per reati comuni, valida di fronte ad ogni tribunale.

E', questo, un passaggio decisivo. Se non c'è temporaneità, non può seriamente parlarsi di sospensione processuale. Vengono così messi in pericolo non pochi principi costituzionali che rischiano di cadere uno dopo l'altro, come tante tessere di un unico mosaico: il diritto di difesa, la ragionevole durata del processo, l'obbligatorietà dell'azione penale, lo svolgimento della funzione giurisdizionale, subiscono una contrazione temporalmente indefinita, dunque irragionevole. Come irragionevoli si rivelano anche gli effetti concreti che si rischia così di produrre. Una legittima ricandidatura (non diversamente dalla candidatura ad altra alta carica) sarà inevitabilmente accompagnata dall'imbarazzante sospetto che celi la necessità di prolungare lo scudo processuale. Fatta eccezione per quella di Presidente della Corte costituzionale (non rinnovabile), il titolare di una delle altre alte cariche – certo della propria rielezione o riassunzione dell'ufficio protetto dal lodo – potrebbe essere indotto a commettere un reato, nella consapevolezza di non poter essere poi perseguito. In tal modo il lodo si risolve in una «totale salvaguardia non per tutto ciò che il soggetto abbia commesso, ma per tutto ciò che potrà commettere»³⁵. Una vera e propria nemesi, per una misura processuale pensata (anche) a tutela del prestigio e della dignità della carica istituzionale.

5.1. Altro punto di frattura costituzionale, imputabile all'art. 1 della legge n. 140 del 2003, coinvolge il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui si può sospettare la lesione. Anche questa critica è stata respinta dagli scranni della maggioranza parlamentare. Perché una sospensione processuale è, per sua natura, intrinsecamente temporanea. Perché tale sospensione riguarda esclusivamente la fase dibattimentale che segue l'esercizio dell'azione penale, non anche la fase delle indagini preliminari. Perché l'art. 112 Cost. non preclude la previsione, in via generale, di condizioni (anche soggettive) che debbono concorrere affinché l'azione penale possa essere promossa o possa proseguire.

³⁴ F. CORDERO, *Con una legge si vuole abolire l'eguaglianza di fronte alla legge*, in *La Repubblica*, 17 giugno 2003, scavando nella storia parlamentare, ricorda i casi di Domenico Farini, Giuseppe Biancheri, Agostino Depretis, Benito Mussolini: tutte persone che hanno più volte e/o per lungo tempo mantenuto la carica di Presidente di una Camera o di Capo del governo.

³⁵ Così il senatore Calvi, Aula Senato, seduta del 4 giugno 2003.

Della (apparente) temporaneità della stasi processuale introdotta dal lodo già si è detto nel precedente paragrafo. Delle fasi processuali interessate dalla relativa sospensione, si dirà nel prossimo paragrafo. Qui sarà bene verificare la tenuta del terzo argomento rimasto in campo

Il nostro ordinamento conosce la possibilità di paralisi nell'esercizio dell'azione penale, preventive (*ex plurimis*, gli artt. 8, 9, 10, 120; 313 c.p.; 260 c.p.m.p.) o addirittura successive (si pensi alla rimessione della querela): l'intera gamma delle condizioni di procedibilità rientra certamente nella esclusiva sfera della discrezionalità legislativa ma «si fonda su paradigmi di più che evidente *ius singolare*, trattandosi di norme che fanno eccezione all'opposta e generale regola della azione penale incondizionata, a sua volta ispirata al principio sancito dall'art. 112 della Carta fondamentale»³⁶. In ragione di ciò, la condizione sospensiva sarà ragionevole solo se funzionale ad un bene di pregio costituzionale capace di bilanciare la regola costituzionale derogata. Viceversa – come si è fin qui argomentato – il lodo sacrifica l'obbligatorietà dell'azione penale e lo svolgimento del processo ad una “ragion di Stato” impalpabile, sovrapponibile ad un interesse privato che è tutto e solo del soggetto titolare dell'alta carica protetta.

Va inoltre segnalato come la legge ordinaria possa sì condizionare la perseguibilità di determinati illeciti penali, ma *a favore del soggetto passivo del reato* «allo scopo di evitare che il danno derivante dal processo finisca per assumere proporzioni maggiori di quello cagionato dal reato»³⁷; non però *a favore del soggetto attivo del reato*, come invece accade con l'automatismo imposto dal lodo. Così facendo, l'eguaglianza dei cittadini – cui l'obbligatorietà dell'azione penale è strumentale – è violata perché il processo penale risulta modellato a seconda della peculiarità soggettiva dell'imputato.

La lesione dell'art. 112 Cost. è peraltro aggravata dall'automaticità della moratoria processuale, conseguente all'acquisizione dello *status* di Presidente della Repubblica, del Senato, della Camera, del Consiglio dei ministri, della Corte costituzionale. La temporanea deroga al principio di obbligatorietà dell'azione penale (ed al correlato principio di eguaglianza) deve sempre rispondere ad un canone di proporzionalità, che imporrebbe di definire (non solamente i limiti oggettivi entro i quali la deroga opera, ma anche) una sospensione processuale sottratta ad automatismi di sorta: ecco perché, nel nostro codice di procedura penale, la sospensione processuale è – di regola – subordinata ad un provvedimento del giudice o di altro organo (si pensi all'autorizzazione a procedere ministeriale ovvero alla delibera di insindacabilità parlamentare). Da questo angolo visuale la misura introdotta dal lodo appare, rispetto al “vecchio” art. 68 Cost., addirittura più drastica della antica autorizzazione a procedere perché operante *ope legis* (e non caso per caso); così come risulta non allineata al “nuovo” art. 68 Cost. il quale, eliminando il filtro generalizzato dell'autorizzazione a procedere, implica *a fortiori* una preclusione verso sospensioni automatiche³⁸.

Né appare sufficiente a sanare il tutto l'interruzione del decorso dei termini di prescrizione, *ex art. 159 c.p.*, che si accompagna alla moratoria processuale, al fine dichiarato di non vanificare la futura ripresa del processo. La previsione va infatti collocata in un contesto sistematico più ampio, dove – ai sensi dell'art. 111 Cost. – la validità della prova richiede la sua acquisizione nel contraddittorio tra le parti e dove le regole del processo penale impongono il rispetto della stessa composizione del collegio o della stessa identità del giudice che assume i mezzi di prova. Condizione, questa, di difficile

³⁶ Corte costituzionale, ordinanza n. 33 del 2003.

³⁷ Così la Corte costituzionale, sentenza n. 300 del 1984.

³⁸ Il rilievo critico è di G. STAMMATI, *Le immunità costituzionali: problemi attuali e tendenze di riforme. Prime osservazioni*, in www.luiss.it/semcost/index.html.

conservazione nel caso di una interruzione processuale pluriennale e priva di un *dies ad quem* certo e determinato. Ecco allora che – specialmente nell'ipotesi di sospensione del processo già giunto nella fase dibattimentale (art. 1, comma 2, legge n. 140 del 2003) – solo apparentemente lo stop ai termini di prescrizione evita il rischio di una vera e propria immunità sostanziale, mentre è praticamente certo che essa finirà per imporsi su un processo destinato, una volta ripreso a distanza di anni, a ricominciare da capo.

Non era, questo, un esito obbligato: per evitarlo, erano stati prospettati alcuni emendamenti al lodo miranti ad introdurre meccanismi di salvaguardia della prescrizione³⁹, poi non recepiti nel testo finale. Anche il comma 3 dell'art. 1, legge n. 140 del 2003, paga dunque uno scarto tra apparenza e sostanza normativa: la sua previsione non modifica concretamente gli effetti di una interruzione del processo temporalmente indefinita, dato che alla sua ripresa i giudici, diversi da quelli originari, saranno comunque tenuti a ritornare alla casella di partenza nel gioco dell'esame degli atti processuali. Così, nonostante la formale sospensione dei termini di prescrizione, ci sono tutte le condizioni perché si consumi - nei fatti - una lesione dell'obbligatorietà dell'azione penale.

5.2. Il dubbio di una violazione ancora più grave dell'art. 112 Cost. deriva dall'ambigua formulazione del lodo, in ordine alle fasi processuali interessate dall'interruzione automatica. In particolare, il comma 2 dell'art. 1, legge n. 140 del 2003, parlando di sospensione «in ogni fase, stato o grado» del processo, si offre ad una possibile lettura amletica: la sospensione opera per l'intero procedimento (dunque anche per la fase delle indagini preliminari) o solo per la fase dibattimentale? La soluzione dell'interrogativo riverbera anche sull'interpretazione del comma 1 dove si parla di interruzione dei «processi», in considerazione del fatto che entrambe le disposizioni rispondono all'identica *ratio* e, dunque, dovrebbero riguardare lo stesso segmento del rito penale.

Sul piano della mera esegesi letterale entrambe le possibili interpretazioni possono risultare accreditate. Se è vero che nella sintassi del nuovo codice «processo» si contrappone a «procedimento», identificandosi il primo nel dibattimento che segue la richiesta di rinvio a giudizio⁴⁰, non mancano tuttavia casi di uso promiscuo di entrambi i sintagmi, riconducibili così all'ambito dei sinonimi⁴¹. D'altra parte il riferimento ad «ogni fase» del processo – oltre che allo «stato» ed al «grado» – sembra voler dilatare la interruzione processuale anche alle indagini che precedono il dibattimento⁴²; benché – a rigore – si potrebbe osservare che fanno parte del processo le fasi dell'udienza preliminare e del giudizio: il che spiegherebbe l'espressione adoperata dal legislatore. «Fase» e «processo» risultano così due termini riconducibili con fatica a coerenza: se l'interpretazione letterale estensiva del lodo privilegia

³⁹ Cfr. gli emendamenti 1.500/65 (Calvi e altri), 1.500/69 (Calvi e altri), 1.500/70 (Calvi e altri) presentati al Senato; gli emendamenti 1.57 (Rizzo e altri), 1.58 (Maura Cossutta e altri), 1.59 (Cento e altri) presentati alla Camera.

⁴⁰ L'osservazione è ricorrente: cfr., *ex plurimis*, G. CONSO, *Conso: niente blocco per le indagini*, intervista di V. Nuti, in *Il Sole-24 Ore*, 26 luglio 2003; M. CHIAVARIO, *I giuristi: avanti con le indagini*, in *ItaliaOggi*, 29 luglio 2003; G. GIOSTRA, *Il lodo non può fermare le indagini*, intervista di V. Polchi, in *La Repubblica*, 26 luglio 2003; R. ORLANDI, *op. cit.*

⁴¹ Lo ricordano E. MARZADURI, *Dubbi sullo «stop»*, cit., 23 (che porta l'esempio dell'art. 111 Cost.); F. SANTOSUOSSO, *Se quel che conta è lo spirito della legge*, in *Il Sole-24 Ore*, 26 luglio 2003; C. SFORZA FOGLIANI, *Rogatorie, vince la politica, non il diritto*, in *ItaliaOggi*, 31 luglio 2003.

