

ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE

Memoria di costituzione

del **dott. Manlio Minale**, nella sua qualità di Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano, e del **dott. Fabio De Pasquale**, nella sua qualità di Sostituto Procuratore della Repubblica presso il medesimo Tribunale, entrambi rappresentati e difesa in forza di procure speciali a margine del presente atto, dal **prof. avv. Alessandro Pace**, ed elettivamente domiciliati in Roma, Piazza delle Muse 8 presso lo Studio legale Pace – Associazione professionale

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 124 del 2008

per contrasto con gli artt. 3, 68, 96, 111, 112 e 138 Cost

sollevato con ord. 26 settembre 2008 dal Tribunale di Milano nel processo a carico di Silvio Berlusconi e di Donald David Mackenzie (G.U., I serie, 17 dicembre 2008, n. 52)

(reg. ord. n. 398 del 2008)

1. PREMESSA

Alla data di entrata in vigore della legge 23 luglio 2008, n. 124 (il cui art. unico al comma 1 dispone: «*Salvi i casi previsti dagli articoli 90 e 96 della Costituzione, i processi penali nei confronti dei soggetti che rivestono la qualità di Presidente della Repubblica, di Presidente del Senato della Repubblica, di Presidente della Camera dei deputati e di Presidente del Consiglio dei ministri sono sospesi dalla data di assunzione e fino alla cessazione della carica o della funzione. La sospensione si applica anche ai processi penali per fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione*») nel processo *a quo* risultava, tra gli altri, imputato l'attuale Presidente del Consiglio on. Silvio Berlusconi in concorso con Donald David Mills per fatti commessi, secondo l'ipotesi accusatoria, fino al 29 febbraio 2000.

Ciò premesso, poiché lo stesso articolo dispone, all'ultimo comma, che «*Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai processi penali in corso, in ogni fase, stato o grado, alla data di entrata in vigore della presente legge*», il Tribunale di Milano si è venuto a trovare di fronte alla seguente alternativa: o sospendere il processo a carico di Silvio Berlusconi ovvero – in caso di non manifesta infondatezza delle eccezioni - sollevate dal P.M. - di trasmettere gli atti alla Corte costituzionale.

Di qui l'indiscutibile rilevanza della q.l.c. per la decisione nel giudizio *a quo*.

IN RITO

2. Sull'ammissibilità della costituzione del p.m. nel presente giudizio incidentale di legittimità costituzionale

2.1. Il pubblico ministero, nella persona dei deducenti magistrati della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, ha esercitato l'azione penale nel giudizio *a quo* e, nel corso di esso, a fronte dell'eccezione sollevata dalla difesa dell'imputato Silvio Berlusconi - secondo la quale il processo avrebbe dovuto essere sospeso ai sensi dell'art. 1 della legge n. 124 del 2008 - ha prospettato al Tribunale l'incostituzionalità di tale legge sotto svariati profili, tutti sostanzialmente recepiti dal giudice *a quo* nell'ordinanza sopra citata.

Ciò detto, e prima di passare alla illustrazione dei vari profili di cui si compone la q.l.c. sollevata dal Tribunale di Milano, i concludenti ritengono doveroso sottolineare a codesta ecc.ma Corte costituzionale le ragioni in virtù delle quali essi ritengono ammissibile la loro costituzione in questo giudizio, nonostante il risalente indirizzo interpretativo di codesta ecc.ma Corte contrario alla costituzione dinanzi ad essa, in sede di giudizio di legittimità costituzionale, dell'ufficio del pubblico ministero del giudizio *a quo* (ord. n. 327 del 1995, sentenze nn. 1 e 375 del 1996, sent. n. 361 del 1998).

*

2.2. Delle quattro decisioni sopra richiamate sono tuttavia rilevanti, per il caso di specie, solo la prima¹ e l'ultima², le altre due non concernendo l'ammissibilità della

¹ **Ord. n. 327 del 1995:** «...è da considerare irricevibile l'atto di deduzioni depositato dal Sostituto Procuratore della Repubblica presso la Pretura circondariale di Catania, non essendo prevista e disciplinata dalle norme generali ed integrative di procedura dinanzi alla Corte la costituzione, nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale, del pubblico ministero del giudizio principale».

² **Sentenza n. 361 del 1998:** «1. - Preliminarmente la Corte deve prendere in esame le questioni della ammissibilità della costituzione in giudizio del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino (r.o. n. 915 del 1997) e della provincia di Bologna, qualificatasi come persona offesa nel procedimento avanti al tribunale per i minorenni di Bologna (r.o. n. 776 del 1997).

1.1. - Come questa Corte ha più volte avuto occasione di affermare (sentenze numeri 1 e 375 del 1996 e ordinanza n. 327 del 1995), la costituzione del pubblico ministero nel giudizio incidentale di costituzionalità deve ritenersi inammissibile: infatti, nonostante al pubblico ministero debba riconoscersi la qualità di parte nel processo *a quo*, da un lato la peculiarità della sua posizione ordinamentale e processuale, dall'altro l'attuale disciplina (articoli 20, 23 e 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87; articoli 3 e 17 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale), che tiene distinti il "pubblico ministero" e le "parti", inducono ad escludere la costituzione in giudizio di tale soggetto.

La peculiarità del ruolo del pubblico ministero fa poi ritenere non irragionevole la scelta discrezionale del legislatore di distinguere tale organo rispetto alle parti del procedimento *a quo*, non prevedendone la legittimazione a costituirsi nel giudizio sulle leggi. Appare pertanto priva di fondamento la questione di legittimità costituzionale degli articoli 23 e 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nella parte in cui non contemplano il pubblico ministero tra i soggetti che possono costituirsi, prospettata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino nelle deduzioni scritte presentate sotto forma di atto di costituzione, nonché nell'illustrazione delle ragioni che è stato ammesso a rendere nell'udienza pubblica».

costituzione in giudizio del pubblico ministero nel giudizio penale (ma del procuratore regionale della Corte dei conti a cui si applica una diversa disciplina)³.

Gli argomenti contrari alla legittimazione del p.m. sono i seguenti:

- 1) la distinta menzione del “pubblico ministero” e delle “parti” nell’attuale disciplina della legge 11 marzo 1953, n. 87 (artt. 20, 23 e 25);
- 2) la menzione delle sole “parti” nella disciplina delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale (artt. 3 e 17 [ora 16]);
- 3) la peculiarità della posizione ordinamentale e processuale del p.m. nonostante ad esso debba riconoscersi la qualità di parte nel processo *a quo*.

