

Prof. Avv. Dr. Jur. Giovanni Guzzetta
Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Roma "Tor Vergata"
Patrociniante in Cassazione

PARERE PRO VERITATE

Mi è stato chiesto un parere sul seguente quesito: “*Se il d. lgs. 31 dicembre 2012 n. 235 sia conferme alla Costituzione sotto il particolare profilo della sua applicazione con riferimento alla condanna, sopraggiunta il 1 agosto 2013, del Sen. Silvio Berlusconi per fatti di reato antecedenti alla sua entrata in vigore, anche ai fini della convalida dell'elezione al Senato del medesimo da parte della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari e del Senato della Repubblica*”

INDICE: 1. Fatto; 2. La disciplina dell'incandidabilità nell'ordinamento italiano prima del d. lgs. 235/2012; 3. Novità introdotte dal d. lgs. 235/2012 con particolare riferimento alla condizione del parlamentare nazionale; 4. Incostituzionalità della disciplina se ritenuta applicabile all'incandidabilità conseguente ad accertamento di fatti posti in essere prima della sua entrata in vigore; 4.1. Questioni relative agli effetti della legge nel tempo; 4.1.1. Natura retroattiva della norma se interpretata come applicabile al caso in questione. Rilevanza dei fatti e non della sentenza di condanna ai fini della determinazione degli effetti nel tempo della legge.; 4.2 L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di retroattività. Attenuazione della rigida applicazione del principio di irretroattività alla sola fattispecie penale in senso stretto; 4.3. L'inquadramento dell'incandidabilità ai fini della valutazione della legittimità o meno dei suoi effetti retroattivi e la giurisprudenza della Corte costituzionale e della CEDU sulla qualificazione dei limiti all'elettorato passivo; 4.4. La giurisprudenza della CEDU sui limiti agli effetti retroattivi delle sanzioni; 4.4.1 Insufficienza della qualificazione nazionale per escludere l'applicabilità del divieto di sanzioni retroattive dell'art. 7 della CEDU; 4.4.2. I requisiti sostanziali per la qualificazione della fattispecie alla luce della giurisprudenza CEDU sul principio di irretroattività ex art. 7 della Convenzione; 4.4.3 La applicabilità del test CEDU al caso dell'incandidabilità ai sensi del d. lgs. 235 /2012; 4.4.4. Inconferenza della sentenza Pierre-Bloch c. Francia in tema di ineleggibilità; 4.4.5. Conclusioni: illegittimità del d. lgs. 235/2012 se interpretato retroattivamente. La possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme che esclude l'applicabilità del d. lgs. 235/2012 al caso in esame; 5. Alcuni ulteriori vizi di legittimità del decreto legislativo per violazione del requisito della ragionevolezza e della proporzionalità in relazione all'artt. 2, 3 e 51 della Costituzione italiana e all'art. 3 del protocollo n.1 della CEDU; 5.1. Irragionevolezza nell'individuazione dei reati presupposti; 5.2. Irragionevolezza e sproporzione degli effetti dell'incandidabilità; 5.3. Irragionevolezza ed elusione della delega sotto il profilo del coordinamento con la disciplina delle pene accessorie e della determinazione della durata dell'incandidabilità; 6. Conclusioni

1. Fatto

Ai fini del presente parere si rende innanzitutto necessaria una breve ricostruzione in punto di fatto. In data 1 agosto 2013 la Corte di Cassazione, sezione feriale, pronunciava, mediante la sola lettura del relativo dispositivo, una sentenza nei confronti di Silvio Berlusconi, con la quale annullava la sentenza impugnata nei confronti di questi limitatamente alla statuizione relativa alla condanna alla pena accessoria dell'interdizione temporanea per anni cinque dai pubblici uffici, per violazione dell'art 12 comma 2, dlgs 10 marzo 2000, n. 74, disponendo la trasmissione degli atti ad altra sezione della corte di appello di Milano perché rideterminasse la pena accessoria nei limiti temporali fissati dal citato art. 12 ai sensi dell'art 133 c.p., valutazione non consentita alla corte di legittimità e rigettava nel resto il ricorso di Berlusconi nei cui confronti dichiarava, ai sensi dell'art 64, comma 2, c.p.p., irrevocabili tutte le altre parti della sentenza impugnata.

E' il caso di precisare che la predetta decisione veniva pronunciata con riferimento al reato di frode fiscale di cui agli art. 81 cpv, 110 c.p., 4 lett f) l. 516/82 in relazione all'art. 2 d. lgs. 74/2000 con riferimento a fatti risalenti ad epoca antecedente l'entrata in vigore del d. lgs. 235/2012, cui si riferisce il quesito da cui origina il presente parere.

Conseguentemente alla decisione della Suprema Corte di Cassazione, il pubblico ministero competente trasmetteva, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del d. lgl 235/2012 la comunicazione della sentenza definitiva di condanna al Senato della Repubblica per le determinazioni di competenza.

2. La disciplina dell'incandidabilità nell'ordinamento italiano prima del d. lgs. 235/2012

Com'è noto l'istituto dell'incandidabilità è stato introdotto esplicitamente nel nostro ordinamento dalla legge 18 gennaio 1992, n. 16 (*Norme in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali*). Ad essa sono seguiti numerosi interventi correttivi e modificativi anche alla luce di pronunciamenti della Corte costituzionale.

Si tratta dunque di un quadro normativo frammentario e in costante movimento al quale il legislatore ha ritenuto di dover sostituire una disciplina più organica.

3. Novità introdotte dal d. lgs. 235/2012 con particolare riferimento alla condizione del parlamentare nazionale

Anche per le ragioni anzidette il legislatore con legge 6 novembre 2012, n. 190, recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* è intervenuto sulla materia delegando il governo ad emanare un *testo unico* non meramente compilativo della normativa in materia di incandidabilità “alla carica di membro del Parlamento europeo, di deputato e di senatore della Repubblica, di incandidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali e di divieto di ricoprire le cariche di presidente e di componente del consiglio di amministrazione dei consorzi, di presidente e di componente dei consigli e delle giunte delle unioni di comuni, di consigliere di amministrazione e di presidente delle aziende speciali e delle istituzioni di cui all'articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267, e successive modificazioni, di presidente e di componente degli organi esecutivi delle comunità montane” (art. 1 comma 63, l. 190/2012).