⁴² G. PECORELLA, *«Macché interferenza illegittima, Castelli ha solo applicato la norma»*, intervista di R. Pera, in *Il Giornale*, 25 luglio 2003.

il primo a scapito del secondo, la sua interpretazione restrittiva compie l'operazione opposta⁴³.

Il nodo non può essere sciolto ricorrendo all'*intentio legislatoris*, per quanto (ufficialmente) inequivoca nell'accreditare una interruzione processuale circoscritta alla sola fase dibattimentale. Tra i tanti interventi parlamentari così orientati, sarà sufficiente ricordare le impegnative parole dell'onorevole Bruno, relatore del provvedimento per la I Commissione Affari costituzionali: «Rispetto al termine “processo” utilizzato nel testo e all'asserita incertezza interpretativa che potrebbe determinarsi con riferimento al termine “procedimento”, tale da condurre a ritenere preclusa la possibilità di espletare tutte le attività di indagine, tengo a sottolineare come la dottrina processuale penalistica assolutamente prevalente ritenga che i termini “procedimento” e “processo” non siano affatto sinonimi. Nel codice di procedura penale ciascuno dei due termini assume un preciso e distinto significato. Con l'espressione “procedimento penale” viene infatti indicata una serie cronologicamente ordinata di atti diretti alla pronuncia di una decisione penale. Il procedimento penale, quindi, comprende anche tutti gli atti connessi all'attività di indagine preliminare. L'espressione “processo penale”, invece, indica una porzione del procedimento penale. Fanno parte del processo le fasi dell'udienza preliminare e del giudizio. L'atto iniziale del processo corrisponde all'esercizio dell'azione penale, l'atto finale è una sentenza. Nell'utilizzare quindi il termine “processo” il testo al nostro esame garantisce in modo inequivocabile il libero svolgimento dell'attività di indagine»⁴⁴.

E' quasi un'ovvietà rammentare, però, che i lavori preparatori non vincolano l'interprete, svolgendo al più una funzione ermeneutica meramente sussidiaria. D'altra parte la mancata approvazione dei numerosi emendamenti presentati per meglio chiarire il senso restrittivo del testo, motivata con una presunta inequivocità della sua formulazione, in realtà ne cristallizza l'ambiguità e finisce per avvalorare una *voluntas legislatoris* diversamente orientata da quella conclamata negli atti parlamentari⁴⁵.

⁴³ «E allora delle due l'una: o si pensa che il legislatore ha inteso sospendere solo i *processi* (i dibattimenti) e che ha adoperato scorrettamente il termine *fase*, intendendo rafforzare la di per sé inutile precisazione *in ogni stato o grado*; oppure si pensa che il legislatore ha inteso sospendere anche i *procedimenti* (cioè anche la fase delle indagini preliminari), e ha adoperato a ragion veduta il termine *fase*, adoperando invece in maniera scorretta il termine *processo*» (così B. TINTI, *op. cit.*, 66).

⁴⁴ Camera dei Deputati, seduta n. 324 del 17 giugno 2003. In dottrina si è anche osservato come, nell'intero corpo normativo della legge n. 140 del 2003, il legislatore ha sempre avuto cura di adoperare i termini «processo» e «procedimento» nella loro accezione tecnica più precisa: G. GIOSTRA, *Il lodo non può*, cit.; V. GREVI, *Le strade possibili per risolvere il caso e sbloccare le indagini*, in *Il Corriere della Sera*, 27 luglio 2003.

⁴⁵ Perché, infatti, non si è voluto tagliare gordianamente il nodo, riformulando adeguatamente la disposizione? Si può avanzare una congettura, peraltro non assente nel dibattito parlamentare. Il riferimento ad «ogni fase» del processo penale, di cui al comma 2, deriva da una dimenticanza in sede di coordinamento della disposizione, dopo che nel comma 1 è stato modificato, all'ultimo momento (e su insistenza del Quirinale: cfr G. BIANCONI, *Le assicurazioni di ieri e gli imbarazzi di oggi*, in *Il Corriere della Sera*, 25 luglio 2003), l'originario riferimento al «procedimento» contenuto nella prima versione ufficiosa dell'emendamento 1.500. La necessità di fare presto – c'è il processo SME-Ariosto oramai in dirittura d'arrivo – ha poi indotto la maggioranza parlamentare a blindare il testo dell'emendamento.

Questa scelta della maggioranza, a ben vedere, svela un arcano. Negare qualsiasi modifica alla lettera del comma 2 per ragioni di tempo ha senso in seconda lettura, alla Camera. Non invece al Senato, in prima lettura, quando cioè il “lodo Maccanico” viene inserito nella legge n. 140 del 2003: ecco allora che la blindatura immediata del testo – di cui si ha testimonianza fin dai lavori delle Commissioni riunite I (Affari costituzionali) e II (Giustizia) di Palazzo Madama – legittima il sospetto di una *voluta* ambiguità nella sua formulazione, «per rendere possibile l'applicazione della sospensione anche alla fase dell'indagine» (così il senatore Calvi, Senato, seduta del 30 maggio 2003). La successiva “vicenda Castelli” (*infra*, § 5.3) trasforma il sospetto in un robusto indizio.

Nel dubbio, il giudice è tenuto a privilegiare l'interpretazione della legge più conforme al testo costituzionale, ed è proprio facendo leva su tale obbligo che è stato facile rilevare come una lettura estensiva della stasi processuale violerebbe diversi parametri costituzionali. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale, perché solo una interruzione del rito penale limitata al dibattimento risponderebbe ad un apprezzabile bilanciamento tra le esigenze della giurisdizione e la tutela dell'esercizio di funzioni statali apicali⁴⁶. Il principio della parità delle armi tra accusa e difesa, giacché solo alla prima sarebbero precluse quelle indagini che invece la seconda, *ex art. 24 Cost.*, è legittimata a svolgere qualunque sia l'interpretazione corretta della disposizione in esame⁴⁷. La legge costituzionale n. 3 del 1993, perché sospendere le indagini per le alte cariche rivestite da parlamentari (quali sono necessariamente i Presidenti di Camera e Senato, quali possono essere il Presidente della Repubblica e del Consiglio) significa reintrodurre – con legge ordinaria – l'istituto dell'autorizzazione a procedere ormai estraneo al riformato art. 68 Cost.. Bloccare l'intero procedimento, infine, renderebbe inutile l'interruzione del computo dei termini di prescrizione, perché «sospendere la raccolta della prova per anni significherebbe convertire l'improcessabilità in impunità»⁴⁸.

Tutto giusto, ovviamente. Ma pericoloso. La ragione d'illegittimità del “lodo Maccanico” è infatti in radice, *a prescindere dalla sua espansione nel rito penale*, perché una stasi processuale può ben essere introdotta dal legislatore a condizione, però, che nello stabilirla la legge contemperi interessi costituzionali di pari rilievo. Questo è il punto critico: la natura extrafunzionale e privata dei reati cui il lodo fa da usbergo, spezza qualsiasi connessione tra la sospensione processuale prescritta e la tutela dell'ufficio ricoperto dall'alta carica dello Stato. L'obbligatorietà dell'azione penale viene così bilanciata con un interesse privato che non ha pregio costituzionale, e tanto basta per affermare la lesione dell'art. 112 Cost.. Viceversa, accreditare una interpretazione adeguatrice del lodo – in ordine alla sua operatività circoscritta al solo dibattimento - finisce per legittimarla immeritabilmente. In tal modo le colonne d'Ercole di ciò che è precluso al legislatore vengono spostate qualche oceano più avanti: non è la sospensione ingiustificata ad essere vietata, ma solo la sospensione delle indagini preliminari. E prima ancora, non è un regime speciale immotivato a favore delle alte cariche dello Stato ad essere precluso, ma solo una sua dilatazione processuale eccessiva⁴⁹.

Infine, che l'interpretazione di una moratoria processuale dell'intero procedimento sia tutt'altro che fuori gioco, è quanto risulta ricorrendo al criterio ermeneutico teleologico. Se è vero, infatti, che non è possibile individuare una coerente *ratio* giustificatrice del lodo⁵⁰, è certo tuttavia che la normativa introdotta intende proteggere i titolari delle cinque alte cariche dello Stato, garantendo loro un trattamento processuale privilegiato e di favore rispetto al regime comune.

Riletto alla luce di tale finalità, non avrebbe senso alcuno circoscrivere l'interruzione del processo al solo dibattimento. Perché è la pubblicità delle indagini conseguente alla

⁴⁶ R. ORLANDI, *op. cit.*. Che la interruzione dell'intero procedimento entri in rotta di collisione con l'art. 112 Cost. è opinione diffusa: cfr., *ex plurimis*, M. CHIAVARIO, *I giuristi: avanti*, cit.; G. STAMMATI, *op. cit.*; N. ZANON, *op. cit.*.

⁴⁷ G. GIOSTRA, *Prove tecniche di immunità*, in *Diritto e Giustizia* 2003, n. 24, 9; ID., *La legge sull'art. 68 della Costituzione non salvaguarda ciò che nel processo è più deperibile: l'assicurazione delle prove*, in *ItaliaOggi*, 19 giugno 2003.

⁴⁸ G. GIOSTRA, *Il lodo non può fermare*, cit.

⁴⁹ Intuisce molto bene questo pericolo G. D'AVANZO, *L'arte di spostare i confini della legge*, in *La Repubblica*, 26 luglio 2003.

⁵⁰ Lo si è già dimostrato: cfr. *supra*, § 3.

sistematica violazione del segreto istruttorio a danneggiare il prestigio delle istituzioni apicali, non lo *stepitus fori* proprio della fase dibattimentale. Perché nei confronti di Presidenti non parlamentari (quali possono essere il Presidente della Repubblica e del Consiglio⁵¹) sarebbero comunque possibili provvedimenti d'indagine privi di limiti o preventive autorizzazioni: dalle intercettazioni telefoniche al sequestro di corrispondenza, dalla perquisizione personale a quella domiciliare. Perché, in ultima analisi, nei loro confronti potrebbero essere spiccati provvedimenti cautelari limitativi della libertà personale. Paradossalmente, «la conseguenza da trarne, allora, sul piano della *ratio* dovrebbe essere quella che il legislatore avrebbe ritenuto che incrinò di più il prestigio di un'alta carica dello Stato l'essere sottoposto ad un processo, inteso come fase dibattimentale, che non l'essere sottoposto a misura cautelare, magari in carcere»⁵². Il che non avrebbe senso comune: ecco perché, se si vuole davvero raggiungere lo scopo per il quale il lodo è stato introdotto nell'ordinamento, non resta che bloccare anche le indagini. In caso contrario, le cinque alte cariche verrebbero penalizzate, non tutelate.