*

**Irrilevanza, per il problema *de quo*, dell’art. dell’art. 20
della legge 11 marzo 1953, n. 87**

2.3. Primo argomento. Va subito detto che il richiamo all’art. 20 della legge n. 87 del 1953 è, per ammissione di codesta Corte, del tutto privo di rilevanza. Come statuito nella sentenza n. 163 del 2005, il secondo comma dell’art. 20 detta infatti

³ **Sentenza n. 1 del 1996:** «3. - Preliminarmente è necessario valutare l'ammissibilità della costituzione in giudizio del Procuratore regionale della Corte dei conti.

Questi motiva la propria partecipazione al giudizio incidentale qualificandosi parte necessaria dei giudizi in corso dinanzi alla Corte dei conti e richiamando la previsione di cui al secondo comma dell’art. 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87, dove si prevede appunto che, avvenuta la notificazione dell’ordinanza di remissione ai sensi dell’art. 23, *le parti* possono presentare le loro deduzioni. Ma è proprio il richiamo all’art. 23 che non consente di assimilare la posizione del pubblico ministero a quella delle parti in causa, trattandosi di soggetti ben distintamente individuati come *separate figure* destinatarie della notifica nell’ultimo comma della norma citata.

Non v’è dubbio che la collocazione del pubblico ministero nel processo sia del tutto peculiare, soprattutto allorché egli sia il titolare del potere d’impulso del processo stesso. Nella specie il Procuratore regionale ha appunto l’esercizio dell’azione di responsabilità, e sempre agisce nell’interesse oggettivo dell’ordinamento, assumendo un vero ruolo di "organo di giustizia"; di talché la situazione in esame coincide con quella già scrutinata da questa Corte nell’ordinanza n. 327 del 1995.

In tale occasione si è rilevato che non è prevista né disciplinata dalle norme generali e dalle norme integrative di procedura dinanzi alla Corte la costituzione, nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale, del pubblico ministero del giudizio principale. Nell’impossibilità, per le anzidette ragioni, di un’applicazione analogica della disciplina dettata per le parti, deve quindi dichiararsi inammissibile la costituzione del Procuratore regionale».

Sentenza n. 375 del 1996: «2. La Corte deve, anzitutto, pronunciarsi sull’ammissibilità della costituzione in giudizio del Procuratore regionale della Corte dei conti.

La giurisprudenza costituzionale ha già avuto occasione di evidenziare la specificità della posizione del pubblico ministero, soprattutto allorché egli sia il titolare del potere d’impulso del processo, come, per l’appunto, nel caso del Procuratore regionale, che esercita l’azione di responsabilità e agisce sempre nell’interesse oggettivo dell’ordinamento, assumendo il ruolo di "organo di giustizia". In ragione di tale specificità, questa Corte (sentenza n. 1 del 1996; ordinanza n. 327 del 1995) ha escluso che la costituzione, nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale, del pubblico ministero dei giudizi a quibus possa reputarsi prevista o disciplinata dalle norme generali e dalle norme integrative di procedura dinanzi alla Corte costituzionale e, al tempo stesso, di poter ricorrere all’applicazione, in via analogica, della disciplina dettata per le parti.

Sulla base di tali orientamenti, dai quali non vi è motivo di discostarsi, la costituzione del Procuratore regionale va, pertanto, dichiarata inammissibile».

una previsione generale che riguarda la rappresentanza e la difesa nel giudizio. Con essa viene disposto, una volta per tutte, che per gli organi dello Stato (tra cui gli uffici del pubblico ministero) non è richiesta una difesa “professionale”.

Il che evidentemente esclude che “qualsiasi” soggetto, per il mero fatto di essere titolare di un organo della persona giuridica statale (o regionale) possa intervenire nei giudizi davanti alla Corte costituzionale.

Ma se è vero quel che afferma la citata sentenza (richiamandosi alla precedente sent. n. 350 del 1998), e cioè che l’art. 20 cit. *«non riguarda, né vale a modificare, la disciplina della legittimazione ad essere parte o ad intervenire in giudizio»*, tale norma non può evidentemente essere utilizzata nemmeno per negare la legittimazione del p.m. a costituirsi in giudizio.

*

**La distinta menzione del “pubblico ministero” e delle “parti”
negli artt. 23 e 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87**

2.4. Ancora sul primo argomento. Parimenti non decisivi, contro la legittimazione del p.m., sono gli argomenti desumibili dagli artt. 23 e 25 della legge n. 87 del 1953.

Dispone l’art. 23, comma 4: *«L’autorità giurisdizionale ordina che a cura della cancelleria l’ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale sia notificata, quando non se ne dia lettura nel pubblico dibattimento, alle parti in causa ed al pubblico ministero quando il suo intervento sia obbligatorio»*.

Dispone a sua volta l’art. 25, comma 2: *«Entro venti giorni dall’avvenuta notificazione dell’ordinanza, ai sensi dell’art. 23, le parti possono esaminare gli atti depositati nella cancelleria e presentare le loro deduzioni»*.

Iniziamo dall’art. 23 comma 4. Obiettivamente, esso contiene due soli precetti. Il primo: l’ordinanza di trasmissione deve essere notificata alle “parti” (senza escluderne alcuna). Il secondo: l’ordinanza di trasmissione deve però essere notificata anche al p.m. che non sia stato parte, se il suo intervento nel processo è obbligatorio.

Ne consegue che desumere dal combinato disposto dell’art. 23 comma 4 e dell’art. 25 comma 2, l’argomento secondo il quale il p.m., non essendo menzionato nell’art. 25 comma 2 (diversamente dall’art. 23 comma 4), non avrebbe titolo per costituirsi in giudizio⁴, è doppiamente non condivisibile.

⁴ Nel senso criticato v. **S. Bellomia**, *Costituzione di parti, intervento di terzi e intervento del pubblico ministero nel giudizio costituzionale incidentale*, in **AA.VV.**, *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padova, 1985, p. 71.

In primo luogo, l'art. 23 comma 4, non disponendo espressamente che l'ordinanza non debba essere notificata al p.m. ancorché sia stato parte in giudizio, diversamente da quanto opinato dalla tesi criticata, ne impone anzi la notifica al p.m. proprio perché è stato "parte", a prescindere dal fatto che il suo intervento fosse o meno obbligatorio.

