



**OSSERVAZIONI, A PRIMA LETTURA, SULL' ART. 138 COST. COME PARAMETRO  
DI LEGITTIMITA' NELLA SENTENZA N. 262 DEL 2009**

di

**Gennaro Ferraiuolo**

*(Ricercatore di Diritto costituzionale presso l'Università Federico II di Napoli)*

Una indagine giurisprudenziale assai rapida, realizzata con l'ausilio del motore di ricerca presente sul sito ufficiale della Corte costituzionale, mette in risalto un dato: dal 1956 a oggi, nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, risultano soltanto otto le sentenze in cui l'art. 138 della Costituzione viene utilizzato come parametro.

Il risultato che restituisce il motore di ricerca richiede una parziale correzione: in una decisione (la n. 167 del 1963) non vi è alcuna traccia della norma in questione, né nella parte in fatto, né in quella in diritto, né nel dispositivo (di semplice inammissibilità); in un'altra, l'art. 138 viene soltanto adoperato per interpretare la valenza di quello che era l'effettivo parametro del giudizio (cfr. la sentenza n. 168 del 1963, chiamata, tra le altre cose, a chiarire la portata della "materia costituzionale" cui fa riferimento l'art. 72, co. 4 Cost.). Quasi priva di interesse anche la sentenza n. 202 del 1976, con la quale la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento alla norma che qui interessa viene dichiarata inammissibile per carenza di motivazione. Nei casi residui si è invece in presenza di decisioni di rigetto (cfr. le sentenze n. 1 del 1957, n. 29 del 1958, n. 4 del 1972, n. 300 del 1984) o di accoglimento ma rispetto a parametri diversi dal 138 (è il caso della sola sentenza n. 24 del 2004, su cui si tornerà tra breve). In conclusione: fino ad oggi non risultano, all'esito di giudizi di legittimità costituzionale promossi in via incidentale, dichiarazioni di illegittimità costituzionale fondate sulla violazione dell'art. 138.

Lo scarso riferimento a tale norma come parametro costituzionale trova agevole spiegazione: ogni qual volta viene dichiarata l'illegittimità di una legge, questa – salvo che in caso di violazione di principi costituzionali supremi - avrebbe superato il vaglio della Corte (o, più probabilmente, non sarebbe stata sottoposta ad esso) se adottata attraverso il procedimento di revisione costituzionale. E' possibile allora ritenere che il richiamo all'art. 138 non ci sia mai ma potrebbe esserci sempre o, meglio, che non ci sia mai *perché* potrebbe esserci sempre: questa norma rappresenta infatti il fondamento della rigidità della Costituzione e, dunque, della prevalenza di quest'ultima sulla legge ordinaria attraverso il controllo di costituzionalità. Per altro verso, il fatto che nella giurisprudenza costituzionale prevalga il riferimento a parametri dalla valenza sostanziale riduce il rischio di un appiattimento su una prospettiva in cui qualsiasi vizio della legge verrebbe ad essere letto, kelsenianamente, in chiave meramente formale-procedurale.

La recente pronuncia della Corte (n. 262 del 2009) con cui è stata dichiarata, come già si leggeva nel comunicato dell'Ufficio stampa della Consulta del 7 ottobre, l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124 per violazione degli articoli 3 e 138 della Costituzione rappresenta pertanto, in questo quadro, una novità. Anziché soffermarsi diffusamente sull'iter argomentativo seguito dal Giudice delle leggi, si vuole in questa sede fare richiamo all'enfasi che è stata posta sul mancato ricorso all'art. 138 nel noto precedente di questa decisione: a partire dalla pubblicazione della sentenza n. 24 del 2004 sul cd. "Lodo Schifani" e fino alle odierne vicende è questo il dato su cui si è forse maggiormente insistito nel dibattito politico e scientifico. Tale circostanza è stata infatti letta, da parte di molti, o come implicita ammissione della possibilità di intervenire con legge ordinaria sulla disciplina delle immunità delle alte cariche dello Stato (ed ecco perché l'ultima decisione veniva ritenuta, ancora prima di conoscerne la motivazione, contraddittoria con quel precedente) o, quantomeno, come segnale di una scarsa linearità dell'operato della Consulta che, non pronunciandosi espressamente sul punto, avrebbe indotto in errore l'attuale maggioranza di governo circa la strada da seguire per raggiungere il risultato normativo auspicato.