Corretto nelle premesse, tale argomento apagogico approda però a conclusioni errate. L'esito del ragionamento, infatti, non può essere l'estensione della moratoria processuale all'intero procedimento. Perché, per ottenere un simile risultato, lo strumento legislativo ordinario è costituzionalmente inadeguato: un blocco integrale del processo, fin dal momento dell'impulso alle indagini, configura infatti non una semplice sospensione ma una vera e propria immunità processuale per *status*. Incidendo sul regime delle prerogative di cinque organi costituzionali, solo una legge approvata secondo il procedimento aggravato *ex art. 138 Cost.* potrebbe – forse – ambire a tanto.

Ecco allora che alla fine la non implausibile interpretazione estensiva del “lodo Maccanico”, quanto al suo ambito di operatività processuale, diventa un altro (l'ennesimo) argomento a dimostrazione della sua più che dubbia incostituzionalità. Anche per ragioni procedurali.

5.3. Il nodo interpretativo appena affrontato è venuto al pettine nel luglio scorso, per merito (o demerito) del Ministro di Giustizia Roberto Castelli.

I fatti sono noti. Il 16 maggio 2003 perviene al Ministero la richiesta, dalla Procura della Repubblica di Milano, di inoltrare rogatoria internazionale negli Stati Uniti, nell'ambito di un procedimento penale che riguardava, tra gli altri, il Presidente del Consiglio. Successivamente alla richiesta di rogatoria – regolarmente inoltrata il 10 giugno – entrava in vigore la legge n. 140 del 2003. Nel dubbio che la disciplina della sospensione processuale fosse suscettibile di applicazione anche ai procedimenti penali in fase di indagini preliminari, il Ministro richiede alle autorità statunitensi la restituzione degli atti già inoltrati, ricevendoli il 14 luglio. Nei giorni successivi attiva l'acquisizione di un parere *pro veritate*, che si rivelerà inequivocabilmente favorevole ad una interpretazione estensiva del lodo. Il 18 luglio, su direttiva impartita dal Ministro, la Direzione generale della giustizia penale restituisce gli atti alla Procura di Milano, con l'invito a valutare la compatibilità della

⁵¹ Discorso diverso va fatto per il Presidente della Corte costituzionale che, pur non potendo essere membro di una delle Assemblee parlamentari, è comunque coperto dall'art. 68 Cost. in forza del rinvio ad esso operato dall'art. 3, comma 2, legge cost. n. 1 del 1948 e dall'art. 5, legge cost. n. 1 del 1953.

⁵² G. PANSINI, *Parere pro veritate* (il testo non è pubblico, tuttavia se ne conoscono ampi stralci perché riportati testualmente nell'intervento del Ministro Castelli al Senato, durante il dibattito sulla mozione di sfiducia individuale del 29 luglio 2003: cfr., *infra*, § 5.3). Sulla stessa falsariga argomentativa vedi anche F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*; A. A. DALIA, *Il lodo sospende le indagini, ma è una legge da correggere*, intervista di A. M. Greco, in *Il Giornale*, 30 luglio 2003.

richiesta rogatoria in relazione all'art. 1, comma 2, della legge n. 140 del 2003⁵³. A tale nota ministeriale i destinatari rispondono con lettera, qualificando «irricevibili» gli atti restituiti dalla Direzione generale in ragione della «abnormità della procedura seguita, in palese violazione della legge», lamentando l'interferenza nello svolgimento della funzione giudiziaria ed inoltrando, infine, copia della stessa lettera al Consiglio Superiore della Magistratura «per le determinazioni di competenza». Di questo scambio di note veniva a conoscenza la stampa quotidiana⁵⁴ e la vicenda, da problema strettamente giuridico, assume le proporzioni di un vero e proprio caso politico, con aperte dissociazioni di settori della maggioranza dal comportamento del Ministro e minaccia di dimissioni del Sottosegretario alla Giustizia Viezzi (il quale, nel dibattito parlamentare di approvazione del lodo, aveva sostenuto a nome del Governo la posizione favorevole ad una sua interpretazione restrittiva). Il 25 luglio il Ministro chiede al Presidente del Senato di essere audito dall'Aula, ai sensi dell'art. 64 Cost. Per parte loro i gruppi parlamentari di opposizione presentano, nei suoi confronti, una mozione di sfiducia individuale, discussa nella seduta del 29 luglio. Svoltosi il dibattito e respinta la mozione a maggioranza (166 contro 121), il Ministro dà disposizione ai suoi uffici a che le rogatorie in questione vengano inoltrate.

Nel merito, l'autodifesa in Senato del Ministro Castelli è giocata su due piani⁵⁵. Ricondurre, innanzitutto, l'intera vicenda entro i termini di «un normale passaggio interlocutorio tra pubblici uffici»: invitando gli uffici competenti del Ministero a sospendere temporaneamente le rogatorie ed avviando «un'opera di interlocuzione con i competenti uffici giudiziari al fine di dirimere la questione», egli ritiene di aver adempiuto al principio di leale cooperazione imposto – nei rapporti con l'autorità giudiziaria – dalla sentenza costituzionale n. 379 del 1992. Lo stesso invito rivolto alla Procura di Milano a valutare il caso oggetto d'indagine alla luce dello *jus superveniens* rientrerebbe in questo spirito di collaborazione. Quanto al dubbio interpretativo sulla portata dell'art. 1, comma 2, della legge n. 140 del 2003, troverebbe fondamento nella *ratio* della disposizione (in forza degli argomenti sostenuti nel parere *pro veritate*, già ripercorsi nel paragrafo precedente) e nella natura dell'atto di indagine richiesto (poiché le rogatorie internazionali, in quanto irripetibili, entrano *de plano* – ex art. 431 c.p.p. – nel fascicolo dibattimentale).

Sembra di poter dire che, così ricomposta, la vicenda appare eccessivamente ridimensionata nei suoi reali profili giuridici e politico istituzionali. All'operato del Ministro, infatti, possono muoversi almeno tre addebiti.

Il primo è che la pretesa di «far tornare indietro, come alla moviola»⁵⁶ una richiesta rogatoria già inoltrata alle autorità estere competenti, configura una violazione certa

⁵³ Scrive nella nota ministeriale la dottoressa Augusta Iannini che la rogatoria è stata puntualmente inoltrata ma «in data 23.6.2003 è entrata in vigore la legge 2003/140. Nella eventualità che la nuova normativa in tema di sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato potesse riguardare anche il presidente del consiglio, on. Silvio Berlusconi, indagato nel procedimento penale in oggetto, il signor ministro inoltrava una nota in tal senso all'ambasciatore degli Stati Uniti che, preso atto, restituiva gli atti ancora in suo possesso, al Ministero della Giustizia. Contestualmente il signor ministro ha preso la decisione di acquisire un parere pro-veritate circa l'applicabilità della sospensione prevista dalla legge citata, anche ai procedimenti penali in fase di indagine preliminare» (fonte: S. RIPAMONTI, *Castelli: vietato indagare su Berlusconi*, ne *L'Unità*, 25 luglio 2003, 3).

⁵⁴ Lo *scoop* è di P.F. FEDRIZZI, *Via Arenula blocca le rogatorie USA. A rischio l'inchiesta su Berlusconi*, ne *La Repubblica*, 17 luglio 2003. Praticamente tutta la stampa nazionale si occuperà della vicenda nell'ultima settimana del mese di luglio.

⁵⁵ Cfr. Resoconto stenografico del Senato, seduta n. 453 del 29 luglio 2003, da cui sono tratte tutte le citazioni testuali di seguito riportate.

⁵⁶ L'efficace immagine è di N. DALLA CHIESA, *Ministro senza grazia e senza giustizia*, in *L'Unità*, 28 luglio 2003.

dell'art. 727 c.p.p., che nega al Ministro poteri deliberativi di merito rispetto ad un'attività d'indagine verso la quale, semmai, ha un dovere di cooperazione non giurisdizionale da svolgere in tempi tassativi⁵⁷. A fronte di una rinnovata resistenza ministeriale, scaduti i termini di legge, i procuratori milanesi avrebbero potuto – in luogo della non pertinente chiamata in causa del Consiglio Superiore – inoltrare essi stessi direttamente, per via diplomatica, la richiesta di rogatoria⁵⁸. Ovvero, ricorrendone tutti i presupposti oggettivi e soggettivi, promuovere ricorso per conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale, a tutela della funzione giurisdizionale di loro titolarità, menomata dal comportamento ostruzionistico del Ministro⁵⁹.

Il secondo addebito imputabile è quello di aver esteso l'ambito soggettivo del lodo ad una figura che dovrebbe essere estranea alla relativa interruzione processuale: il coimputato⁶⁰. Paralizzando la richiesta rogatoria riguardante (anche) il Presidente del Consiglio, la stasi del procedimento si estende infatti a terzi coinvolti nella medesima inchiesta. Ipotesi, questa, non contemplata dall'art. 1 della legge n. 140 del 2003 ed anzi esclusa nel corso dei lavori preparatori: in simili casi, dunque, la sospensione delle indagini dissimula una indebita estensione del lodo a soggetti privati⁶¹.

L'ultimo addebito è, appunto, quello di aver interrotto gli atti di un'indagine preliminare quando, invece, il lodo prescriverebbe una sospensione del solo dibattimento. Sembra doversi escludere che la scelta ministeriale possa far leva sulla natura dell'atto d'indagine: l'argomento addotto dal Ministro⁶² è stato contestato in dottrina, osservando che tutti gli atti formati in vista della loro utilizzazione dibattimentale (quali, ad esempio, i

⁵⁷ Sul punto è difficile dare torto alla Procura di Milano quando fa notare che dopo l'avvenuto inoltro all'Autorità estera delle richieste rogatorie, «la relativa attività ministeriale è del tutto esaurita, pertanto insuscettibile di ogni ulteriore valutazione». Nel caso in esame, infatti, certamente non ricorrevano quelle ragioni di sicurezza o di tutela di interessi essenziali dello Stato, le sole che – *ex art. 727, comma 2, c.p.p.* - avrebbero eventualmente permesso al Ministro di non dare corso alla rogatoria.

⁵⁸ Così M. CHIAVARIO, *Come un gioco di prestigio*, in *La Stampa*, 26 luglio 2003; V. GREVI, *op. cit.*, il quale rileva criticamente anche l'anomalia di una richiesta di restituzione non veicolata da alcun decreto ministeriale.