In secondo luogo, secondo la tesi criticata, l'art. 25, comma 2, disponendo che «entro venti giorni (...) le parti possono esaminare gli atti depositati nella cancelleria e presentare le loro deduzioni», escluderebbe, per ciò stesso, la possibilità del p.m. di costituirsi. Ma se l'art. 23 comma 4 non esclude affatto che al p.m., che è stato "parte" nel giudizio *a quo*, non debba essere notificata l'ordinanza di rinvio, come si può negare, sulla sola base dell'art. 25 comma 2 (che rinvia, per l'appunto, all'art. 23), che il p.m. non possa costituirsi nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale ancorché sia stato parte nel giudizio *a quo*?

E come escludere che sia parte del giudizio incidentale di costituzionalità il p.m. il cui «*intervento sia obbligatorio*» nel giudizio *a quo*, quando l'art. 23 comma 4 lo considera destinatario necessario della notifica (e quindi "parte" anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 25 comma 2)?

*

2.5. Conseguenze da quanto fin qui argomentato che, mentre l'art. 20, alla luce dell'interpretazione datane da codesta Corte, è irrilevante, il combinato disposto degli artt. 23, comma 4 e dell'art. 25 comma 2, letteralmente interpretati, anziché prospettare argomenti contrari alla legittimazione del p.m., offre inequivocabili indicazioni in favore della legittimazione del p.m. a costituirsi nel giudizio di legittimità costituzionale.

Ma se questo è vero, è di tutta evidenza che anche il secondo argomento, che si fonda sugli artt. 3 e 17 delle "vecchie" Norme integrative, non è decisivo per l'esclusione della legittimazione del p.m.

Tanto gli artt. 3 e 17 delle "vecchie" Norme integrative quanto gli artt. 3 e 16 delle "nuove" si limitano infatti a parlare di "parti". Con il che essi non fanno altro che presupporre una nozione *aliunde* determinata. Essi quindi non spostano di un millimetro le conclusioni (favorevoli) raggiunte alla luce degli artt. 23 e 25 della legge n. 87 del 1953.

*

Determinante influenza, per la soluzione del problema, dei principi costituzionali della "parità delle armi" e del "contraddittorio"

2.6. Afferma la Corte, nella cit. sentenza n. 361 del 1998 che «nonostante al pubblico ministero debba riconoscersi la qualità di parte nel processo a quo, da un lato la peculiarità della sua posizione ordinamentale e processuale, dall'altro l'attuale disciplina (articoli 20, 23 e 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87; articoli 3 e 17 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale), che tiene distinti il "pubblico ministero" e le "parti", inducono ad escludere la costituzione in giudizio di tale soggetto».

Dunque, la Corte costituzionale esplicitamente riconosce al p.m. «la qualità di parte nel processo a quo». Ciò che la induce «ad escludere la costituzione in giudizio di tale soggetto» sono invece: a) gli artt. 20, 23, 25 della legge n. 87 del 1953; b) gli artt. 3 e 17 (ora 16) delle Norme integrative; c) la posizione ordinamentale del p.m.; d) la sua posizione processuale.

Avendo già esaminato i punti a) e b), resta da esaminare l'argomento *sub c)* della «peculiarità della sua posizione ordinamentale e processuale».

Ma i due aspetti non devono essere confusi. Che il pubblico ministero, secondo la nota formula dell'art. 73 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, debba vegliare «alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti di stato, delle persone giuridiche e degli incapaci ecc. ecc.» è indiscutibile, ma costituisce un argomento estraneo al problema non dovendosi confondere la posizione ordinamentale con quella processuale.

In dottrina si è infatti autorevolmente sottolineato che «un conto «è l'imparzialità istituzionale del pubblico ministero⁵, un conto la sua parzialità funzionale». E si è aggiunto: «Sotto il primo punto di vista, come e più di ogni altro funzionario della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), quando si accinge ad agire è indifferente al risultato della sua azione, che deve essere soltanto governata da una neutrale legalità»⁶.

Le cose cambiano, se si considera il p.m. nel processo. Infatti «L'imparzialità del pubblico ministero viene meno, sul piano fattuale, al nascere della prima ipotesi investigativa. Per "la legge psicologica dell'inerzia" (...), infatti, da quel momento l'inquirente tenderà a rimanere ancorato alla propria opinione, poiché, una volta scelto un certo schema esplicativo della realtà, si tende ad adottare inconsapevolmente una strategia che lo sottragga al controllo falsificante: il fatto

⁵ ...in conseguenza della quale il p.m. ha il dovere di cercare prove anche a favore della controparte (art. 358 c.p.p.).

⁶ G. Giostra, voce *Contraddittorio (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Ist. Enc. it., Roma, 2001, p. 3.

incongruo viene o scotomizzato o reputato irrilevante (...) rispetto all'ipotesi ricostruttiva dell'accadimento storico, che funge da punto prospettico di fuga al quale vengono piegati i fatti, che altrimenti porterebbero ad itinerari investigativi differenti (...). In questa prospettiva, l'insieme delle operazioni giudiziarie può essere letto come un procedimento finalizzato in modo primario alla riduzione della dissonanza. // L'organo inquirente formula un'ipotesi per cercare la verità, ma finisce per cercare la verità della sua ipotesi. Ha un'attenzione selettiva: una visione monoculare della realtà. In questi ineludibili termini, il pubblico ministero è parte...»⁷.

Se il problema della legittimazione del p.m. viene impostato alla luce della sua posizione processuale (e la stessa Corte riconosce che il p.m. è parte nel giudizio *a quo*), non v'è allora alcun dubbio che anche le eventuali discutibili perplessità derivanti dall'interpretazione degli artt. 23 e 25 della legge n. 87 del 1953 vengono meno; e ciò soprattutto in considerazione dei principi costituzionali di parità delle parti e del contraddittorio inequivocabilmente introdotti nel nostro ordinamento con la legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, entrata in vigore successivamente alle decisioni di codesta Corte qui prese in considerazione.

Non che tali principi non esistessero nel nostro ordinamento già prima, ma com'è noto, essi venivano desunti in giurisprudenza e in dottrina dall'art. 24 Cost. e quindi, come per tutti i diritti costituzionali previsti in Costituzione, di essi erano (e sono) titolari solo i soggetti privati, non i pubblici poteri. Conseguentemente sia il principio della parità delle armi che il principio del contraddittorio avevano una portata unidirezionale. Garantivano il cittadino, ma non la pubblica accusa nel processo penale e non la p.a. nel processo amministrativo⁸.