In attuazione di tale delega (i cui principi e criteri direttivi sono stati previsti al comma 64 dell'art. 1 della l. 190/2012) il governo ha emanato il d. lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, recante *Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190.*

Tale disciplina, per quanto qui interessa, si compone di tre blocchi normativi distinti avendo riguardo alle cariche di riferimento. Un primo blocco (capo I e II) riguarda i membri del Parlamento nazionale, quelli del Parlamento europeo spettanti all'Italia e le cariche di Governo (il Presidente del Consiglio dei ministri, i Ministri, i Vice Ministri, i sottosegretari di Stato e i commissari straordinari del Governo di cui

all'articolo 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400). Gli altri due riguardano, rispettivamente cariche regionali e presso gli enti locali.

Quanto alla trama normativa, pur restando per lo più formalmente distinta con riferimento a tali diversi gruppi, il testo unico prevede - in forza di richiami interni o di identità oggettiva di fattispecie regolate - un certo numero di elementi in comune.

Per tutti è ad esempio previsto che l'incandidabilità operi e produca i propri effetti *ex lege* prima dell'assunzione della carica, precludendo in concreto l'assunzione della stessa, nonché che essa, qualora determinatasi successivamente alla proclamazione, produca la mancata convalida o la decadenza dalla stessa. Ugualmente, la sentenza definitiva su certe categorie di reato, tra cui ad es. rientra quella relativa alla fattispecie di cui ci si occupa in questa sede, producono l'incandidabilità rispetto a tutte queste cariche considerate nel testo unico.

Senza necessità di indulgere sui profili descrittivi, ampiamente conosciuti e che verranno richiamati all'occorrenza, si ritiene necessario, però, in avvio, mettere in evidenza il fatto che ci si trova di fronte ad una disciplina la quale presenta indubbi e relevantissimi elementi di novità, significativi proprio con riferimento al caso in questione.

Si tratta infatti della prima disciplina nella storia repubblicana che introduce la fattispecie dell'incandidabilità con riferimento ad alcune cariche e, in particolare, per quanto qui interessa, a quella di parlamentare nazionale. V'è da aggiungere che la recentissima entrata in vigore fa sì che non vi sia alcun tipo di precedente applicativo con riferimento a un parlamentare, né, per conseguenza, nessun precedente giurisdizionale. Allo stesso modo risulta del tutto inedita l'ampiezza (almeno con riferimento ad alcune fattispecie di reato) degli effetti inibitori all'assunzione di cariche pubbliche. Ampiezza che finisce per coincidere con qualsiasi pubblico ufficio di carattere politico.

4. Incostituzionalità della disciplina se ritenuta applicabile all'incandidabilità conseguente ad accertamento di fatti posti in essere prima della sua entrata in vigore.

Dall'esame della disciplina nella limitata prospettiva del richiesto parere, peraltro, risulta più di un dubbio di legittimità costituzionale della stessa.

Il primo e più rilevante di tale profili è quello che riguarda l'interpretazione secondo cui la nuova disciplina dell'incandidabilità dei parlamentari sarebbe applicabile anche in conseguenza di sentenze che accertano fatti compiuti prima dell'entrata in vigore della stessa.

Un tale esito interpretativo – come si vedrà non necessariamente obbligato (vedi *infra* par. 4.4.5.) sembrerebbe potersi fondare sul tenore letterale dell'art. 1, comma 64, lett. *m*) della l. 190/2012, cui hanno dato attuazione – per quanto qui interessa - gli artt. 1 e 3 del d. lgs. 235/2012.

La disposizione della legge di delega in particolare, richiede al Governo di

“disciplinare le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto dalle cariche di cui al comma 63 in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all'affidamento della carica“

L'art. 1 del decreto legislativo delegato condiziona, a sua volta, l'insorgere della fattispecie dell'incandidabilità all'avere l'interessato riportato “condanne” per taluni reati ivi richiamati alle lett. a), b) e c), mentre l'art. 3, a proposito dell'insorgere dell'incandidabilità in corso di mandato, stabilisce che

“le sentenze definitive di condanna di cui all'articolo 1, emesse nei confronti di deputati o senatori in carica, sono immediatamente comunicate, a cura del pubblico ministero presso il giudice indicato nell'articolo 665 del codice di procedura penale, alla Camera di rispettiva appartenenza”.

Si potrebbe pertanto ritenere che per l'avverarsi della causa di incandidabilità sia sufficiente l'emaneazione di una sentenza definitiva di condanna, indipendentemente dal momento in cui fatti in base alla quale essa è stata pronunciata siano avvenuti ed anche se precedenti all'entrata in vigore del decreto legislativo in oggetto.

Confermerebbe questa conclusione l'art. 16 del medesimo decreto legislativo (contenente le disposizioni transitorie e finali), a termini del cui primo comma

“Per le incandidabilità di cui ai Capi I e II, e per quelle di cui ai Capi III e IV non già rinvenibili nella disciplina previgente, la disposizione del comma 1 dell'articolo 15 si applica alle sentenze previste dall'articolo 444 del codice di procedura penale pronunciate successivamente alla data di entrata in vigore del presente testo unico.”

Ed è infatti proprio in forza di tale disposizione che il Consiglio di Stato (sez. V, sent. 695/2013, Miniscalco) ha ritenuto, applicando il canone dell'interpretazione *a contrario*, che la legge sarebbe applicabile, *in parte qua*, a tutte le sentenze precedenti all'entrata in vigore del decreto legislativo diverse da quella di cui all'art. 444 cpp. E'

evidente, dunque, che se si ammettesse che la prescritta disciplina possa avere applicazione anche con riferimento a sentenze emesse in precedenza alla sua entrata in vigore, per necessità logica si dovrebbe ritenere che si applichi con riferimento a fatti venuti anch'essi in essere in precedenza (in quanto necessariamente anteriori alla sentenza che definitivamente li accerta).