⁵⁹ Il caso realizza perfettamente quanto ipotizzato, all'indomani dell'entrata in vigore della nuova legge in materia di rogatorie internazionali, da una dottrina molto attenta al tema delle liti interorganiche: cfr. P. VERONESI, *Quando non può cambiare una prassi. Verso un nuovo conflitto per difetto di «leale collaborazione»?*, in *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale*, a cura di R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, Torino 2002, 276 ss.

⁶⁰ Lo rilevano, acutamente, S. PASSIGLI, *Le prove dell'abuso del Guardasigilli*, in *L'Unità*, 26 luglio 2003; V. GREVI, *op. cit.*.

⁶¹ E poiché per almeno due di essi – il presidente di Mediaset, Fedele Confalonieri, e l'ex responsabile del comparto estero di Mediaset, Giorgio Vanoni - il termine per la conclusione delle indagini era ormai prossimo alla conclusione, nel dibattito parlamentare si è anche accusato il Ministro *formalmente* («in proposito valga questo intervento come possibile notizia di reato»: così il senatore Passigli, nella seduta del 29 luglio 2003) dei reati di abuso di ufficio e di favoreggiamento, invocando l'intervento del competente Tribunale dei Ministri. Nella stessa seduta si esprimono in senso analogo – ma in modo più sfumato – anche i senatori Mancino e Calvi.

⁶² Di cui però si trova già traccia in alcune dichiarazioni alla stampa dei difensori del Presidente del Consiglio, gli onorevoli Gaetano Pecorella (*I legali del premier: scelta corretta. Quegli atti non possono essere usati*, in *Il Corriere della Sera*, 25 luglio 2003; «Macché interferenza illegittima», cit.) e Nicolò Ghedini (*Questo disastro non è colpa mia*, intervista di C. Fusani, in *La Repubblica*, 27 luglio 2003). A detta di quest'ultimo gravava direttamente sui procuratori milanesi l'obbligo di dare applicazione al lodo, fermando così l'inchiesta Mediaset, «già dal 22 giugno, quando la nuova legge è entrata in vigore. E se ci sono delle rogatorie in corso, avrebbero dovuto loro stessi autolimitarle invece di chiederne la prosecuzione» (*ivi*).

risultati dell'incidente probatorio o, appunto, le rogatorie) «sono e restano atti d'indagine»⁶³ utilizzabili dal p.m. *ex art.* 326 c.p.p. per le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale.

Ma il vero punto focale dell'intera vicenda è un altro e riguarda *il divieto per il Ministro di Giustizia di avallare una lettura estensiva della moratoria processuale*. Il problema sollevato dalla "vicenda Castelli", infatti, non è (solamente) tecnico giuridico ma (principalmente) politico⁶⁴. Nel corso della discussione sulla mozione di sfiducia individuale tutti gli schieramenti parlamentari hanno ribadito l'inammissibilità di un'interpretazione estensiva del lodo, a conferma che la sua applicazione al solo dibattimento processuale rappresentava «il suggello di un patto di straordinario rilievo nella maggioranza con il Governo e con il Parlamento». Ecco perché «non poteva più essere oggetto di interpretazione da parte del Governo e della maggioranza», fatta salva invece la libertà per qualsiasi operatore giuridico di una scelta ermeneutica diversamente orientata, (non implausibile, come si è argomentato nel paragrafo precedente). Non è dunque per una impropria pietrificazione della legge nel senso attribuitole dal legislatore storico, né per una presunta prevalenza della *voluntas legislatoris* sulla *voluntas legis*, che si deve ritenere vietata l'interpretazione ministeriale, ma per la forza cogente di un'obbligazione politica: per il Ministro di Giustizia «quel testo non poteva prestarsi ad una interpretazione diversa perché la distinzione tra processo e procedimento era il punto centrale dell'accordo politico raggiunto».

Obbligazione politica cui il Ministro ha ritenuto di potersi sottrarre, attraverso la richiesta di una sorta di pronunciamento parlamentare interpretativo avente ad oggetto l'art. 1, legge n. 140 del 2003. Un *escamotage* perseguito in forme irrivali: non attraverso un'iniziativa legislativa mirante all'approvazione di una legge d'interpretazione autentica, per la quale peraltro mancavano le condizioni⁶⁵; piuttosto pretendendo, prima dalla Camera – ma inutilmente⁶⁶ – e poi dal Senato, una risoluzione di maggioranza a contenuto interpretativo. Una richiesta che, da sola, provoca danni come solo il proverbiale elefante all'interno di una cristalleria riuscirebbe a fare in egual misura. Innanzitutto perché la pretesa del Ministro lede la separazione tra poteri, spettando ai giudici l'interpretazione della legge finalizzata alla sua applicazione: trattandosi di un atto interpretativo *monocamerale*, infatti, non soccorrono gli argomenti con i quali la Corte costituzionale esclude che una interpretazione autentica *legislativa* sia menomativa della funzione giurisdizionale. Poi perché lede la stessa funzione legislativa: il Ministro chiede di acquisire le determinazioni *di un ramo*

⁶³ R. ORLANDI, *op. cit.*. Anche secondo CHIAVARIO, *Come un gioco*, cit., l'atteggiamento del Ministro Castelli non si giustifica per «la natura delle rogatorie internazionali, finché restano interne alle indagini».

⁶⁴ Come bene emerge nell'intervento del Capogruppo D'Onofrio, nel corso del dibattito sulla mozione di sfiducia individuale (Senato, seduta del 29 luglio 2003). Da esso sono tratte le citazioni riportate nel testo.

⁶⁵ Volendo assumere la legge interpretativa come meramente dichiarativa del significato autentico preesistente della legge interpretata, mancava – nel caso in esame – il necessario presupposto di un'obiettiva incertezza applicativa del lodo, trattandosi di provvedimento legislativo di recentissima approvazione. Ritenendo invece la legge interpretativa una normale legge innovativo-retroattiva, di cui il Parlamento si serve per imporre *ex tunc* il significato normativo politicamente preferito, mancava il necessario presupposto di un accordo di maggioranza favorevole alla scelta ermeneutica praticata dal Ministro.

Sulle possibili chiavi di lettura della interpretazione autentica legislativa (e per una loro critica radicale), sia consentito il rinvio ad A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa ed i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano 2003.

⁶⁶ Si fa riferimento all'intervento pubblico del Presidente della Camera Casini, tutto costruito intorno ad un precedente parlamentare (la lettera dell'allora Presidente della Camera Pertini del 2 luglio 1975) contrario ad improprie consulenze dell'Assemblea dei Deputati sull'interpretazione di atti legislativi: cfr. le cronache de *La Repubblica* e de *L'Unità*, entrambe pubblicate il 29 luglio 2003. Su tale episodio vedi A. MANZELLA, *Il duello con il diritto*, in *La Repubblica*, 29 luglio 2003.

del Parlamento, non *del Parlamento*, con pretesa di attribuirgli valenza interpretativa di una legge, quando invece la funzione legislativa, *ex art. 70 Cost.*, «è esercitata collettivamente dalle due Camere». Infine perché la pretesa ministeriale è inidonea allo scopo di vincolare l'autorità giudiziaria: gli orientamenti interpretativi su una legge, espressi da un ramo del Parlamento e formalizzati nello strumento dell'ordine del giorno⁶⁷, esplicano solo un'efficacia di indirizzo politico e restano dunque recintati all'interno del circuito della responsabilità politica; il solo interlocutore di tali determinazioni è il governo, non i giudici che restano liberi nelle loro scelte normative⁶⁸.

Quale bilancio trarre, allora, dall'intera vicenda? Non esaltante. Sul piano dell'interpretazione giurisdizionale del lodo, quanto avvenuto al Senato nulla aggiunge e nulla toglie ai possibili dubbi applicativi della interruzione processuale (anche) alla fase delle indagini preliminari⁶⁹. Viceversa, attraverso un abuso dei propri poteri di *trait d'union* tra autorità giudiziaria rogante e autorità straniera rogata, cui segue in rapida successione un coinvolgimento del Parlamento nell'inedita funzione di consulente ministeriale, il Ministro ottiene il risultato di «congelare inutilmente e pretestuosamente, per oltre un mese, una procedura giudiziaria»⁷⁰ relativa a coimputati del *premier*, forzando oltre il possibile l'ambito soggettivo di applicazione del “lodo Maccanico”.

Il che ci riporta all'ambigua lettera dell'art. 1, legge n. 140 del 2003, che paga il prezzo dello scarto registrabile tra le dichiarazioni agli atti dei relatori e del Governo ed i voti espressi dalla maggioranza. Il lodo – si dice – non si estende ai coimputati, ma gli emendamenti che traducono in norma tale intendimento sono respinti. Il lodo – si dice – non comporta l'interruzione delle indagini preliminari, eppure gli emendamenti volti a chiarire inequivocabilmente il punto vengono bocciati. Il lodo – si dice – introduce una moratoria processuale solo temporanea, ciò nonostante nessuno degli emendamenti finalizzati ad introdurre termini certi e prevedibili viene approvato. Retrospectivamente, dopo la verifica empirica dell'intera “vicenda Castelli”, non è fuori luogo parlare di condotta parlamentare incauta. O, peggio, di scelta deliberata.

6. Per come risulta formulato, lo stop processuale imposto con l'art. 1, legge n. 140 del 2003, sembra entrare in rotta di collisione anche con il diritto costituzionale alla difesa.

Innanzitutto perché indisponibile. L'improcedibilità di cui al 1° comma, non diversamente dalla sospensione di cui al 2° comma, sono infatti entrambe non rinunciabili volontariamente. E questo perché disporre altrimenti avrebbe finito per rimettere alla persona che lo ricopre una misura di tutela che si vuole, invece, accordata all'ufficio presidenziale. Scelta, peraltro, pensata come coerente a quanto stabilito nell'art. 68 Cost. (vecchio e nuovo), dove egualmente si esclude la possibilità per il parlamentare di rinunciare unilateralmente all'immunità penale ivi prevista, proprio perché posta a garanzia

⁶⁷ Il Ministro Castelli, nel corso del dibattito al Senato sulla mozione di sfiducia nei suoi confronti, ne ricorda alcuni a titolo di esempio, a riprova della legittimità della sua richiesta parlamentare.

⁶⁸ Lo ricorda, nell'occasione, S. MERLINI, *Il Parlamento fa le leggi, non dà interpretazioni*, intervista di V. Polchi, in *La Repubblica*, 28 luglio 2003.