Come emerge dai dati in principio richiamati, una dichiarazione di illegittimità costituzionale che muova dalla violazione dell'art. 138 Cost. è in realtà tutt'altro che usuale. Come anticipato, tra le decisioni in cui l'art. 138 si profila quale parametro di legittimità costituzionale, la n. 24 del 2004 era l'unica con un dispositivo di accoglimento; lo scrutinio della legge n. 140 del 2003 alla luce della norma sulla revisione costituzionale non veniva però in concreto condotto dalla Corte perché la questione era ritenuta assorbita nella

declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata sulla base degli artt. 3 e 24 Cost. Già questo elemento dovrebbe risultare sufficiente per “scagionare” la Corte dalle accuse di contraddittorietà. Merita però di essere messo in rilievo anche un altro dato: il giudice remittente, dal punto di vista formale, invocava quali parametri violati “soltanto” gli artt. 3, 112, 24, 111, 117, 68, 90 e 96 Cost.; è stata la Corte costituzionale a ritenere che i profili di censura relativi agli ultimi tre articoli della Carta menzionati chiamassero in causa anche la violazione dell’art. 138, «disposizione questa che il remittente non indica nel dispositivo dell’ordinanza, ma cita in motivazione ed alla quale fa implicito ma chiaro riferimento in tutto l’iter argomentativo del provvedimento» (sentenza n. 24 del 2004, punto 1 del *considerato in diritto*). Nell’ordinanza di rimessione emanata dal Tribunale di Milano il 30 giugno 2003 (G.U., 1<sup>a</sup> serie speciale, n. 36 del 2003) il riferimento all’art. 138 appare per la verità tenue, assumendo una valenza meramente argomentativa e non di vero e proprio parametro: la norma è infatti menzionata esplicitamente una sola volta, laddove si afferma che l’art. 3 Cost. «è un principio fondante dell’ordinamento, derogabile solo dalla stessa Costituzione ovvero con modifiche costituzionali a termine dell’art. 138». Si potrebbe dunque sostenere che la Corte non si sia espressa rispetto ad un parametro non formalmente offerto dal giudice *a quo*; che sia stata la Corte costituzionale stessa a richiamare nel giudizio l’art. 138 anche se poi, rispetto ad esso, ha ritenuto superfluo pronunciarsi.

Un altro aspetto merita qualche considerazione: il riferimento all’art. 138, nella ricostruzione operata dalla Corte nella sentenza n. 24 del 2004 – e, prima, dal Tribunale di Milano nella ordinanza di rimessione – viene legato in maniera stretta alla violazione degli artt. 68, 90 e 96 Cost.; nel comunicato che ha preceduto la pubblicazione della decisione sul “lodo Alfano” si affianca all’art. 3 e poi, nella sentenza n. 262 del 2009, a tali riferimenti normativi viene aggiunto quello agli artt. 68, 90 e 96 Cost. (la Corte dichiara «l’illegittimità costituzionale dell’art. 1 della legge n. 124 del 2008, per violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 138 Cost., in relazione alla disciplina delle prerogative di cui agli artt. 68, 90 e 96 Cost.»; punto 8 del *considerato in diritto*). In decisioni più risalenti, quando è stata lamentata esclusivamente la violazione dell’art. 138, la Corte ha di fatto vanificato la pretesa di utilizzare in relazione alla legge ordinaria un parametro dalla valenza eminentemente formale riferibile alle fonti di rango costituzionale: «il procedimento da tale articolo prescritto deve essere osservato allorché si tratti di revisione della Carta costituzionale o di altre leggi costituzionali: ipotesi che qui non ricorre» (sentenza n. 1 del 1957; negli stessi termini cfr. pure la n. 4 del 1972); analogamente, nella sentenza n. 29 del 1958, è considerato «destituito di ogni fondamento [...] il richiamo che [...] viene fatto nella ordinanza all’art. 138 della