4.1. Questioni relative agli effetti della legge nel tempo

E' evidente, dunque, la crucialità dell'accertamento sulla natura o meno retroattiva della disciplina. Qualora infatti si dimostrasse che si tratta di una disciplina retroattiva e dunque applicabile al caso di specie, si tratterebbe, allora, di verificare ulteriormente se, alla luce delle norme e dei principi in materia di effetti della legge nel tempo (art. 11 preleggi, art. 3 e 25 Cost., art. 7 Cedu, ecc.), quella previsione di retroattività sia legittima o meno. Le due questioni (indagine sulla retroattività e legittimità della medesima una volta riconosciuta come tale) sono logicamente distinte e, per necessità di rigore analitico, vanno tenute distinte. Ben può essere, ad esempio, che la previsione dell'incandidabilità sia contenuta in una norma penale, ma non sia retroattiva (e non violi dunque il canone dell'art. 25, comma 2 Cost.), ovvero che la norma in questione sia bensì retroattiva, ma non sia riconducibile al novero di quelle per le quali l'ordinamento costituzionale e CEDU vietano l'irretroattività.

4.1.1. Natura retroattiva della norma se interpretata come applicabile al caso in questione. Rilevanza dei fatti e non della sentenza di condanna ai fini della determinazione degli effetti nel tempo della legge.

In disparte, dunque, per il momento il problema della legittimità di una eventuale applicazione retroattiva della disciplina in questione, è utile in via preliminare concentrarsi sul profilo del rapporto tra fatti di reato precedenti e successiva normazione sull'incandidabilità.

A questo proposito si è ritenuto da parte della dottrina che non ci si trovi in questa circostanza in un caso di retroattività. E in questo stesso senso si è pronunciata,

con riferimento ad altre fattispecie di incandidabilità previste dal testo unico, la richiamata sentenza del Consiglio di Stato nel caso Miniscalco, a mente della quale

“l'applicazione della richiamata disciplina ai procedimenti elettorali successivi alla sua entrata in vigore, pur se con riferimento a requisiti soggettivi collegati a fatti storici precedenti, non dà la stura ad una situazione di retroattività, ma costituisce applicazione del principio generale *tempus regit actum* che impone, in assenza di deroghe, l'applicazione della disciplina sostanziale vigente al momento dell'esercizio del potere amministrativo” (Consiglio di Stato sez. V, sent. 695/2013, punto 3.1.).

Una tale interpretazione però non convince.

La nozione di retroattività, secondo l'insegnamento dottrinale e giurisprudenziale più convincente, consiste nella circostanza che l'ordinamento giuridico *oggi* riconduce a fatti del passato conseguenze ed effetti *diversi* rispetto a quelli che se ne potevano dedurre sulla base del diritto vigente nel momento in cui si verificarono. Cosicché ad un certo fatto del passato non si applica interamente il regime normativo allora previsto, ma, in parte o in tutto, quanto previsto dalla nuova legge, che dunque viene applicata “in relazione a rapporti sorti nel passato (C. Cost. 118 del 1957, punto 2 del *considerato in diritto*).

Nel compiere tale diversa qualificazione dei fatti del passato l'ordinamento fa sorgere conseguenze ed effetti nuovi dalla fattispecie originaria (in dottrina, per tutti G. PACE, *Il diritto transitorio*, Milano, 1944, 135 e più in generale ed esaustivamente sul tema, con ampio corredo biografico, R. Caponi, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.* 1990, p. 1332 ss.).

Del resto questa ricostruzione del fenomeno della retroattività appare confermata dalla Corte costituzionale allorché la definisce come la situazione in cui una legge incide “su posizioni costituite in vista di una situazione giuridica, mutata poi in forza della disposizione impugnata” (Corte. Cost., sent. 194/1976, punto 10 del *considerato in diritto*), mettendone in evidenza anche la ratio ispiratrice delle sue possibili limitazioni (“la garanzia della certezza dei rapporti giuridici uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile”, *ivi*).

Si tratta esattamente del fenomeno che, ad es., l'art. 25 Cost., vuole scongiurare con riferimento alle norme penali incriminatrici. Cos'è che si vuole evitare in quel caso? Che un certo comportamento passato, all'epoca penalmente lecito (dal compimento del quale cioè non si poteva trarre la conseguenza di applicare una sanzione penale), possa

oggi essere retrospettivamente “ri-qualificato” dall'ordinamento, così ricavarne “ora per allora” la conseguenza dell'applicabilità della sanzione penale.

Lo stesso schema è applicabile al caso del d. lgs. 235/2012. **Esso ha infatti “rivalutato” comportamenti del passato, traendo da essi conseguenze diverse da quelle che se ne potevano trarre all'epoca sulla base delle norme vigenti.**

Infatti, mentre per certi fatti (quelli relativi ai reati di cui all'art. 1 del decreto), all'epoca della loro commissione la conseguenza (per quanto qui interessa) tratta dall'ordinamento di allora era quella di legittimare l'applicazione della sanzione della pena principale e (eventualmente) di quella accessoria, oggi, a seguito di un'applicazione “retroattiva”, da quegli stessi fatti storici si trae un'ulteriore conseguenza: l'applicazione di una limitazione al diritto di elettorato passivo. Semplificando: all'epoca le conseguenze previste erano una o due (pena principale e eventualmente pena accessoria), oggi le conseguenze giuridiche di quello stesso fatto sono tre (le prime due più, adesso, incandidabilità).

Questa ricostruzione può trovare conferma anche assumendo le premesse da cui muove il Consiglio di Stato .

Il supremo giudice amministrativo (richiamando anche risalenti precedenti di giurisprudenza costituzionale, tra cui la sent. 118/1994, che però affrontavano solo incidentalmente il tema della retroattività; su tali precedenti vedi *infra* nei successivi paragrafi del presente parere) si muove nella prospettiva che in questo caso non sia in questione una norma retroattiva, ma una norma che stabilisce *oggi* i requisiti soggettivi per l'accesso ai pubblici uffici in futuro. La conseguenza sarebbe che, poiché tra i requisiti vi è quello di “non essere condannato”, chi si trovi *oggi* nella situazione giuridica di “condannato” dev'essere escluso, senza che la norma retroagisca in alcun modo.