Le cose cambiano con il nuovo art. 111 Cost. e con la previsione, in esso, del principio di parità delle armi, il quale prospetta una reale esigenza nel senso «*di un equilibrio globale e nel senso di una non-discriminazione tra diritti e doveri delle parti a meno che una giustificazione oggettiva non imponga il contrario*»⁹.

⁷ Così **G. Giostra**, voce *Contraddittorio (principio di)*, cit., p. 3. Per una decisa impostazione del p.m. come parte in senso sostanziale v. anche **N. Zanon**, *Pubblico ministero e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, p. 115 ss.

⁸ In questo senso, anche per riferimenti giurisprudenziali al contenuto dell'art. 24 Cost., mi si consenta di rinviare a **A. Pace**, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, II ed., Cedam, Padova, 1990, p. 100 s. Sul mutamento di prospettiva seguito dall'entrata in vigore dell'art. 111 Cost. v. anche **G. Ubertis**, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, II ed., Utet, Torino, 2007, p. 145.

⁹ Così **M. Chiavario**, voce *Giusto processo*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Ist. Enc. it., Roma, 2001, p. 6.

Si tratta, nella configurazione che ne dà l'art. 111 Cost., di una garanzia «oggettiva» della giurisdizione¹⁰: *«di una garanzia impersonale, e non soltanto come di un diritto dell'accusato», la cui esplicita affermazione «dovrebbe poter valere anche a porre in discussione eventuali squilibri a danno dell'accusa pubblica e delle stesse parti private diverse dall'imputato»*¹¹.

Non già, ovviamente, che la norma costituzionale imponga una assoluta parità¹². E' noto, al riguardo, l'insegnamento di codesta Corte, secondo cui *«il potere di impugnazione nel merito della sentenza di primo grado da parte del p.m. presenta margini di “cedevolezza” più ampi, a fronte di esigenze contrapposte, rispetto a quelli che connotano il simmetrico potere dell'imputato. Il potere di impugnazione della parte pubblica trova, infatti, copertura costituzionale unicamente entro i limiti di operatività del principio della parità delle parti – flessibile in rapporto alle rationes dinanzi evidenziate – non potendo essere configurato come proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. (...), mentre il potere di impugnazione dell'imputato viene a correlarsi anche al fondamentale valore espresso dal diritto di difesa (art. 24 Cost.), che ne accresce la forza di resistenza di fronte a sollecitazioni di segno inverso»*.

Pur dopo tale prudente premessa, osserva tuttavia codesta Corte: *«Ciò non toglie, tuttavia, che le eventuali menomazioni del potere di impugnazione della pubblica accusa, nel confronto con lo speculare potere dell'imputato, debbano comunque rappresentare – ai fini del rispetto del principio di parità – soluzioni normative sorrette da una ragionevole giustificazione, nei termini di adeguatezza e proporzionalità dianzi lumeggiati: non potendosi ritenere, anche su questo versante – se non a prezzo di svuotare di significato l'enunciazione di detto principio con riferimento al processo penale – che l'evidenziata maggiore “flessibilità” della disciplina del potere di impugnazione del pubblico ministero legittimi qualsiasi squilibrio di posizioni, sottraendo di fatto, in radice, le soluzioni normative in subiecta materia allo scrutinio di costituzionalità»* (sent. n. 26 del 2007, cons. in dir., n. 5.2.).

Di qui la declaratoria d'incostituzionalità, con tale sentenza, degli artt. 1 e 10 comma 2 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (modifica dell'art. 593 c.p.p.) e, successivamente, sulla base della stessa *ratio*, la declaratoria d'incostituzionalità

¹⁰ Così anche P. Ferrua, *Il “giusto processo”*, II ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 25.

¹¹ Così ancora M. Chiavario, voce *Giusto processo*, cit., p. 6.

¹² Così anche P. Ferrua, *Il “giusto processo”*, cit., p. 49.

anche dell'art. 2 (modifica dell'art. 443 comma 1 c.p.p.) della stessa legge n. 46 del 2006 (sent. n. 320 del 2007).

Si legge al punto 8.1 del “considerato in diritto” di quest’ultima sentenza: *«Vale evidentemente, anche in rapporto alla norma oggi censurata, quanto preliminarmente osservato dalla citata sentenza n. 26 del 2007: e, cioè, che al di sotto dell’assimilazione formale delle parti (...) detta norma racchiude «una dissimmetria radicale». A differenza dell’imputato – il quale resta abilitato ad appellare le sentenze che affermino la sua responsabilità – il pubblico ministero viene, infatti, totalmente privato del simmetrico potere di proporre doglianze di merito avverso la pronuncia che disattenda in modo integrale la pretesa punitiva.. ».*

Non risulta dal “ritenuto in fatto” di entrambe tali sentenze che in tali giudizi ci sia stata costituzione di parti. Tuttavia, mentre l’imputato avrebbe potuto costituirsi per il tramite di un suo difensore, lo stesso non poteva fare, e non ha fatto, il p.m. quand’anche fosse stato proprio il p.m. a prospettare la q.l.c. della legge n. 46 del 2006.

Il che, oltre tutto, e a ben vedere, si pone in stridente contrasto proprio con la posizione ordinamentale del p.m. richiamata dalla Corte in tali risalenti pronunce.

Se infatti il pubblico ministero *«veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti di stato, delle persone giuridiche e degli incapaci ecc. ecc.»*, appare sommamente irrazionale privarlo del potere di sostenere, anche dinanzi a codesta Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità, le proprie ragioni in favore di tali importantissimi valori costituzionali.

Privarlo di una siffatta legittimazione non costituisce, forse, una *«una dissimmetria radicale»* dei poteri processuali del p.m. rispetto a quelli della parte privata?¹³

*

2.7. Quanto fin qui osservato con riferimento alla «parità delle parti» diventa ancora più evidente se valutato alla luce del principio costituzionale del contraddittorio.

¹³ **G. Ubertis**, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Annali*, vol. II, parte I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 433 s., osserva giustamente, che «...la garanzia per ciascuna parte di non essere collocata in situazioni di svantaggio davanti al giudice (...), tali da comportare il rischio di una decisione fondata su elementi non sottoposti al principio della parità delle armi, opera lungo tutto l’arco del procedimento, ivi comprese le eventuali fasi sia incidentali (come quelle relative alle decisioni in tema di libertà personale) che di impugnazione, tanto di merito quanto di legittimità».

E dunque, opera anche con riferimento al giudizio incidentale di costituzionalità.

Si è già detto come anche tale principio, prima della legge cost. n. 2 del 1999, venisse in considerazione, nella giurisprudenza di codesta ecc.ma Corte, come un “risvolto” del diritto alla tutela giurisdizionale¹⁴.