⁶⁹ Il tenore delle parole conclusive del Ministro, anzi, depongono nel senso che ad essere preclusa sarebbe *solamente* il blocco delle rogatorie, non di eventuali altri atti d'indagine: «Quali conclusioni trarre, quindi? (...) Dall'esito del dibattito mi pare sia emersa chiara l'interpretazione del Senato, secondo la quale la legge n. 140 del 2003 non si applica all'attività rogatoria (...). Pertanto, darò disposizione che le rogatorie in questione vengano inoltrate».

⁷⁰ M. GIANNINI, *La finta ricicatura*, ne *La Repubblica*, 30 luglio 2003.

della Camera di appartenenza e non del singolo deputato o senatore. Sarebbe dunque la *ratio* del lodo ad imporre l'indisponibilità della interruzione processuale.

Tale automatismo, tuttavia, deve fare i conti con un indirizzo della Corte costituzionale che esige di dare rilievo alla volontà dell'imputato di pervenire ad una decisione di merito⁷¹. E deve raccordarsi alla natura di diritto inalienabile riconosciuta dall'art. 24 Cost. alla difesa, anche per chi è chiamato a rivestire un'alta carica dello Stato: con la conseguenza che la deroga alla previsione costituzionale può essere introdotta o con legge di pari grado (ma non è il caso della n. 140 del 2003) o con legge ordinaria a condizione che – questa – rappresenti la ragionevole risultante di un bilanciamento con un interesse costituzionale di eguale pregio (ma non è il caso dell'art. 1, legge n. 140 del 2003, frutto invece – come già dimostrato – di un interesse privato non riconducibile né ad esigenze istituzionali né a ragioni di ufficio).

Un simile regime, applicato ad uno dei cinque Presidenti interessati dalla disposizione in esame, finisce – in concreto – per danneggiare, non per tutelare, l'alto incarico ricoperto. Con esiti paradossali, declinabili in termini di incostituzionalità.

Per un verso, il diritto di difesa viene indebitamente sottratto al titolare della carica: l'imputato non può ottenere una rapida risoluzione della sua vicenda giudiziaria ed è privato della possibilità di decidere come meglio difendersi, anche sotto il profilo della tempistica processuale. Per altro verso, poiché il lodo fa salvo quanto previsto dagli artt. 90 e 96 Cost., si realizza l'irragionevole situazione di un Presidente della Repubblica o del Consiglio sottoposti – previa deliberazione parlamentare – alla giurisdizione penale (rispettivamente costituzionale o ordinaria) per reati funzionali ma, nel contempo, sottratti *ope legis* al giudice penale per reati privati comuni, «quasi che il privato cittadino meritasse una tutela che invece non è ragionevole prevedere»⁷² per il Capo dello Stato o del governo.

Come in un gioco di matrioske, i paradossi costituzionali contengono, a loro volte, conseguenze di fatto egualmente paradossali. Tale è il dato di un presidente-imputato cui è preclusa la scelta a favore di un processo immediato, dal quale è pure convinto di uscire con il riconoscimento della propria totale innocenza: condannato *ex lege*, dunque, a convivere per l'intero mandato con «l'ombra persistente di un'accusa infamante, che magari trova riscontri con riguardo ad altri coimputati comuni, i quali non hanno potuto fruire della sospensione processuale»⁷³. Una situazione opaca, alla lunga insostenibile, che potrebbe anche indurre il titolare dell'alta carica alle dimissioni, unica via d'uscita per poter ottenere subito il momento della verifica dibattimentale. Scelta obbligata, in nome del diritto individuale alla difesa. Ma tale da segnalare, nella sua incongruità, il venir meno dello scopo per il quale la interruzione del processo è stata introdotta.

La più che dubbia compatibilità del lodo con la previsione dell'art. 24 Cost. può cogliersi anche da altra prospettiva. Guardando, cioè, alla condizione processuale in cui viene ad essere legislativamente costretta la parte civile già costituitasi nel processo penale contro una delle alte cariche. I termini normativi del problema sono presto detti: l'assenza – nell'art. 1 della legge n. 140 del 2003 – di una deroga esplicita alla regola sancita dall'art. 75, comma 3, c.p.p., rinvia indefinitamente il trasferimento della pretesa risarcitoria in sede civile, condannando la parte offesa a guardare l'orizzonte lontano di un processo penale interrotto *sine die*. Né il silenzio del lodo è colmabile ermeneuticamente, perché le eccezioni

⁷¹ Cfr., ad esempio, la sentenza n. 175 del 1971 (punto 8 del considerato in diritto), che ritiene costituzionalmente garantito il diritto a rinunciare all'amnistia; oppure la sentenza n. 275 del 1990, che riconosce come imposto costituzionalmente il diritto dell'imputato alla rinuncia alla prescrizione del reato.

⁷² B. TINTI, *op. cit.*, 62.

⁷³ G. GIOSTRA, *Prove tecniche*, cit., 113.

all'art. 75, comma 3, c.p.p. sono tassative, quindi di stretta interpretazione⁷⁴. D'altra parte la revoca della costituzione di parte civile, ex art. 82 c.p.p., dovrebbe avvenire in udienza, cioè all'interno di quella fase dibattimentale che il lodo interrompe, precludendo a tutte le parti qualunque attività processuale. Insomma, una vera e propria gabbia, nella quale il danneggiato si trova rinchiuso a sua totale insaputa data l'efficacia retroattiva dell'art. 1, comma 2, legge n. 140 del 2003,

Una simile condizione processuale appare incompatibile con diversi parametri di costituzionalità⁷⁵. Violato è l'art. 24, commi 1 e 2, Cost., perché il nesso tra la sospensione dell'accertamento civile e quella *ex lege* prevista per il processo penale alle alte cariche, non può certo giustificarsi con esigenze legate alla tutela del *munus* presidenziale. Violato è l'art. 111 Cost., perché il danneggiato è costretto ad accollarsi un ingiustificato ritardo nella definizione della propria causa, la quale andrebbe invece contenuta entro una ragionevole durata. Violato è l'art. 3 Cost., perché si consuma una disparità di trattamento tra danneggiato e danneggiato a seconda di dove la pretesa risarcitoria è stata fatta valere, in sede civile o penale. La situazione denunciata configura anche una lesione all'art. 6.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla luce della giurisprudenza sul diritto di accesso ai Tribunali e sulla ragionevole durata del processo, elaborata dalla Corte di Strasburgo⁷⁶: disponendo così in contrasto con la legge 4 agosto 1955, n. 848 che della Convenzione europea ha autorizzato la ratifica e ordinato l'esecuzione, il lodo viola il (nuovo) art. 117, comma 1, Cost. che subordina la potestà legislativa statale al rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, anche di natura pattizia. Si tratta di dubbi di costituzionalità robusti, potendo vantare alcuni precedenti favorevoli nella giurisprudenza costituzionale, che hanno reso possibile l'esodo della parte civile dal processo penale, se sospeso indefinitamente a causa dell'infermità psichica (sentenza n. 330 del 1994) o fisica (sentenza n. 354 del 1996) permanenti dell'imputato.

Da ultimo, il lodo può anche essere sospettato di violazione del diritto alla prova, pure riconducibile all'art. 24 (oltre che all'art. 111) Cost. Già la Corte Suprema degli Stati Uniti, ritenendo che una interruzione processuale per l'intera durata del mandato presidenziale configurasse un abuso, rilevava come una sospensione così lunga e categorica «potrebbe aumentare il pericolo di pregiudizio risultante dalla perdita delle prove, inclusa l'incapacità dei testimoni di ricordare fatti specifici, o la possibile morte di una delle parti»⁷⁷. Non diversamente, il problema si pone anche per l'art. 1, legge n. 140 del 2003, il quale si disinteressa del *periculum in mora* relativo a materiale probatorio la cui acquisizione non sia procrastinabile, pena la sua definitiva dispersione.

Il problema si pone per la fase dello stallo dibattimentale in ragione della sua durata indefinita e quando in esso sorga, per la prima volta, l'esigenza di acquisire un elemento probatorio altrimenti deperibile. Né potrebbe essere acquisito dal solo pubblico ministero o autonomamente dalla difesa, se non a prezzo di una violazione dell'art. 111 Cost. in ragione del fatto che l'unica prova valida è quella assunta davanti al giudice nel contraddittorio tra entrambe le parti⁷⁸. Viceversa, nelle fasi che precedono il dibattimento - dunque non

⁷⁴ Si pensi, ad esempio, agli artt. 71, comma 6; 88, comma 3; 441, comma 4; 444, comma 2, c.p.p.

⁷⁵ Come denunciato in dottrina: cfr. R. ORLANDI, *op. cit.*

⁷⁶ Quanto al primo profilo cfr. le due decisioni "gemelle" Corte europea, 30 gennaio 2003, nei casi Cordova c. Italia (n. 1) e Cordova c. Italia (n. 2), sulle quali A. GUAZZAROTTI, *Strasburgo «condanna» i nostri parlamentari «linguacciuti»?*, in *Quad. cost.* 2003, 345 ss.; il secondo profilo è evidenziato invece da G. GIOSTRA, *Il "lodo Berlusconi" alla prova*, cit., 831-832, con riferimento a Corte europea, 3 aprile 2003, Anagnostopoulos c. Grecia.

⁷⁷ Corte Suprema degli Stati Uniti, cit., 2593

⁷⁸ Così E. MARZADURI, *Dubbi sullo «stop»*, cit., 24.

interessate dalla sospensione processuale - il *periculum in mora* può essere scongiurato attraverso il ricorso all'incidente probatorio, unica forma per anticipare validamente l'acquisizione di prove irripetibili⁷⁹.

L'argomento *a contrario* pare confermare l'assunto. Il silenzio del lodo a riguardo della possibile acquisizione di prove non rinviabili, appare una scelta deliberata se confrontata con quanto altrove disposto dalla stessa legge n. 140 del 2003, il cui art. 4, comma 5, si preoccupa di precisare *espressamente* che la sospensione del processo dovuta a pregiudiziale parlamentare (peraltro mai superiore a 120 giorni) non osta allo svolgimento degli atti irripetibili o urgenti. In ciò collocandosi nella linea del codice di rito penale il quale, quando vuole che la sospensione processuale non precluda il compimento di atti urgenti, lo dice *espressamente*⁸⁰. Né la lacuna del lodo sul punto può essere colmata per via interpretativa: «quale il giudice competente? Con quali modalità dovrebbe assumere la prova?»⁸¹, sono tutti interrogativi cui la risposta spetta(va) al solo legislatore, non ad un eccesso di costruttivismo interpretativo. La (non) previsione legislativa è quella che è, dunque irriducibile al diritto costituzionale alla prova, *a fortiori* se dovesse accreditarsi una interpretazione estensiva del lodo come misura che impone di sospendere non il solo processo, ma l'intero procedimento, comprensivo anche delle fasi che approdano alla richiesta di rinvio a giudizio.