Queste conclusioni non convincono. Le norme che definiscono requisiti, allorché il possesso di uno di essi dipenda da fatti del passato dai quali l'ordinamento all'epoca non faceva nascere come conseguenza l'attribuzione o il riconoscimento di quel requisito, sono anch'essi, *in parte qua*, retroattivi. Le norme, cioè, valutano un fatto del passato come foriero di conseguenze (il vedersi riconosciuto o meno un certo requisito) non previste all'epoca.

Il discorso appare ancora più chiaro se si considera il caso dell'incandidabilità e delle altre norme sull'elettorato passivo. In queste ipotesi infatti, a ben vedere, non si tratta della definizione di nuovi "requisiti" positivamente attribuiti dalla legge (o dal decreto legislativo), ma di limitazioni all'applicazione dei requisiti generali che la Costituzione riconosce e che preesistevano.

E' questa – va evidenziato – una differenza fondamentale tra la carica di parlamentare e quella di altri titolari di pubblici uffici. Nel caso in esame non è la legge che, ma la Costituzione che fissa i requisiti soggettivi (art. 48, 56, comma 3, 58, comma 2, abilitando la legge – peraltro non liberamente - a definire solo dei limiti a quei requisiti riconosciuti direttamente in Costituzione.

La legge nuova insomma non attribuisce un diritto, una facoltà o un potere che prima non c'erano, ma toglie qualcosa, pone dei **nuovi limiti** (non a caso spesso in dottrina a proposito delle cause di ineleggibilità si parla di "requisiti negativi" per l'esercizio del diritto di elettorato; il che, com'è evidente, conferma che si tratti di limiti).

Se ciò è vero, appare abbastanza evidente che far dipendere l'operare o meno di una limitazione dell'elettorato passivo da fatti del passato (l'aver commesso o meno un reato) costituisce una applicazione retroattiva, in quanto la legge viene applicata "in relazione a rapporti sorti nel passato" (C. Cost. 118 del 1957, cit.).

Il fatto di reato di allora, alla luce della nuova legge, produce, oltre agli effetti già penalmente previsti, anche l'ulteriore effetto (allora non previsto) di rendere automaticamente incandidabile chi l'abbia commesso.

L'incandidabilità insomma (comunque la si qualifichi: requisito negativo o limitazione) in tanto può essere applicata, in quanto sia effetto diretto di quei fatti e comportamenti (e di cui, invece, all'epoca, non poteva essere effetto, perchè il diritto allora vigente non lo prevedeva).

Dal punto di vista della problematica della retroattività insomma, la prospettiva dell'inquadramento dell'incandidabilità come mero requisito di eleggibilità rischia di essere fuorviante. Tant'è che difficilmente potrebbe negarsi la natura retroattiva della previsione se, anziché come requisito, lo si considerasse come "sanzione" (ciò che la stessa Corte costituzionale ha fatto nella sent. 141 del 1996, successiva peraltro alla sent. 118/1994, allorché dichiarò incostituzionali le norme della l. 55/90 che prevedevano l'incandidabilità come mera conseguenza di un rinvio a giudizio

in quanto in tal caso l' "ineleggibilità [avrebbe assunto] i caratteri di una sanzione anticipata" (evid. non testuale)).

La conclusione testé raggiunta non può revocarsi in dubbio ritenendo che in realtà (in disparte, al momento, la menzionata ipotesi di cui all'art. 16, su cui si tornerà al par. 4.4.5) la conseguenza dell'incandidabilità derivi dalla "situazione oggettiva" determinatasi con la sentenza di condanna intervenuta successivamente alla sua entrata in vigore. La sentenza di condanna, infatti, non è un evento naturalistico estraneo ai fatti di reato, ma è invece la modalità con la quale quei fatti sono accertati; è lo strumento attraverso il quale l'ordinamento riconosce la certezza (processuale) di quei fatti. Detto in altri termini, in tanto è logico, ammissibile e tollerabile, che la legge riconduca ad una sentenza la conseguenza sfavorevole dell'incandidabilità per un certo soggetto, in quanto la sentenza serve proprio ad imputare a quel soggetto i fatti, il cui disvalore sociale e la cui gravità costituisce la *ratio* ispiratrice e giustificatrice della normativa che limita l'elettorato passivo.

Non è d'altronde un caso se autorevole dottrina ha riconosciuto che il concetto di retroattività è chiamato in questione anche con riferimento a eventi successivi all'entrata in vigore della legge (nel nostro caso la sentenza) ma comunque connessi ai fatti precedenti, affermando che può escludersi la retroattività solo se la legge "possa essere applicata ai fatti, agli status e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi [...] debbano essere presi in considerazione in se stessi prescindendo totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati" (G. CIAN, A. TRABUCCHI, Commentario breve al codice civile, CEDAM, 2011, pag. 26 e ss., corsivo non testuale e nello stesso senso R. Caponi, *La nozione di retroattività*, cit. *passim* ai parr. 3 e 4).

E' evidente che, nella nostra prospettiva, è difficile – se non assurdo - affermare che la sentenza di condanna "prescinda totalmente dal collegamento" con i fatti di reato.

Anche perchè, recidere completamente il legame tra conseguenze della sentenza di condanna e fatti di reato sulla base dei quali essa è stata emessa, imporrebbe di ritenere che la conseguenza (certamente sfavorevole e limitativa) della incandidabilità (o, se si vuole, la perdita del requisito della candidabilità) si imponga al cittadino condannato non in conseguenza dei fatti a lui imputabili, ma a titolo di responsabilità

oggettiva (per l'evento della sentenza) o addirittura di fatto (lecito) dell'organo giudicante. Il che sarebbe palesemente illogico, abnorme e aberrante.

Un esempio riferito ad un'ipotetica sanzione penale può rendere più vividamente le aporie della conclusione opposta.

Si immagini infatti il caso ipotetico di Tizio, datore di lavoro, il quale si renda responsabile di inadempimento contrattuale non versando la retribuzione al lavoratore per un cospicuo numero di mesi e che venga per questo citato in giudizio dal lavoratore stesso. Immaginiamo che, nelle more del giudizio, venga introdotta una legge che, per tutelare il lavoratore in quanto soggetto debole, introduca una fattispecie di reato per coloro che siano “condannati con sentenza definitiva” per prolungato inadempimento dell'obbligazione contrattuale nei confronti del lavoratore (com'è noto non mancano né sono mancate nel nostro ordinamento forme di “penalizzazione” di illeciti “civili” del datore di lavoro). E immaginiamo ancora che la sentenza definitiva di condanna civile di Tizio venga in essere successivamente all'entrata in vigore della legge incriminatrice.