«Nell’art. 111 Cost., la prospettiva del diritto del singolo appare invece assorbita da quella, per così dire, oggettiva, del rapporto direttamente strumentale con l’esercizio della giurisdizione. Va da sé, tuttavia, che la seconda prospettiva non esclude la prima, ma semmai impedisce che il diritto al «giusto processo» possa considerarsi lasciato alla disponibilità delle parti processuali (salvo quel che si vedrà derivare dal rilievo attribuito al «consenso» di parte dal 5° comma dello stesso art. 111 Cost.) e soprattutto – sempre guardando alla particolare complessità di interessi coinvolti nel processo penale – consente, già di per sé, di dare spazio a un più ampio spettro di esigenze di tutela, anche diverse da quelle aventi come punto di riferimento la persona che debba difendersi da un’accusa: così, in particolare, quelle facenti capo alla vittima del reato (o meglio, a chi – con qualche apparenza di fondamento – rivendichi di essere tale)»¹⁵.

Si confida, per le suesposte ragioni, che codesta ecc.ma Corte voglia ritenere ammissibile la costituzione del pubblico ministero nel presente giudizio di legittimità costituzionale.

NEL MERITO

3. Sulla violazione dell’art. 138 Cost.

3.1. L’ordinanza di rinvio dà atto dell’obiezione, sollevata della difesa dell’imputato Berlusconi, secondo la quale la Corte costituzionale, nella sentenza n. 24 del 2003, avrebbe implicitamente rigettato il profilo ex art. 138 Cost., in quanto - sostiene la difesa dell’imputato -, se l’avesse condiviso, avrebbe dovuto necessariamente dichiararlo siccome pregiudiziale rispetto ad ogni altra questione. Ciò premesso, il giudice *a quo* esattamente rileva che non esiste nessuna pregiudizialità tecnico-giuridica e che, comunque, la Corte, nell’accogliere la q.l.c. in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. ha espressamente dichiarato l’assorbimento di ogni altra questione.

Deve a ciò aggiungersi che, essendo la sentenza n. 24 del 2004 una sentenza di accoglimento, l’esistenza del vizio formale ex art. 138 Cost. è, per così dire, implicito nella stessa declaratoria d’incostituzionalità per vizi materiali.

¹⁴ V. ad es. la sent. n. 46 del 1957.

¹⁵ Così **M. Chiavario**, voce *Giusto processo*, cit., p. 3.

Se infatti gli artt. 3 e 24 Cost. hanno costituito la base della declaratoria dell'incostituzionalità dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003, ciò vuol dire che gli artt. 3 e 24 Cost. si ponevano come gerarchicamente superiori alla legge n. 140 del 2003. Ma se ciò è vero, come è possibile sostenere che la legge n. 140 avesse, in quanto legge ordinaria, la forza normativa necessaria e sufficiente per modificare le norme costituzionali in forza delle quali l'art. 1 cit. è stato dichiarato incostituzionale?

L'accertato contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. dimostra quindi inequivocabilmente che la forma prescelta per disporre la sospensione dei processi per reati extrafunzionali delle Alte cariche era comunque insufficiente per il perseguimento dello scopo che il legislatore si proponeva¹⁶.

E sarebbe insufficiente a tal fine anche una legge costituzionale qualora la Corte costituzionale ritenesse, come già ha affermato in passato, che il principio costituzionale d'eguaglianza sia un «principio supremo dell'ordinamento», come tale imm modificabile con legge costituzionale.

*

3.2. La tesi criticata è comunque insostenibile anche alla luce delle seguenti tre ulteriori considerazioni.

Prima considerazione. Dispone l'art. 1, comma 1 della legge n. 124 del 2008 (non diversamente dall'art. 1, comma 1 della legge n. 140 del 2003) che «*Salvi i casi previsti dagli articoli 90 e 96 della Costituzione, i processi penali nei confronti dei soggetti che rivestono la qualità di Presidente della Repubblica, di Presidente del Senato della Repubblica, di Presidente della Camera dei deputati e di Presidente del Consiglio dei ministri sono sospesi dalla data di assunzione e fino alla cessazione della carica o della funzione*».

La previsione, da parte dello stesso art. 1 legge n. 124 del 2008, di una «deroga» relativamente alla disciplina procedimentale e sostanziale dei reati funzionali del Presidente della Repubblica e dei Ministri, fondata su norme costituzionali, quali appunto gli artt. 90 e 96 Cost., conferma che il «*principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione*» è «*nel nostro ordinamento,*

¹⁶ V. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., Cedam, Padova, 1984, vol. II, p. 365 s., ed ivi l'esposizione critica della nota tesi di Hans Kelsen, secondo cui «tutti i vizi delle leggi si risolverebbero in vizi formali, dal momento che quel che non era consentito validamente disporre in una certa forma e seguendo un certo procedimento, lo sarebbe stato, invece, con procedimenti e in forme diverse». Tale criticabile tesi (v. ancora V. Crisafulli, *op. cit.*, p. 366), se applicata alla fattispecie esaminata dalla Corte nella sent. n. 24 del 2004, dimostra *a fortiori* che il vizio materiale dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003 (e cioè la violazione degli artt. 3 e 24 Cost.) presupponeva il vizio formale, della violazione dell'art. 138 Cost.

sotto più profili è regolato da precetti costituzionali» (così la sent. n. 24 del 2004, cons. dir. n. 6), per cui eventuali modifiche alle norme processuali, ancorché giustificate dalla carica istituzionale ricoperta, necessitano comunque della «forma» costituzionale¹⁷.

Seconda considerazione. Nell'audizione informale presso le Commissioni riunite (Affari costituzionali e Giustizia) del Senato della Repubblica di mercoledì 16 luglio 2008 relativa al d.d.l. Alfano, Leopoldo Elia, chiosando il rilievo della Corte secondo cui l'esercizio della giurisdizione «nel nostro ordinamento sotto più profili, è regolato da precetti costituzionali», così osservava:

«Malgrado questa chiara precisazione, si insiste nel dire che il silenzio della sentenza quanto alla scelta del procedimento legislativo seguito (ordinario anziché costituzionale) avrebbe aperto un'autostrada ad una nuova legge ordinaria in materia. Ora, i motivi per cui la Corte, a tutto concedere, ha lasciata impregiudicata la questione possono essere molteplici (dalla ricerca di un consenso più ampio sul decisum da parte dei giudici alla preferenza per le ragioni sostanziali meglio percepibili e pedagogicamente efficaci per il quidam de populo): mancando la dissenting e la concurring opinion si può almanaccare a piacimento e altrettanto inutiliter. Tuttavia il riferimento all'art. 138 mancava nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione e comunque l'assorbimento "di ogni altro profilo di illegittimità costituzionale" (cons. in dir., n. 8) omnia solvit. In conclusione, chi tace non dice niente e tantomeno acconsente a una scelta così rilevante soltanto per implicito»¹⁸.