Ecco perché non pare corrispondere al vero «la premessa secondo cui il nuovo istituto sospensivo in nulla dovrebbe alterare l'accertamento giurisdizionale delle responsabilità penali, limitandosi a differirlo»⁸². La realtà è che la tutela giurisdizionale, se non esclusa, è però certamente «limitata», contro quanto prescritto dall'art. 113, comma 2, Cost.⁸³. Il che si traduce in uno svantaggio per l'imputato innocente, in un vantaggio per l'imputato colpevole: mentre il primo corre il serio rischio di vedersi preclusa l'acquisizione di eventuali prove a discarico, il secondo invece – grazie ad una interruzione processuale per (almeno) cinque o sette o nove anni – può ragionevolmente scommettere sulla dispersione irrimediabile di elementi probatori a suo carico. Non si è allora lontani dal vero se si intravede, nel combinato disposto tra una stasi processuale pluriennale ed una impossibilità a compiere atti urgenti e irripetibili, la sagoma di una vera e propria scriminante.

7.1. In un'analisi a tutto campo della novità normativa introdotta dall'art. 1, legge n. 140 del 2003, è necessario anche interrogarsi sulla sostenibilità costituzionale del suo ambito soggettivo di applicazione. A tal fine, davvero essenziale è tenere distinte le due ipotesi disciplinate dalla disposizione in esame. In quanto riferita alla titolarità dell'ufficio, la misura dell'improcedibilità prevista dal 1° comma è generale ed astratta, perché giuridicamente suscettibile di ripetuta applicazione nello spazio e nel tempo. Non altrettanto può dirsi per la sospensione del processo stabilita dal 2° comma.

⁷⁹ Sul punto vedi le opportune puntualizzazioni procedurali di G. GIOSTRA, *Il "lodo Berlusconi" alla prova*, cit., 828-830.

⁸⁰ F. CORDERO, *Con una legge si vuole abolire*, cit., cita gli esempi degli artt. 47, comma 2; 70, comma 3; 71, comma 4; 344, comma 3: R. ORLANDI, *op. cit.*, aggiunge i casi degli artt. 3, comma 3; 41, comma 2; 70, comma 2.

⁸¹ G. GIOSTRA, *Prove tecniche*, cit., 9.

⁸² G. GIOSTRA, *La legge sull'art. 68 della Costituzione*, cit.

⁸³ L'osservazione è di G. AZZARITI, *Sospensione dei processi e Costituzione*, in *costituzionalismo.it*

Si tratta infatti di una disposizione retroattiva transitoria, in forza della quale vengono interrotti tutti i processi in corso alla data del 22 giugno 2003 - giorno di (immediata, *ex art. 9, legge n. 140 del 2003*) entrata in vigore del lodo - nei quali risulti imputato di reati comuni un soggetto titolare della carica di Presidente della Repubblica, del Senato, della Camera, del Consiglio, della Corte costituzionale. Trattandosi di un istituto (la sospensione processuale) già previsto da diverse disposizioni del codice di rito penale, la sua applicazione *ex tunc* non presenterebbe nulla di patologico, rispondendo anzi alla comune regola generale dell'immediata applicabilità delle norme processuali⁸⁴. Forse, però, le cose non sono così semplici. Prescindiamo, per ora, dall'argomento della dubbia natura processuale di una sospensione per *status*, su cui si tornerà in altro paragrafo. E proviamo a ragionare *come se* davvero si trattasse di un istituto processuale. Ebbene, anche muovendo da tali blocchi di partenza, gli ostacoli costituzionali che il legislatore, invece di scavalcare, pare aver abbattuto nella sua corsa a ritroso nel tempo sono almeno due.

Il primo risponde al nome di affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica. Come afferma la sentenza costituzionale n. 525 del 2000, la «tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico» è un principio costituzionale che «deve valere *anche in materia processuale*, dove si traduce (...) nel *legittimo affidamento delle parti stesse nello svolgimento del giudizio secondo le regole vigenti all'epoca del compimento degli atti processuali*». Se non c'è una ragionevole necessità di sacrificare tale affidamento, la regola processuale è illegittima nella sua pretesa di operare retroattivamente⁸⁵. E' un profilo da non sottovalutare. Nel caso del noto processo SME-Ariosto siamo in presenza di una interruzione retroattiva del dibattimento che interviene a pochi metri dal traguardo, un attimo prima della requisitoria del p.m. e, dunque, alla vigilia della sentenza. In questa prospettiva, assume ancora maggior rilievo la condizione processuale sfavorevole cui è costretta la parte civile, in ragione di una causa di sospensione *inesistente* all'atto della scelta compiuta di far valere le proprie ragioni patrimoniali in sede penale anziché civile. L'assenza di una *ratio* costituzionalmente apprezzabile all'introduzione del lodo nell'ordinamento chiude il cerchio, privando di giustificazione il sacrificio dell'affidamento delle parti processuali che si consuma nel nome della sua operatività retroattiva.

Il secondo ostacolo (costituzionale) abbattuto ha a che fare con la natura provvedimentale dell'art. 1, comma 2, legge n. 140 del 2003. Si è parlato, in proposito, di «legge *ad hoc*», in quanto «concretamente riferibile alla sola "persona" dell'attuale Presidente del Consiglio dei Ministri»⁸⁶. Forse non è corretto, alla lettera, parlare di norma *ad personam*, nel senso più stretto di provvedimento *uti singuli* assunto in veste legislativa. Ma solo perché i soggetti interessati dalla disposizione in esame sono *due* e non *uno*: il Presidente del Consiglio Berlusconi ed il Presidente del Senato Pera⁸⁷. Il che, tuttavia, non sottrae la

⁸⁴ Così N. ZANON, *op. cit.*

⁸⁵ Cfr., *amplius*, A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica*, in *Rogatorie internazionali e dintorni*, cit., 243 ss.

⁸⁶ La prima citazione è di A. PIZZORUSSO, *Giustizia e giudici*, Relazione al Convegno di Roma, 14-15 luglio 2003, organizzato dall'Accademia dei Licei sul tema «Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea», (*paper*, p.3); la seconda è di A. PACE, *op. cit.*

⁸⁷ Cfr. D. STASIO, *Le questioni sul tappeto*, in *Cass. Pen.* 2003, 1823, che ricorda come l'attuale Presidente del Senato, a seguito della sua precedente attività di responsabile giustizia di Forza Italia, risulti imputato in tre processi per diffamazione a mezzo stampa. Tali vicende processuali sono approdate alla Corte costituzionale, quale giudice dei conflitti tra poteri *ex art. 68, comma 1, Cost.*: dichiarati ammissibili, i tre conflitti risultano ad oggi ancora pendenti. Tutto ciò crea le condizioni perché la Corte debba porsi il problema di se e come il lodo incida su tali conflitti di attribuzione, potendosi addirittura ipotizzare – almeno in via teorica ed a

misura retroattiva della sospensione processuale dal novero delle norme puntuali e concrete, facendone anzi un caso di scuola di legislazione parlamentare che interviene – ora per allora - su pochissime situazioni processuali pendenti, di cui il legislatore storico aveva piena conoscenza, relative a ben determinati imputati, liberati così dal processo ma condannati ad essere segnati a dito da chiunque. In questo quadro, lo scrutinio sulla costituzionalità di una norma-provvedimento operante *ex tunc* non potrà che essere particolarmente stretto, perché quanto più basso risulta il grado di generalità-astrattezza della previsione legislativa, tanto più alto è il sospetto di una sua irragionevolezza⁸⁸.

7.2. Quanto all'ambito soggettivo di applicazione della non procedibilità per futuri processi penali, i problemi di compatibilità costituzionale hanno radici diverse.

In termini generali, da subito e da più parti⁸⁹ si è segnalato come il 1° comma dell'art.1, legge n. 140 del 2003, assimili l'inassimilabile: perché accomuna un potere-organo (il Capo dello Stato) a presidenze di organi collegiali; perché alcune cariche sono geneticamente *super partes* diversamente da altre riconducibili ad una designazione di maggioranza; perché mentre quattro cariche hanno una durata predeterminata, una (la presidenza del consiglio) è priva di scadenza certa; perché l'assenza di un rapporto gerarchico con i componenti dell'organo collegiale (Camera, Senato, Consiglio dei ministri, Corte costituzionale) rende ingiustificato un trattamento differenziato a favore del solo presidente del collegio; perché l'unico denominatore che le accomuna, a ben guardare, è davvero minimo, risolvendosi nel titolo di "Presidente".

Soprattutto, il lodo commette l'errore costituzionale di assimilare in una medesima disciplina processuale di favore «cariche che hanno una configurazione costituzionale differente»⁹⁰. Ne esce una impropria «graduatoria di immunità»⁹¹ per l'intera durata della

condizione di dimostrarne la rilevanza processuale – che possa essere «la stessa Consulta a sollevare d'ufficio dinanzi a sé la questione di legittimità costituzionale» dell'art. 1, comma 2, legge n. 140 del 2003, nell'ambito di essi (così D. STASIO, *Ma sulla legge resta il test Consulta*, in *Il Sole-24 Ore*, 4 luglio 2003).

⁸⁸ Dell'art. 1, comma 2, legge n. 140 del 2003, viene ora prospettata da G. GIOSTRA, *Il "lodo Berlusconi" alla prova*, cit., 834-836, una interpretazione che ne negherebbe il carattere di norma-provvedimento. Secondo l'Autore, la sospensione andrebbe riferita – per l'evidente *eadem ratio* – non solo ai processi penali in corso alla data di entrata in vigore del lodo, ma anche ai processi – pendenti o futuri - in cui risulti imputato un soggetto che, *successivamente alla entrata in vigore della legge n. 140 del 2003*, assuma una delle cinque presidenze. In questa prospettiva, il 2° comma regolerebbe la sorte dei processi avviati *prima* dell'assunzione della carica (mentre il 1° comma disciplinerebbe i casi di processi penali avviati *dopo* l'assunzione della carica).

Tale interpretazione non appare però compatibile con la lettera del 2° comma, che ne specifica l'ambito di applicazione sia temporale («dalla data di entrata in vigore della presente legge»: dunque il 22 giugno 2003), sia spaziale («sono sospesi [...] i processi penali *in corso*»), sia soggettivo («i soggetti di cui al comma 1»: cioè il Presidente della Repubblica, del Senato, della Camera, del Consiglio, della Corte costituzionale *in carica*). La sua natura di norma speciale derogatoria del diritto comune, inoltre, ne vieta interpretazioni estensive o analogiche. Ne esce dunque confermata l'efficacia retroattiva e provvedimentale della disposizione in esame, come - più in generale - l'irragionevolezza dell'intero art. 1, legge n. 140 del 2003, per aver omesso di considerare le ipotesi di processi pendenti o futuri relativi a imputati che, *in itinere iudicii*, assumano una delle cinque alte cariche interessate dal lodo.