Come può dubitarsi che la legge che introducesse un tale reato di inadempimento contrattuale non sia retroattiva (e in quanto penale anche illegittima), ma sia solo l'”applicazione attuale di una disciplina sostanziale oggi vigente”?

E, infatti, in questo stesso senso, e **a chiarire definitivamente tale questione**, si può citare l'ormai costante giurisprudenza amministrativa a proposito del **difetto di requisiti** per l'ottenimento del permesso di soggiorno dei cittadini non comunitari. Per i quali i giuridici amministrativi hanno negato costituissero una legittima ipotesi di diniego del permesso di soggiorno (**e dunque per difetto dei requisiti abilitanti ai fini della concessione del medesimo**) quella basata su sentenze di condanna emesse successivamente alla emanazione della normativa abilitante il diniego, ma per fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della stessa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 859; sez. V 2 aprile 2010, n. 1894 e n. 1888, stessa data, e 16 febbraio 2010, n. 859, nonché da ultimo Tar Lazio, sez. II *quater*, 7 marzo 2012, n. 2299).

Afferma infatti il Consiglio di Stato, nella decisione n. 859/2010:

“tale disposizione è stata introdotta dalla l. 30 luglio 2002, n. 189, e, **considerate le gravi conseguenze che essa comporta**, deve essere interpretata come applicabile, *ratione temporis*, solo ai reati commessi dopo la sua entrata in vigore; pertanto, in caso di condanna penale successiva all'entrata in vigore di tale disposizione, occorre avere riguardo alla data del commesso reato, potendosi applicare l'automatismo espulsivo solo nel caso in cui anche il reato, e non solo la condanna, siano successivi alla data di

entrata in vigore suddetta (in termini Cons. St., sez. VI, 7 aprile 2009 n. 1791, ord.; evid. aggiunta).

4.2 L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di retroattività. Attenuazione della rigida applicazione del principio di irretroattività alla sola fattispecie penale in senso stretto

Come si è anticipato, dimostrare che una norma sia retroattiva non significa necessariamente affermare che tale retroattività sia illegittima.

Dunque, una volta acclarata la conclusione che l'interpretazione secondo cui il d. lgs. 235/2012 sia applicabile anche alle condanne per fatti precedenti alla sua entrata in vigore costituisce un'applicazione retroattiva della medesima, si tratta di valutare se tale applicazione retroattiva sia conforme (nella fattispecie Costituzione e CEDU) ai parametri al cui rispetto è astretta una legge ordinaria.

E' noto che la nostra Corte costituzionale ha, fin dall'origine negato, al principio di irretroattività sancito dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, valore costituzionale, ricordando che l'unica ipotesi di chiara costituzionalizzazione è quella di cui all'art. 25 Cost. per ciò che attiene alle norme penali incriminatrici.

E' pur vero però che il giudice delle leggi non ha escluso mai del tutto la possibilità che leggi non penali possano essere dichiarate incostituzionali a causa della propria irretroattività.

Si veda ad esempio quanto affermato già nella sent. 118 del 1957 (punto 2 del *considerato in diritto*)

“Il principio generale della irretroattività delle leggi - attualmente enunciato nell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale - rappresenta un'antica conquista della nostra civiltà giuridica. Esso però non è mai assunto nel nostro ordinamento alla dignità di norma costituzionale; né vi è stato elevato dalla vigente Costituzione, se non per la materia penale (vano è appellarsi in contrario - come fa taluna delle ordinanze di rimessione - a precetti, quali gli artt. 136 e 75 Cost., che hanno tutt'altro oggetto, e perciò non appaiono in alcun modo incompatibili con l'emanazione di leggi retroattive). Per le materie diverse da quella penale, l'osservanza del tradizionale principio è dunque rimessa - così come in passato - alla prudente valutazione del legislatore, il quale peraltro - *salvo estrema necessità* - dovrebbe a esso attenersi, essendo, sia nel diritto pubblico che in quello privato, *la certezza dei rapporti preferiti* (anche se non definiti in via di giudicato, transazione, ecc.) *uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile*”.

Con ciò non si vuole escludere che *in singole materie*, anche fuori di quella penale, l'emanazione di *una legge retroattiva possa rivelarsi in contrasto con qualche specifico precetto costituzionale*" (corsivo non testuale).

Ed in effetti, successivamente la Corte, soprattutto nella propria giurisprudenza in materia di norme di interpretazione autentica e di norme provvedimento ha riconosciuto l'esistenza di limiti al potere del legislatore di derogare al principio della irretroattività.

Ciò è innanzitutto avvenuto con riferimento all'art. 3 cost. e al principio di ragionevolezza. Cosicché si è ritenuto che norme retroattive siano legittime

“purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti. Ed è, quindi, proprio sotto l'aspetto del controllo di ragionevolezza che rilevano, simmetricamente, la funzione di interpretazione autentica, che una disposizione sia in ipotesi chiamata a svolgere, ovvero l'idoneità di una disposizione innovativa a disciplinare con efficacia retroattiva anche situazioni pregresse in deroga al principio per cui la legge non dispone che per l'avvenire “ (così sentt. 274 del 2006 e 234/2007, punto 9 del considerato in diritto, corsivo aggiunto).

Questo processo di espansione del sindacato sulla retroattività delle norme ha poi incrociato una tendenza della giurisprudenza a sfumare la rigidità dell'applicazione dell'art. 25, fino a “sconfinare” dai limiti della materia penale e orientarsi verso interpretazioni più “sostanzialistiche”.

La Corte ha ad esempio affermato il principio di

“legalità della pena, ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale é necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire” (sent. 78 del 1967).