Terza considerazione. E' davvero impensabile che codesta Corte costituzionale, nella sent. n. 24 del 2004, possa aver ritenuto derogabile, in forza di una legge ordinaria, il principio costituzionale dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge (con riferimento all'esercizio della giurisdizione), quando, in un passato non troppo lontano, qualificando l'art. 3 Cost. come «principio supremo dell'ordinamento» (sentenze nn. 18 del 1982, 26 del 1985, 203 del 1989 ecc.), ne ha addirittura postulata l'irriducibilità costituzionale (sent. n. 1146 del 1988).

¹⁷ L'importanza dirimente del rilievo della Corte costituzionale è stata immediatamente sottolineata dagli studiosi. Oltre a quanto osservato da Leopoldo Elia (v. la nota successiva), si v. i puntuali commenti al d.d.l. Alfano di **V. Grevi**, *Il rebus del lodo*, nel *Corriere della sera*, 30 giugno 2008, p. 1; di **A. Manzella**, *Il blocco-processi e la Costituzione*, in *Repubblica*, 4 luglio 2008, p. 30; di **G. Neppi Modona**, *Sul «lodo» l'incognita Consulta*, ne *Il sole-24 ore*, 12 luglio 2008, p. 14.

¹⁸ **L. Elia**, Audizione informale resa mercoledì 16 luglio 2008, quale ex presidente della Corte costituzionale, alle Commissioni riunite (Affari costituzionali e Giustizia) del Senato della Repubblica, pubblicata il 1° agosto 2008 sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it col titolo *Sul c.d. lodo Alfano*. Il testo dell'audizione viene depositato come **doc. n. 1** insieme con la presente memoria.

Passare surrettiziamente dalla tesi della “immodificabilità assoluta” alla tesi della “modificabilità con legge ordinaria” sembra davvero un passo troppo lungo anche e soprattutto per un giudice costituzionale.

*

3.3. A questa prima obiezione (relativa all’omessa considerazione dell’art. 138 Cost. nella sentenza n. 24 del 2003), la difesa dell’imputato Berlusconi ne aggiunge un’altra, già sottoposta all’attenzione della Corte costituzionale in occasione del giudizio concluso con la sentenza n. 23 del 2003 e da questa disattesa. E cioè l’obiezione che anche l’art. 32-bis della legge n. 195 del 1958, introdotto con l’art. 5 della legge 3 gennaio 1981 n. 1 (*«I componenti del CSM non sono punibili per le opinioni espresse nell’esercizio delle loro funzioni, e concernenti l’oggetto della discussione»*) sarebbe stato adottato con legge ordinaria.

A parte la esatta replica del giudice *a quo*, secondo cui l’eventuale errore procedimentale occorso nell’approvazione di una data disposizione di legge ordinaria non autorizza il legislatore ordinario a compiere ulteriori violazioni formali della Costituzione, tale norma - come si legge nel n. 1 della parte in fatto della sent. n. 24 del 2003 - *«contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa dell’imputato, non ha creato alcuna forma di immunità, ma – come precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 148 del 1983 – ha solo previsto una speciale causa di non punibilità, rigorosamente circoscritta “alle manifestazioni di pensiero funzionali all’esercizio dei poteri-doveri costituzionalmente spettanti ai componenti il Consiglio superiore”, la quale, da un lato, non è assimilabile alle immunità e prerogative previste dalla Costituzione e, dall’altro, ha un ambito di operatività che è diverso rispetto a quello delle scriminanti di diritto penale comune e che risulta “frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco”. La norma impugnata, invece, non ha creato una scriminante speciale (di per sé compatibile con l’esercizio della giurisdizione), ma una causa di “non processabilità” o di sospensione dei processi in corso che, inevitabilmente, si pone in conflitto col carattere di obbligatorietà dell’azione penale»*.

*

4. Sulla mancata eliminazione delle violazioni che contraddistinguevano il c.d. lodo Schifani. Le violazioni sostanziali che inficiano l’art. 1 della legge n. 124 del 2008 non diversamente dall’art. 1 della legge n. 140 del 2003

4.1. Quanto invece all’altro argomento portato avanti dai sostenitori della legittimità costituzionale della legge n. 124 del 2008 - e cioè che con la c.d. legge

Alfano sarebbero stati eliminati i vizi contestati dalla sentenza n. 24 del 2004 all'art. 1 della legge n. 140 del 2003 -, esso non tiene conto delle perduranti violazioni degli artt. 111 comma 2, 112 e 3 comma 1 Cost. .

Violazione dell'art. 111, comma 2 Cost.

In primo luogo la legge Alfano non ha posto rimedio alla violazione dell'art. 111 Cost. là dove prescrive **la ragionevole durata del processo**, ancorché essa fosse stata determinante per la declaratoria dell'incostituzionalità dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003 (*cons. in dir.*, n. 7)¹⁹.

Probabilmente, dal legislatore del 2008 si è ritenuto che, prevedendosi all'art. 1, comma 2 la possibilità di rinuncia alla sospensione da parte dell'imputato, il profilo d'incostituzionalità connesso alla ragionevole durata del processo avrebbe perso rilevanza. Non è così. Tale principio non è infatti posto a tutela del solo imputato, ma garantisce specificamente la speditezza del processo e quindi «l'effetto di concentrazione che consegue alla continuità fra istruttoria dibattimentale (assunzione delle prove), discussione finale e decisione del giudice» (così **V. Onida**, *Bene la priorità, irragionevole la sospensione*, in *Il sole 24 ore*, 19 giugno 2008, p. 21).

Ma è la stessa previsione della possibilità dell'imputato di rinunciare alla sospensione, che, in quanto applicata ad un *munus*, si pone in contrasto con la Costituzione e con i principi fondamentali in materia di pubbliche funzioni. Infatti, se, come si desume dalle intenzioni del proponente (v. la relazione al d.d.l. Alfano), la sospensione processuale si configura come «*un meccanismo a tutela del munus pubblico*», ne è evidente l'incostituzionalità, essendo risaputo che l'esercizio dei *munera* pubblici non è rimesso alla libera scelta del titolare della carica²⁰.