⁸⁹ Cfr. T. E. GIUPPONI, *Immunità, improcedibilità...incostituzionalità? L'attuazione dell'art. 68 Cost. e il "lodo Maccanico"*, in *Forum dei Quad. cost.*; C. GUARNIERI, *Estendere le garanzie può aiutare le riforme*, in *Il Sole-24 Ore*, 6 giugno 2003; E. MARZADURI, *Dubbi sullo «stop»*, cit., 24; A. PACE, *op. cit.*, G. STAMMATI, *op. cit.*, G. E. VIGEVANI, *La sospensione dei processi per le alte cariche tra personalizzazione delle istituzioni e mito del capo*, in *Forum dei Quad. cost.*

⁹⁰ M. VOLPI, *op. cit.*

⁹¹ B. TINTI, *op. cit.*, 62.

carica che vede, in ordine crescente di tutela: il Capo dello Stato (processabile per alto tradimento e attentato alla Costituzione e possibile destinatario di misure cautelari a discrezione della sola autorità giudiziaria); il Presidente del Consiglio (processabile per reati ministeriali ma – se parlamentare – coperto dall'art. 68 Cost.); i Presidenti di Camera e Senato e della Corte costituzionale (mai processabili, nemmeno per reati funzionali, e garantiti da un filtro – camerale o collegiale – da possibili misure cautelari). Quale sia la *ratio* di una simile architettura complessiva, non è dato sapere.

Portando poi in primo piano le singole situazioni soggettive interessate dal lodo, emergono specifiche ragioni di incostituzionalità. L'introduzione di una improcedibilità per reati extrafunzionali smentisce la lettura più corretta dell'art. 90 Cost., che chiama il Capo dello Stato a rispondere – sul piano civile e penale – di quanto commesso *uti civis*⁹².

L'art. 68 Cost. – nell'ipotesi di reato extrafunzionale commesso da un parlamentare – ammette l'avvio dell'azione penale, salva la possibilità di condizionare ad una autorizzazione della camera di appartenenza l'esercizio di particolari atti limitativi di libertà. Viceversa il lodo pretende di sospendere *ab origine* l'azione penale per (almeno) due figure necessariamente parlamentari, i Presidenti della Camera e del Senato.

Le limitatissime eccezioni costituzionali al principio di eguaglianza (e quindi alla procedibilità in ordine a reati da chiunque commessi) non riguardano funzioni di governo, per le quali semmai vale il paradigma opposto, *ex artt. 28, 77, comma 2, 96 Cost.*: nessuna improcedibilità per reati comuni, piena responsabilità quanto ai reati funzionali (sia pure condizionata ad apposito vaglio parlamentare)⁹³. Il lodo, invece, dispone diversamente per il Presidente del Consiglio. Di più: mentre il lodo sarebbe preordinato a tutelare il Primo ministro *pro tempore* da temuti sviamenti nell'esercizio della funzione giurisdizionale, la legge di attuazione dell'art. 96 Cost. prevede la negazione dell'autorizzazione a procedere per reati ministeriali *esclusivamente* in presenza di una causa di giustificazione politico-costituzionale⁹⁴ che non chiama in causa alcun *fumus persecutionis*. La stessa legge cost. n. 1 del 1989 – come già ricordato – non dispone, peraltro, la sospensione processuale per il *premier* imputato di reati ministeriali.

Quanto al Presidente della Corte costituzionale, il lodo o è inutile o è illegittimo. E' certamente inutile se si qualifica come ricettizio il rinvio dell'art. 3, comma 2, legge costituzionale n. 1 del 1948, al (vecchio) articolo 68 Cost.: con la conseguenza che ai giudici costituzionali – Presidente compreso – continuerà ad applicarsi l'istituto dell'autorizzazione a procedere in tutta la sua originaria ampiezza⁹⁵. Se trattasi, invece, di rinvio non ricettizio, il lodo riguarderebbe il solo Presidente della Consulta. Ma ciò si risolve in una sua duplice ragione di incostituzionalità. In primo luogo per violazione del (nuovo) art. 68 Cost., che non prevede alcuna sospensione *ab origine* dell'azione penale, ma solo una sua condizione sospensiva, rimovibile, per specifici atti d'indagine o misure cautelari incidenti sulla libertà

⁹² Cfr. Cass., sentenze 27 giugno 2000, n. 8733 e n. 8734, peraltro fatte oggetto di un inedito ricorso per conflitto di attribuzioni, già dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 455 del 2002, ma a tutt'oggi ancora pendente: cfr. *Il "caso Cossiga". Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, a cura di R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, Torino 2003.

⁹³ Lo ricorda, ad esempio, G. E. VIGEVANI, *op. cit.*

⁹⁴ E cioè l'aver agito «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo»: art. 9, comma 3, legge cost. n. 1 del 1989.

⁹⁵ Così, acutamente, R. ORLANDI, *op. cit.*, il quale rileva come l'inapplicabilità del lodo discenda dall'applicazione dell'art. 343, comma 3, c.p.p. (novellato dall'art. 2 della legge n. 140 del 2003), che stabilisce la prevalenza della autorizzazione a procedere prescritta dalla Costituzione sulle procedure introdotte dalla legge n. 140, lodo compreso.

personale, di domicilio, di corrispondenza. In secondo luogo per violazione dell'art. 137, comma 1, Cost. e delle leggi costituzionali cui rinvia (art. 3, legge costituzionale n. 1 del 1948; art. 5, legge costituzionale n. 1 del 1953), che accomunano lo *status* di tutti i quindici componenti della Consulta e le relative gaurentigie.

Ne esce, alla fine, un ambito soggettivo di applicazione del lodo privo di una apprezzabile coerenza interna. Il dato, altrimenti inesplicabile, può invece trovare una spiegazione plausibile sul piano squisitamente politico: come una cortina fumogena, l'estensione dell'art. 1, legge n. 140 del 2003, ai Presidenti della Repubblica, delle Camere, della Consulta, sarebbe servita a mimetizzare la natura altrimenti smaccatamente *ad personam* di una interruzione processuale pensata essenzialmente per far fronte a problemi giudiziari – pendenti e futuri – del Presidente del Consiglio.

8. *Ratio*, temporaneità, ambito oggettivo di applicazione, interruzione (totale o parziale) del procedimento penale, automaticità, indisponibilità, retroattività, ambito soggettivo di applicazione: sono questi gli elementi strutturali del lodo fin qui passati in rassegna. Siamo ora nelle condizioni ottimali per interrogarci su quale sia la reale natura giuridica della misura introdotta dall'art. 1, legge n. 140 del 2003.

Si tratta davvero di una sospensione processuale? Chi risponde affermativamente al quesito⁹⁶ fa leva sulle differenze intercorrenti tra sospensione e immunità. L'immunità, tutelando l'autonomia da altri poteri nell'esercizio di una carica, implica un nesso funzionale tra *munus* e reati commessi; sottraendo il soggetto alla giurisdizione, ne è richiesta l'introduzione con legge costituzionale e solo a favore di organi titolari di funzioni di rilievo costituzionale. Diversamente, la sospensione disposta dal lodo, tutelando l'ufficio dagli effetti del processo penale in corso, richiede un mero collegamento tra la carica esercitata e l'interruzione temporanea del dibattimento; non esonerando il soggetto dalla giurisdizione - solo temporaneamente sospesa - può essere introdotta con legge ordinaria, come dimostrato dalle numerosissime altre ipotesi di stasi processuale rintracciabili nell'ordinamento. Del resto, l'istituto della sospensione ha uno spettro di applicazione talmente generalizzato da qualificarsi quale ipotesi fisiologica (art. 18, lett. *b*, c.p.p.), riconducibile pure a qualità personali dell'imputato (art. 71 c.p.p.), dalla durata temporale anche indeterminata (si pensi alla sospensione nei casi di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia o di impugnazione incidentale alla Corte costituzionale). L'art. 1, legge n. 140 del 2003, dunque, non introdurrebbe nulla di nuovo né di anomalo.

E', quella illustrata, una strategia argomentativa controvertibile. Laddove il codice prevede ipotesi di sospensione, queste sono giustificate da esigenze interne al processo; gli stessi termini di durata della conseguente interruzione vengono calibrati in relazione a tali esigenze. Il caso del lodo è affatto diverso. Si tratta, infatti, di una non processabilità imposta in relazione alla mera titolarità di una carica, dunque per ragioni che non hanno nulla a che vedere con cause o motivazioni endoprocessuali.

Né vale il richiamo all'ipotesi di interruzione per infermità psichica dell'imputato. Tacendo dell'involontaria comicità dell'analogia, la *ratio* dell'art. 71 c.p.p. è tutta endoprocessuale, richiedendo «quale presupposto per la sospensione del processo uno stato mentale che non consente all'imputato di partecipare coscientemente al processo stesso» e giustificandosi in forza del diritto costituzionalmente tutelato all'autodifesa (così la sentenza costituzionale n. 281 del 1995). Il che non può certo predicarsi per la sospensione introdotta dal lodo. Se nel caso di infermità psichica dell'imputato siamo, dunque, in

⁹⁶ Ad esempio il collegio difensivo del Presidente del Consiglio nell'ultima udienza del processo milanese SME-Ariosto: la ricostruzione sistematica prospettata dagli avvocati Ghedini e Pecorella, secondo la quale il lodo introduce una sospensione, non un'immunità, è fatta oggetto di sintesi nel testo.

presenza di una scelta connotata da discrezionalità tecnica e imposta dall'art. 24 Cost., viceversa l'ipotesi di una improcedibilità per *status* istituzionale è frutto di una scelta squisitamente politica e costituzionalmente non necessitata⁹⁷. Varrà inoltre la pena sottolineare che la norma del codice di rito penale prevede la possibilità di atti processuali urgenti come pure la possibilità per il giudice di pronunciare una sentenza di merito, se di proscioglimento o di non luogo a procedere⁹⁸. Tutte cose che invece il lodo – come si è visto – preclude.

Infine, l'ipotesi contemplata dall'art. 1, legge n. 140 del 2003, non può considerarsi equivalente - per la sua durata imprevedibile - ad altre sospensioni egualmente indeterminate, trattandosi sempre di situazioni oggettive di carattere endoprocessuale dove l'interruzione del processo è correlata all'attivazione di altri organi che devono rendere un giudizio preventivo rispetto alla prosecuzione del dibattimento: è il caso – ad esempio – di una ricusazione, di un incidente di costituzionalità, di una pregiudiziale comunitaria o amministrativa.