Un ulteriore impulso evolutivo si è poi determinato a seguito dell'approvazione della riforma costituzionale del 2001 e della modifica dell'art. 117, comma 1, della Costituzione sulla base del quale si è imposto al legislatore il rispetto degli obblighi internazionali e, dunque, in particolare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Con la conseguenza che il rispetto di tali norme è stato attratto, mediante lo schema della norma interposta, nel parametro di legittimità il cui rispetto è assicurato da parte della Corte costituzionale (cfr. Corte cost. sentt. 348 e 349/2007).

A seguito di tale innovazione normativa la Corte costituzionale ha inasprito il proprio controllo sul rispetto del principio di irretroattività, cui gli art. 5, 6 e 7 della CEDU assegnano una particolare coerenza.

E' così accaduto che la Corte costituzionale abbia riconosciuto l'illegittimità della retroattività di norme sanzionatorie di natura amministrativa emanate a seguito di depenalizzazione (anche in considerazione del principio generale di cui all'art. 1 della l. 689/1981).

Fondamentale in materia, ad es., la sentenza 196/2010, sia perchè ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma sanzionatoria di carattere amministrativo nella sua applicazione retroattiva, sia per la motivazione addotta, la quale consacra un approccio "sostanzialistico" al tema delle sanzioni e della loro retroattività:

"3.1.4. Una preoccupazione analoga – e cioè quella di evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all'ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale – è, del resto, alla base dell'indirizzo interpretativo che ha portato la Corte di Strasburgo all'elaborazione di propri criteri, in aggiunta a quello della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale, al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione.

In particolare, la Corte europea ha attribuito alternativamente rilievo, a tal fine, o alla natura stessa dell'illecito – da determinare, a propria volta, sulla base di due sottocriteri, costituiti dall'ambito di applicazione della norma che lo preveda e dallo scopo della sanzione – ovvero alla gravità, o meglio al grado di severità, della sanzione irrogata.

3.1.5.— Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto.

Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato.

D'altronde, questa Corte non solo ha affermato che, per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste «l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse» (sentenza n. 447 del 1988), ma anche precisato come la necessità «che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» risulti pur sempre «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione» (sentenza n. 78 del 1967, evid. aggiunta).

A ciò è da aggiungere che anche la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati – recata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale) – ha stabilito che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» (art. 1, primo comma), dettando, così, una regola che si pone come principio generale di quello specifico sistema” (C. Cost. Sent. 196/2010, punti 3.1.4 e 3.1.5 del considerato in diritto).

Tale orientamento è stato poi esteso anche alla materia civile. Peraltro, in tale ambito, la Corte costituzionale era già intervenuta prima del 2001, compiendo alcune affermazioni di principio e suffragandole con il riferimento (non formalmente vincolante all'epoca il legislatore) alla CEDU.

Nella sent. 202 del 1991, al punto 4 del *considerato in diritto* la Corte ha infatti affermato – a proposito dell'applicazione retroattiva di un divieto per la violazione del quale era sorta un'azione di responsabilità civile per il risarcimento dei danni – che

“anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 5, 6, 7) è interpretata nel senso che, per la rilevanza delle trasgressioni dei doveri generali sanciti da una disposizione di legge, occorre, per il comportamento giuridicamente corretto, la conoscibilità di essa al momento del fatto”.

In quell'occasione poi la Corte ha formulato una considerazione ancor più generale, suscettibile di trovare applicazione anche nel caso oggetto del presente parere. Essa ha infatti affermato – a chiusura del ragionamento - che

“Il cittadino deve conoscere quale sia il comportamento che la norma richiede, specie se si tratta di limitazione ad un diritto di libertà” (ivi, evid. aggiunta).

Quanto poi alla giurisprudenza costituzionale successiva al 2001, si deve ricordare che la Corte costituzionale ha riconosciuto il proprio obbligo di conformarsi alla giurisprudenza CEDU in materia di retroattività anche nell'ambito dell'ordinamento civile, nella misura e nei limiti in cui la convenzione assicura contro forme illegittime di retroattività.

In particolare nella sent. 311/2009 (punto 9 del *considerato in diritto*) il giudice delle leggi ha affermato che

“Deve infatti escludersi l'esistenza di un principio secondo cui la necessaria incidenza delle norme retroattive sui procedimenti in corso si porrebbe automaticamente in contrasto con la Convenzione europea, come peraltro riconosciuto da una parte della giurisprudenza di legittimità (Cass. 16 gennaio 2008 n. 677)”.

Concludendo in quella circostanza che

“Dal confronto fra i principi espressi dalla Corte europea e le condizioni e finalità dell’art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, emerge come il legislatore nazionale non abbia travalicato i limiti fissati dalla Convenzione europea” (ivi)

in quanto, tra l'altro, nella fattispecie

“La vicenda normativa in esame (...) non determina una reformatio in malam partem di una situazione patrimoniale in precedenza acquisita” (ivi).

4.3. L'inquadramento dell'incandidabilità ai fini della valutazione della legittimità o meno dei suoi effetti retroattivi e la giurisprudenza della Corte costituzionale e della CEDU sulla qualificazione dei limiti all'elettorato passivo.

Da queste premesse – e con riserva di esaminare subito dopo la rilevante giurisprudenza CEDU – **risulta evidente che la questione dell'inquadramento formale dell'incandidabilità quale sanzione penale non appare decisivo ai fini di escludere l'illegittimità degli effetti retroattivi della disciplina che lo prevede.**

Né, va aggiunto, appare decisivo quanto affermato dalla Corte costituzionale in alcune risalenti sentenze in ordine alla natura “non sanzionatoria” della fattispecie di incandidabilità.

Nella sentenza 132/2001 (al punto 2 del *considerato in diritto*) a proposito delle fattispecie di “incandidabilità” previste dall'art. 15 della legge n. 55 del 1990, e successive modificazioni, si legge:

“Esse [le fattispecie di incandidabilità] non rappresentano un aspetto del trattamento sanzionatorio penale derivante dalla commissione del reato, e nemmeno una autonoma sanzione collegata al reato medesimo, ma piuttosto l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate (cfr. sentenze nn. 118 e 295 del 1994), stabilito, nell'esercizio della sua discrezionalità, dal legislatore, al quale l'art. 51, primo comma, della Costituzione, demanda appunto il potere di fissare "i requisiti" in base ai quali i cittadini possono accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza.”