A tutto ciò si aggiunga – come osservato dal giudice *a quo* - che una sospensione così formulata, bloccando il processo in ogni stato e grado per un periodo potenzialmente assai lungo, provoca un evidente spreco di attività processuale. Mentre si fa salvo quanto disposto dagli artt. 392 e 467 c.p.p., nulla si dice circa l'utilizzabilità delle prove già assunte, e ciò nemmeno in relazione alla facoltà della parte civile di trasferire l'azione in diversa sede con tempi accelerati,

¹⁹ Sul contrasto, sotto questo profilo, dell'art. 1 comma 1 della legge n. 124 del 2008 anche con l'art. 6 della C.e.d.u. e sulla rilevanza costituzionale di questa violazione, per il tramite dell'art. 117, comma 1 Cost., v. **R. Mastroianni**, *Quel lodo antieuropeo*, in *Europa*, 27 giugno 2008, p. 1.

²⁰ In questo senso, con riferimento alle dimissioni del Presidente della Repubblica, v. già **C. Esposito**, voce *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 289 s.

dal che conseguirebbe per la stessa parte la necessità di sostenere *ex novo* l'onere probatorio in tutta la sua ampiezza.

Violazione dell'art. 112 Cost.

Non diversamente dall'art. 1 della legge n. 140 del 2003, anche l'art. 1 della legge n. 124 del 2008 viola il principio costituzionale dell'**obbligatorietà dell'azione penale**, il quale, nella fattispecie decisa dalla sentenza n. 24 del 2004, veniva in considerazione solo in via indiretta con riferimento all'art. 3 Cost. e comunque non era specificamente rilevante, in quanto chi si lamentava dell'incostituzionalità della c.d. legge Schifani era, in quel giudizio, soprattutto la parte civile CIR (che poi si costituì dinanzi alla Corte).

Con riguardo a tale principio, gravemente vulnerato dalla legge Alfano quanto alla sua pratica efficacia, merita di essere ricordato che codesta ecc.ma Corte, nella sua giurisprudenza, ha più volte affermato che *«(l)'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero (...) è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale»*; che *«(l)'obbligo dell'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero esige che egli sia titolare di tale azione in relazione a qualunque fatto di reato, comunque conosciuto»* (sentenza n. 84 del 1979); che tale principio *«esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, perciò, quello che in dottrina viene definito favor actionis. Ciò comporta non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità che opera, in varia misura, nei sistemi ad azione penale facoltativa (...) ma comporta, altresì, che in casi dubbi l'azione vada esercitata e non omessa»*. In conclusione, *«(i)l principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo»* (sentenza n. 88 del 1991).

Ciò premesso quanto all'importanza, tuttora centrale nel nostro ordinamento, dell'obbligatorietà dell'azione penale, deve, con specifico riguardo al presente giudizio, sottolinearsi che codesta ecc.ma Corte ha altresì statuito che le regole che introducono ipotesi di sospensione processuale danno luogo ad ipotesi di temporanea improcedibilità costituenti evidenti ipotesi di *jus singulare*, e quindi come tali in contrasto con la *«opposta e generale regola della azione penale*

incondizionata, a sua volta ispirata al principio sancito dall'art. 112 della Carta fondamentale" (ordinanza n. 33 del 2003).

Inoltre, ammesso - ma non concesso - che per giudicare della legittimità di una deroga ad una norma costituzionale (nella specie, l'art. 112 Cost.), la Corte costituzionale debba altresì effettuare un giudizio di ragionevolezza circa la portata del contrasto con la norma costituzionale, dovrebbe comunque evidenziarsi che codesta ecc.ma Corte ha da gran tempo sottolineato che il giudizio sulla razionalità della norma che introduce lo *jus singulare* va operata alla stregua del principio di ragionevolezza: «*Tale vaglio di ragionevolezza va evidentemente condotto sulla base del rapporto comparativo tra la ratio che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l'ampiezza dello "scalino" da essa creato [...] mirando segnatamente ad acclarare l'adeguatezza della ratio e la proporzionalità dell'ampiezza di tale "scalino" rispetto a quest'ultima*» (sentenza n. 26 del 2007, cons. in dir., n. 4).

Violazione dell'art. 3 Cost.

Non v'è dubbio che questa sia la più grave delle violazioni alla Costituzione imputabili all'art. 1, comma 1 della legge n. 124 del 2008.

Con la legge Alfano, «*la sottrazione al giudizio, sia pure per il periodo di una legislatura, avviene in un modo assolutamente indiscriminato, per tutti i reati comuni. Più che un confine di competenze, si viola un limite, consistente nella comune soggezione di tutti i cittadini al giudizio dei giudici istituiti per legge. Anche in altri paesi può trovarsi qualche eccezione al principio di uguaglianza, ma si tratta sempre di eccezioni che consentono di valutare, innanzitutto, il rispetto del principio di proporzionalità, per vedere se c'è un fumus persecutionis o no. Il criterio dell'**automatismo generalizzato** per cui non ci può essere processo né per il furto di una mela né per un omicidio non vige in nessun altro Stato democratico. Comunque, ribadisco, più che un problema di confini di competenza e di separazione dei poteri, è in gioco un principio fondamentale dello Stato di diritto, per cui si è di norma sottoposti al giudice, soprattutto per i reati comuni, perché per i reati connessi alle funzioni c'è la possibilità di essere giudicati di fronte al giudice ordinario per il premier e per i ministri (e di fronte alla corte costituzionale integrata per il presidente della repubblica). Si arriva al paradosso che un ministro potrebbe essere processato per un reato funzionale, anche modesto, di abuso di ufficio, mentre non potrebbe essere giudicato in sede penale un presidente del consiglio che ha commesso evasione fiscale, oppure falso in*

bilancio, eccetera, reati molto gravi se commessi da chi esercita funzioni pubbliche» (così L. Elia, *I confini invalicabili della nostra Costituzione*, intervista inedita rilasciata alla rivista “*Arel*” pubblicata postuma sul quotidiano *Europa* del 7 ottobre 2008, spec. p. 11, sottolineature nostre).

Almeno tre, sotto il profilo dell’art. 3 Cost., sono le violazioni già presenti nella legge Schifani che permangono nella legge Alfano.