La giustificazione extraprocessuale della moratoria imposta dal lodo, unitamente alla sua (finta) temporaneità ed al serio pericolo di una deperibilità di prove non acquisibili in alcun modo durante la stasi dibattimentale, segnano una metamorfosi nella qualificazione giuridica di quella che *solo nominalmente* è una sospensione processuale: siamo in presenza di qualcosa di diverso. E', questo qualcosa, una prerogativa introdotta dal legislatore a tutela di alte cariche istituzionali? In fondo essa sembra operare a garanzia di cinque specialissime posizioni, investite di delicatissime funzioni d'indirizzo politico o di garanzia costituzionale. A ciò andrebbe ricollegata la finalità fondamentale del lodo, che «non è quella di lasciare impuniti alcuni reati, ma di evitare conflitti tra poteri dello Stato attraverso la sospensione temporanea dei processi»⁹⁹. Alcune caratteristiche strutturali del lodo confermerebbero l'assunto: la sua validità per qualsiasi reato; la provvisorietà della sospensione processuale, accompagnata dall'interruzione dei termini di prescrizione; l'automaticità della tutela (sottratta così alla regola di maggioranza) e la sua indisponibilità (proprio perché posta a garanzia del *munus*).

Anche in questo caso, gli argomenti non persuadono fino in fondo. La linea di confine che separa una prerogativa da un privilegio passa attraverso l'essenziale legame del trattamento differenziato con l'esercizio di una funzione costituzionalmente rilevante, non con la sua mera titolarità. Si può cioè parlare di prerogativa solamente se il trattamento differenziato previsto si rivolge *direttamente* a tutela della funzione, e solo *indirettamente* a garanzia della persona che la esercita. Ma – come si è visto - non è questo il caso del lodo, dichiaratamente operativo per reati extrafunzionali e addirittura pregressi all'assunzione della carica istituzionale che si vorrebbe tutelata. La sua è, dunque, una improcedibilità concessa non per la funzione esercitata, ma per la mera circostanza di rivestirla. E un simile meccanismo segna una discontinuità nella tradizione costituzionale italiana (ma non solo¹⁰⁰), che vuole la prerogativa connaturata alla natura della funzione svolta e non all'identità di colui che la pone in essere¹⁰¹.

⁹⁷ La pertinente osservazione è di R. OLIVERI DEL CASTILLO, *op. cit.*, 36.

⁹⁸ Come rileva R. ORLANDI, *op. cit.*

⁹⁹ Così la relatrice alla Camera dei Deputati, onorevole Mazzoni: cfr. Commissioni riunite I (Affari costituzionali) e II (Giustizia), seduta del 11 giugno 2003, resoconto stenografico.

¹⁰⁰ Cfr. T. F. GIUPPONI, *Tendenze europee in materia di immunità costituzionali*, in *Quad. cost.* 2003, 669 ss. In controtendenza è, invece, il caso francese: E. GROSSO, *La «prevalenza del politico» e le cause dell'irresponsabilità giuridica di fatto del Presidente della Repubblica francese*, in *Il «caso Cossiga»*, cit., 209 ss.

Tale ragionamento non pare contestabile neppure rammentando¹⁰² che il vecchio art. 68 Cost., prevedendo un'autorizzazione a procedere per reati comuni, agganciava l'immunità *esclusivamente allo status di parlamentare*. L'obiezione è seria, ma non ineccepibile. A ben vedere, infatti, il previgente regime dell'immunità parlamentare rappresentava un meccanismo di verifica preventiva, caso per caso, circa le ragioni dell'esercizio della funzione giurisdizionale nei confronti del parlamentare, per il quale veniva chiesto il nullaosta della camera di appartenenza: difatti, la sua concessione ovvero il suo diniego passava attraverso l'accertamento dell'assenza o presenza di un *fumus persecutionis* a suo danno. Che poi, nella giurisprudenza parlamentare, tutto questo si sia convertito in una sorta di improcedibilità per *status* pressoché automatica, è solamente il segnale di un abuso noto a tutti e (allora) deplorato in sede politica non meno che scientifica. Peraltro, non è privo di rilievo che la riforma introdotta con la legge costituzionale n. 3 del 1993 abbia modificato la vecchia formulazione dell'art. 68 Cost., non sul punto del necessario nesso funzionale (1° comma) quanto, invece, proprio nel regime autorizzatorio (2° comma): riducendone l'ambito di operatività, conservandone la funzione a tutela dell'autonomia della Camera (e non a favore del singolo parlamentare), ribadendone la condizione risolutiva nell'accertamento di un abuso nell'esercizio della funzione giurisdizionale, escludendolo non a caso nelle ipotesi di flagranza di reato e di esecuzione del giudicato (ipotesi cioè nelle quali il sospetto di abuso giudiziario non è configurabile). Rispetto al vecchio (e, *a fortiori*, al nuovo) art. 68 Cost., il lodo introduce invece una improcedibilità «tombale»¹⁰³, automatica, in ragione di uno *status*, indipendentemente da come è stata esercitata la funzione giurisdizionale.

Ecco perché quella introdotta con l'art. 1, legge n. 140 del 2003 solo in apparenza è una sospensione processuale a prerogativa di uffici istituzionali apicali. La sua sostanza normativa è invece quella di un privilegio personale in grado di operare – a determinate condizioni - ora come immunità processuale ora come vera e propria scriminante. Dunque una misura di favore mascherata, elargita generosamente dal legislatore a cinque soggetti, a prescindere da esigenze funzionali, a prescindere da esigenze endoprocessuali, sol perché titolari di un'alta carica e per tutta la durata di quella (e delle altre che potranno seguire). In questa cornice non appare fuori luogo la denuncia di una violazione del principio di eguaglianza. Sia in assoluto, perché il trattamento processuale diseguale si risolve in un privilegio derivante da «condizioni personali e sociali» che l'art. 3 Cost., viceversa, esclude possano fondare una deroga alla regola dell'eguaglianza. Sia in relativo, adoperando quale *tertium comparationis* la condizione del comune cittadino-imputato di reati comuni: a parità di situazione processuale, infatti, il lodo prescrive la non processabilità solo del presidente-imputato.

9. Sorprende davvero che una simile novità legislativa abbia, fin qui, superato agevolmente tutti i meccanismi di controllo incrociati lungo il proprio cammino.

Nonostante la sua dubbia attinenza alla materia disciplinata dalla legge n.140 del 2003, l'emendamento 1.500 è stato dichiarato ammissibile dalla Presidenza del Senato, con

¹⁰¹ L'osservazione è comune: cfr., per tutti, A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, una legge a rischio di incostituzionalità*, in *Diritto&Giustizia* 2003, n. 26, 9-10.

¹⁰² Come fa Augusto Barbera, cui devo l'obiezione e che, anche in ragione di ciò, considera indifferibile un intervento costituzionale di razionalizzazione nella materia, oramai atomizzata, delle immunità politiche: cfr. A. BARBERA, *Norma nata dall'emergenza. Evitare il conflitto Consulta-premier*, intervista di G. Fregonara, in *Il Corriere della Sera*, 26 giugno 2003.

¹⁰³ L'espressione è di M. VOLPI, *op. cit.*

una motivazione capace di imporsi più per l'inappellabilità della decisione che per la sua forza persuasiva¹⁰⁴. A fronte dei non pochi problemi di costituzionalità, forse troppo sbrigativo risulta il parere - certamente politico, ma pur sempre a valenza tecnica – espresso dalle Commissioni Affari costituzionali, specialmente in ordine alla possibilità di veicolare il lodo attraverso una legge ordinaria¹⁰⁵. Quanto al momento della promulgazione, è noto che nell'occasione il Capo dello Stato si è attenuto, ufficializzandola¹⁰⁶, ad una controversa dottrina del potere presidenziale di rinvio, esercitabile esclusivamente quando la legge appaia «manifestamente incostituzionale».

La parola è ora alla Corte costituzionale, già convocata il 9 dicembre prossimo per discutere l'incidente di costituzionalità relativo all'art. 1, comma 2, legge n. 140 del 2003, subito promosso all'indomani dell'entrata in vigore della legge¹⁰⁷. Dal suo risultato dipenderà anche la prosecuzione di un procedimento referendario abrogativo del lodo, giunto oramai alla fase del controllo di legittimità dell'Ufficio centrale presso la Cassazione.

Se è lecito un induttivo pronostico, quello che sul piano giuridico costituzionale appare (almeno a chi scrive) uno snodo dall'esito ragionevolmente prevedibile, potrà trasformarsi invece in un passaggio politicamente controverso e delicato se la Consulta deciderà di affrontare i nodi costituzionali del "lodo Maccanico" secondo una contingente logica arbitrale tra le ragioni del politico e quelle del giudiziario. Con ciò, però, assumendo un ruolo improprio: perché delle leggi la Corte costituzionale è giudice, non arbitro tra contendenti.

Andrea Pugiotto
(*Straordinario di Diritto costituzionale*
nell'Università di Ferrara)

¹⁰⁴ Cfr. Aula Senato, 3 giugno 2003, 407[^] seduta

¹⁰⁵ Cfr. parere della Commissione I (Affari costituzionali), Senato, 3 giugno 2003.

¹⁰⁶ Il riferimento è all'esternazione presidenziale del 26 giugno 2003 presso l'Università Humboldt di Berlino: sulla vicenda si possono vedere le non coincidenti valutazioni di C. CHIMENTI, *Quirinale e rinvio delle leggi alla Camera*; G. D'AMICO, *Il Presidente Ciampi, il c.d. lodo Schifani e la favola della volpe dalla coda mozzata*; C. FUSARO, *Sempre più difficile...fare il presidente (della Repubblica). Risposta a Carlo Cimenti*; C. CHIMENTI, *Replica a Carlo Fusaro*. Tutti i contributi citati si leggono in *Forum dei Quad. cost.*

¹⁰⁷ Vedi *supra* nota 2. Per i primi commenti all'ordinanza di rinvio del Tribunale di Milano cfr. G. DI CHIARA, *Nota a Trib. Milano, ordinanza 27 giugno 2003*, in *Foro it.* 2003, II, 421; G. GIOSTRA, *Il "lodo Berlusconi alla prova*, cit., 825 ss.; E. MARZADURI, *Al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 81; A. PUGIOTTO, *Lodo Maccanico, non una (semplice) sospensione, ma una vera immunità*, in *Diritto&Giustizia* 2003, n. 29, 31 ss.; G. SPANGHER, , *"Lodo Maccanico" alla Consulta, con qualche perplessità*, in *Diritto&Giustizia* 2003, n. 38, 8 s.; A. VIRGILIO, *op. cit.*