Ora non v'è dubbio che una tale affermazione sembrerebbe tagliar fuori tale ipotesi anche da un approccio sostanzialista al concetto di sanzione. Ad un maggior approfondimento però la conclusione non appare affatto scontata e va anzi radicalmente rovesciata.

Innanzitutto è dato riscontrare nella giurisprudenza costituzionale anche accenni in senso diverso. Ad esempio, come ricordato, nella sent. 141 del 1996, la quale dichiarò incostituzionali le norme della l. 55/90 che prevedevano l'incandidabilità come

mera conseguenza di un rinvio a giudizio (e non di un accertamento con sentenza definitiva), la Corte ebbe a precisare che

“La sancita ineleggibilità assume i caratteri di una sanzione anticipata, mancando una sentenza di condanna irrevocabile e, nel caso di semplice rinvio a giudizio, addirittura prima che il contenuto dell'accusa sia sottoposto alla verifica dibattimentale;” (punto 4 del considerato in diritto, evid. aggiunta).

Il che avvalorava la tesi che, quale che ne sia la qualificazione formale (requisito soggettivo o limite), **non sfuggisse nemmeno alla Corte costituzionale la natura sostanzialmente sanzionatoria della misura (almeno sotto il profilo dell'effetto limitativo del diritto).**

Non va poi dimenticato che, proprio per i rilevanti effetti che essa ha sui profili della legittimità costituzionale delle norme (retroattive) che la prevedono, la qualificazione in termini o meno di sanzione deve essere oggi coordinata con tutti gli elementi normativi che incidono sulla ricostruzione della fattispecie e, in particolare, dev'essere coordinata con quanto previsto dalla CEDU e dalla relativa giurisprudenza in termini di **qualificazioni, da valutare** - - come si è già accennato e come si preciserà ulteriormente - **in termini sostanziali e non meramente formali.** Nè può dimenticarsi che tale approccio “sostanzialista” si impone, come ricordato in altra occasione dalla Corte costituzionale, nella citata sent. 196/2010, per

“Evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all'ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale” (punto 3.1.4 del considerato in diritto)

Va, peraltro, considerato che la citata giurisprudenza costituzionale che esclude la natura sanzionatoria dell'incandidabilità risale ad un periodo antecedente all'entrata in vigore della modifica costituzionale che ha reso cogente per il legislatore (e di doverosa applicazione per la Corte costituzionale nel controllo sulle leggi) il rispetto della CEDU nell'interpretazione che di essa fornisce la Corte europea (sul punto tra le altre cfr. C. cost. 311 del 2009).

A tal proposito, venendo ora alla giurisprudenza CEDU, **non appare dubbio che anche le limitazioni dell'elettorato passivo** (non rileva in questa sede quale che ne sia l'origine, se cioè come conseguenza di sentenza penale o per altre previsioni legislative) si

atteggino, se conseguenti alla commissione di un illecito giudizialmente accertato, a vere e proprie “sanzioni”.

In particolare, nella sentenza 21 ottobre 1997, causa Pierre Bloch c. Francia (parr. 55 e 56) – su cui si tornerà successivamente sotto altri profili – la Corte europea – chiamata a giudicare dell'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione al caso di un cittadino che il Conseil Constitutionnel aveva privato dell'elettorato passivo per un anno a seguito dell'accertamento di una violazione dei limiti legislativi alle spese elettorali – **non esita a qualificare la limitazione del diritto ad accedere all'ufficio parlamentare nei termini di una vera e propria sanzione** (“penalty”, nella versione inglese e “sanction” nella versione francese), pur escludendo in quel caso – come si vedrà – che si sia in presenza di una sanzione penale ai sensi della Convenzione.

4.4. La giurisprudenza della CEDU sui limiti agli effetti retroattivi delle sanzioni.

Alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si pone – pertanto - il problema di verificare se la fattispecie qui in esame non ricada sotto la scure del divieto di retroattività delle sanzioni così come previsto dalla Convenzione europea.

Vengono a tal proposito in rilievo gli artt. 6 e 7 della Convenzione.

Cominciando, per ragioni logiche, dall'art. 7, esso stabilisce il principio di irretroattività, affermando, al suo primo comma che:

“No one shall be held guilty of any criminal offence (“nul ne peut être condamné” nella versione ufficiale francese) on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence (infraction) under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed”.

[“Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.]

La giurisprudenza Cedu ha precisato che i concetti giuridici rilevanti in tale materia debbano essere definiti anche alla luce del significato desumibile dall'art. 6 e dall'interpretazione che di esso è stata data dalla giurisprudenza (cfr. ad. es. Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, par. 49, Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995, par. 27).

Tale articolo, com'è noto, in tema di diritto a un equo processo prevede:

“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgement shall be pronounced publicly by the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

- (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
- (b) to have adequate time and the facilities for the preparation of his defence;
- (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
- (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
- (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.”

[Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia.

Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

In particolare, ogni accusato ha diritto a:

essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico;

disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata all'udienza.]

4.4.1 Insufficienza della qualificazione nazionale per escludere l'applicabilità del divieto di sanzioni retroattive dell'art. 7 della CEDU

Ai fini della verifica se il divieto di retroattività di cui all'art. 7 CEDU sia applicabile alla “sanzione” della incandidabilità, va, innanzitutto ricordato, come costituisca giurisprudenza ormai consolidata della Corte europea quella secondo cui i concetti evocati dalla disposizioni convenzionali quali reato, sanzione penale, accusa penale, ecc. (criminal offence, criminal penalty, criminal charge, ecc.) non possano essere ricostruiti sulla base della sola qualificazione ad essi data dall'ordinamento interno.

Ciò ha consentito alla Corte di ricondurre nell'alveo dell'art. 6 (e dunque anche del 7) una serie di ipotesi sanzionatore (disciplinari, amministrative, ecc.) espressamente qualificate come “non penali” dallo Stato interessato (in materia di sanzioni amministrative cfr. ad es. *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984; in materia di sanzioni disciplinari, *Engel e altri contro Olanda*, dell'8 giugno 1976).