Costituzione, poiché la legge impugnata non può in alcun modo considerarsi come legge che valga a modificare una disposizione della Costituzione» e di tale valutazione non viene neanche data menzione nel dispositivo della pronuncia. Tutto ciò sembra confermare la inidoneità dell'art. 138, per i motivi di cui si diceva in precedenza, a configurarsi come autonomo parametro di legittimità della legge; esso può servire tutt'al più a rafforzare, sul piano argomentativo, il riferimento ad altre norme di rango costituzionale che si assumono violate.

E' possibile a questo punto sostenere che, fatto salvo l'operato della Corte costituzionale da un punto di vista tecnico-giuridico, ragioni di opportunità avrebbero dovuto in ogni caso indurla ad un passaggio, nella motivazione della sentenza n. 24 del 2004, sulla necessarietà di intervenire in materia di immunità delle alte cariche dello Stato attraverso fonti di rango costituzionale. In questa direzione, risulta però problematico voler spingere il giudice delle leggi ad affermazioni aprioristiche su un oggetto normativo *incertus an* e dai contenuti indefiniti: la Corte costituzionale è tenuta, infatti, a pronunciarsi sulla legge sottoposta concretamente al suo giudizio ma difficilmente può prendere posizione sul percorso – ordinario o aggravato – che una legge futura e incerta dovrà seguire al fine di evitare una dichiarazione di illegittimità costituzionale. In ogni caso, comunque, una critica di questo tipo trascura del tutto le complesse dinamiche che governano il funzionamento dell'organo: il rilievo che al suo interno riveste il principio di collegialità conduce inevitabilmente alla ricerca della massima convergenza dei singoli giudici sui contenuti delle decisioni. Ciò può anche significare prediligere una certa soluzione argomentativa piuttosto che altre pur percorribili, o addirittura l'utilizzo di talune formule in luogo di altre. Questo appare tanto più vero in contesti – come quello attuale – caratterizzati da alto tasso di conflittualità politica e istituzionale, in cui gli organi di garanzia sono sottoposti a notevoli tensioni. E' proprio alla luce di un simile contesto che non si ritiene oggi risolutiva l'eventuale introduzione della *dissenting opinion*, istituto che, in questa fase, rischierebbe di mettere seriamente in pericolo l'effettiva indipendenza dei giudici della Consulta.

L'aver concentrato l'attenzione sul mancato riferimento da parte della Corte costituzionale alla necessità di ricorrere al procedimento di revisione per intervenire sui profili toccati dalla legge n. 140 del 2003 ha avuto quale principale effetto quello di distogliere l'attenzione – dei *media* e dell'opinione pubblica – da quei contenuti della legge n. 124 del 2008 che non sembravano affatto recepire le indicazioni offerte dalla sentenza n. 24 del 2004. Ad esempio, il legislatore non ha tenuto conto della difficoltà a considerare – come si è argomentato alla luce della normativa elettorale nell'udienza pubblica del 6 ottobre – il

Presidente del Consiglio dei ministri come *primus super pares* (formula invero poco precipua) e, di conseguenza, a differenziare il trattamento normativo di questa carica rispetto a quello previsto per gli altri ministri (cfr. sentenza n. 24 del 2004, punto 8 del *considerato in diritto* e, ora, sentenza n. 262 del 2009, punti 7.3.2.3 ss. del *considerato in diritto*). Si tratta soltanto di uno dei profili di incostituzionalità rilevati dalla Corte nella sentenza n. 262 del 2009, in piena coerenza con la decisione del 2004, facendo leva sugli artt. 3, 68, 90 e 96 della Costituzione; ai quali è stato poi affiancato un richiamo all'art. 138, forse più che per la decisività del parametro in questione al solo fine di rendere esplicito ciò che poteva in realtà già desumersi sulla base del suo precedente intervento.