In primo luogo l’«automatismo generalizzato», a proposito del quale codesta ecc.ma Corte nella sent. n. 24 del 2004 come la sospensione del processo fosse operativa, nei confronti delle Alte cariche, «*in tutti i casi in cui la suindicata coincidenza si verifichi, senza alcun filtro, quale che sia l'imputazione ed in qualsiasi momento dell'iter processuale, senza possibilità di valutazione delle peculiarità dei casi concreti*» (cons. in dir., n. 5).

In secondo luogo l’art. 1 della legge n. 124 del 2008, non diversamente dalla legge n. 140 del 2003, «accomuna in unica disciplina cariche diverse non soltanto per le fonti di investitura, ma anche per la natura delle funzioni e distingue, per la prima volta sotto il profilo della parità riguardo ai principi fondamentali della giurisdizione, i Presidenti delle Camere, del Consiglio dei ministri (...) rispetto agli altri componenti degli organi da loro presieduti».

Con il che la Corte non ha evidentemente sostenuto che l’immunità temporanea, per essere legittima, dovrebbe essere estesa a tutti i parlamentari e a tutti i Ministri, il che sarebbe francamente assurdo, ma, tutt’al contrario, che la posizione dei Presidenti delle assemblee e del Presidente del Consiglio non può essere diversificata rispetto alla posizione giuridica, rispettivamente, dei parlamentari e dei Ministri, per cui, fin quando non venga introdotta una nuova generale disciplina dell’immunità parlamentare (diversa, ovviamente, dalla sospensione obbligatoria dei processi), l’immunità, ancorché temporanea, dei Presidenti delle assemblee e del Presidente del consiglio dei Ministri per i processi relativi a reati comuni dovrà necessariamente essere la stessa di quella attualmente prevista per i parlamentari.

In terzo luogo resta del tutto inalterata la più grave e stridente violazione al principio di ragionevolezza, che è data – lo si ripete per completezza – dallo scopo stesso della legge: sospendere il corso dei processi per reati extrafunzionali commessi dalle più alte cariche dello Stato, ancorché in stridente contrasto con la disciplina sostanziale e processuale dei reati funzionali che non contempla una siffatta sospensione.

Considerazione conclusive

5. Codesta ecc.ma Corte, nella più volte richiamata sentenza n. 24 del 2004, ha impostato e risolto i numerosi problemi sottoposti con riferimento all'art. 1 della legge n. 140 del 2003 dall'angolo visuale del «*regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione*». Il che è assolutamente esatto.

La c.d. legge Schifani, non diversamente dalla c.d. legge Alfano, disponeva infatti la sospensione di processi relativi a reati comuni in considerazione della carica (di Presidente della Repubblica, di Presidente del Consiglio, di Presidente della Camera ecc.) ricoperta al momento dell'entrata in vigore della legge con riferimento anche a «*fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione*». La sospensione del processo - in forza sia della legge del 2003 che della legge del 2008 - non è quindi dovuta alla commissione del fatto «*durante la carica*» (il che non sarebbe comunque sufficiente per qualificare come «*funzionale*» un reato non commesso nell'esercizio delle proprie funzioni), ma è dovuta a ciò che il reato è stato commesso da «*qualcuno*» che, al momento dell'entrata in vigore della legge, rivestiva quella data carica. Il che evidenzia a chiare lettere come la sospensione sia stata disposta in considerazione non già di *circostanze oggettive* (natura dell'atto o del fatto, dell'attività, della funzione), ma in considerazione di *condizioni soggettive*.

In altre parole, un *reato comune*, commesso da un comune cittadino (che resta tale ancorché rivesta una posizione sociale, professionale, economica o politica di prestigio), viene *ex post* trattato come un *reato funzionale* e con una disciplina processuale *più favorevole* di quella vigente per i reati funzionali.

Che vi sia una **triplice** disparità di trattamento nei confronti dell'esercizio della giurisdizione è di tutta evidenza²¹. Ma, ancor prima, e assorbentemente, si è in presenza di una distinzione della disciplina del processo penale in considerazione (e sulla base) di *condizioni meramente personali*.

Il che dovrebbe far ritenere che ancor prima di un «*regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione*» si sia in presenza di un «*regime differenziato (di privilegio) di alcuni soggetti nei confronti della legge*», in patente contrasto con l'art. 3 comma 1 Cost.

Parafrasando quanto scritto da un eminente costituzionalista, Carlo Esposito, ben 55 anni fa, i deducenti possono perciò tranquillamente concludere affermando

²¹ Un *reato comune* commesso da un *cittadino comune* viene *retroattivamente* sottoposto ad una disciplina processuale *in considerazione della funzione ora ricoperta*, ma con una *disciplina processuale più favorevole* di quella prevista per i *reati funzionali*.

che la legge Alfano, non diversamente dalla legge Schifani, si pone «*in contrasto col principio della assoluta eguaglianza di situazione formale dei cittadini di fronte alla legge astratta o concretamente attuantesi*», posto che essa crea «*su questo punto situazioni diverse da cittadino a cittadino, o proprie di alcune categorie di cittadini rispetto alle altre*»²². Riteneva infatti Esposito, con chiaroveggenza, che dovessero considerarsi incostituzionali, ai sensi dell'art. 3 comma 1 Cost., «*le leggi ordinarie che vogliano estendere, oltre i casi previsti dalla Costituzione*²³, le ipotesi di improcedibilità soggettiva o delle condizioni soggettive di improcedibilità e le garanzie costituzionali o amministrative impedienti la immediata attuazione della legge, poiché tali improcedibilità e garanzie, in definitiva, privano di concreta efficacia la legge rispetto a determinati cittadini e creano diseguaglianze formali tra di essi...»²⁴.

Ed è appunto la privazione della concreta efficacia della legge rispetto a determinati cittadini e la creazione di diseguaglianze formali tra di loro, ciò che costituisce il più grave vizio che inficiava la legittimità costituzionale della c.d. legge Schifani e che inficia ora la c.d. legge Alfano.

P. T. M.

si chiede a codesta ecc.ma Corte costituzionale, in accoglimento della questione di legittimità costituzionale indicata in epigrafe, di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124.

Si deposita insieme con la presente memoria il seguente documento:

1) **Leopoldo Elia**, "Audizione" *sul c.d. lodo Alfano*.

Roma, 5 gennaio 2009

Prof. Avv. Alessandro Pace

²² C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in **Id.**, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 30 ss.

²³ E qui C. Esposito, *op. cit.*, p. 32, citava in nota gli artt. 68, 90 e 122, comma 4 Cost.

²⁴ Sottolineature mie.