La *ratio* di questa posizione (ricordata anche dalla Corte costituzionale sent. 196/201 citata in precedenza) è espressa chiaramente dalla Corte europea già nel caso *Engel e altri contro Olanda*, dell'8 giugno 1976, relativo all'applicazione di una sanzione “disciplinare”. In tale occasione la Corte, statuì che accettare la qualificazione nazionale di una fattispecie equivarrebbe a subordinare l'operatività delle clausole fondamentali degli articoli 6 e 7 alla sovrana volontà degli Stati:

“If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a "mixed" offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7) would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention. The Court therefore has jurisdiction, under Article 6 (art. 6) and even without reference to Articles 17 and 18 (art. 17, art. 18), to satisfy itself that the disciplinary does not improperly encroach upon the criminal.” (par. 81)

La Corte europea precisò in quell'occasione, sulla base peraltro di un precedente giudizio, che, mentre non spetta a essa mettere in dubbio la qualificazione operata dallo

Stato, qualora esso avesse definito “penale” di una certa disciplina e o una certa sanzione, la scelta inversa (l'esclusione nazionale della natura penalistica) dev'essere invece sottoposta ad uno specifico test fondato su criteri sostanziali:

“In the Neumeister judgment of 27 June 1968, the Court has already held that the word "charge" must be understood "within the meaning of the Convention"

“ The Convention leaves the States free to designate as a criminal offence an act or omission not constituting the normal exercise of one of the rights that it protects. This is made especially clear by Article 7 (art. 7). Such a choice, which has the effect of rendering applicable Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7), in principle escapes supervision by the Court.

The converse choice, for its part, is subject to stricter rules.(...).

In short, the "autonomy" of the concept of "criminal" operates, as it were, one way only” (Engel e altri contro Olanda, dell'8 giugno 1976, par. 81)

4.4.2. I requisiti sostanziali per la qualificazione della fattispecie alla luce della giurisprudenza CEDU sul principio di irreotriattività ex art. 7 della Convenzione

Esclusa la sufficienza della qualificazione interna ai fini dell'inquadramento delle “sanzioni” la Corte europea ha, com'è noto, individuato alcuni criteri o indicatori sulla base dei quali valutare la riconducibilità di una sanzione nell'ambito di applicazione del divieto di retroattività.

Si tratta, è il caso di precisare, di figure “sintomatiche” di cui non è richiesta la concorrenza, essendo sufficiente accertare la sussistenza di almeno una di tali circostanze (Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, par. 54 e Lutz c. Germania, 25 August 1987, par. 55, Matyiek c. Polonia, 30 maggio 2006, par. 47).

I principali di tali criteri risalgono alla sent. Engel e altri contro Olanda, dell'8 giugno 1976 (e sono stati confermati costantemente dalla giurisprudenza successiva (tra le altre, Lutz c. Germania, 25 agosto 1987, par. 54, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, par. 50; Putz v. Austria, 22 febbraio 1996, par. 31 Pierre-Bloch c. Francia del 21 ottobre 1997, par. 54 ss.; Garyfallou AEBE c. Grecia, 24 settembre 1997 par. 32).).

Il primo indicatore è, come accennato, quello della *qualificazione nazionale* in quanto è

“ necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law” Engel e altri contro Olanda, dell'8 giugno 1976, par. 82).

Come si è detto, infatti, nel caso in cui il diritto interno qualifichi già come penale la sanzione, la Corte (a differenza che nel caso opposto) assume questa qualificazione come sufficiente per statuire l'applicabilità degli artt. 6 e 7 CEDU.

Il criterio dell'inquadramento è dunque solo un punto di partenza (“This however provides no more than a starting point”).

Il secondo indicatore è quella della reale *natura dell'illecito* da cui origina la sanzione (Engel e altri contro Olanda, dell'8 giugno 1976, par. 82). Se cioè, per la finalità perseguita e la *ratio* ispiratrice delle norme che prevedono l'illecito, siano presenti i caratteri propri di un illecito penale.

Il terzo indicatore che acquisisce in un certo senso importanza decisiva nell'approccio sostanzialista della Corte - sul presupposto che negli ordinamenti liberal-democratici sia proprio la disciplina penale quella che giustifica sanzioni particolarmente afflittive e che dunque se la sanzione è particolarmente afflittiva essa vada inquadrata sostanzialmente nelle disciplina convenzionale sul diritto penale - è quello relativo al grado di severità della sanzione presa in considerazione.

Infatti, “in una società che riconosce la preminenza del principio di legalità appartengono alla sfera del diritto “criminale” le privazioni di libertà suscettibili di essere imposte come pena, eccezion fatta per quelle che per loro natura, durata o modalità di applicazione non possano essere significativamente afflittive”.

Cosicché il controllo sull'applicazione della Convenzione sarebbe generalmente illusorio se esso non potesse prendere in considerazione proprio questo profilo:

“Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental” (Engel e altri contro Olanda, dell'8 giugno 1976, par. 82)

4.4.3 La applicabilità del test CEDU al caso dell'incandidabilità ai sensi del d. lgs. 235 /2012.

Applicando tali indicatori al caso della fattispecie di incandidabilità di cui al d. lgs. 235/2012 sembra evidente che almeno il secondo e il terzo requisito risultino ricorrere.

Anche ad accogliere, cioè, la risalente interpretazione della Corte costituzionale, secondo la quale non si sarebbe in presenza di una fattispecie sanzionatoria riconducibile al diritto penale (e benchè peraltro si possano forse trovare argomenti testuali in senso opposto nella trama del d. lgs. 235/2012, tali da far pensare più ad una situazione “irrisolta” sul piano letterale quanto alla qualificazione), non sembra esservi dubbio sulla natura dell'illecito da cui l'incandidabilità scaturisce, peraltro automaticamente ed *ex lege*: e cioè il reato commesso.

A tale ultimo proposito, poi, non varrebbe obiettare che la condanna sia solo una *occasio* cui conseguono effetti non riconducibili alla nozione di sanzione penale di cui alla Convenzione.

Si tratta di profili già affrontati dalla Corte europea nel citato caso Welch allorchè si trattava di qualificare un'ordinanza di confisca (*order of confiscation*) emessa a seguito di condanna per traffico di stupefacenti. In quell'occasione la Corte rigettò la tesi del Governo del Regno Unito, che aveva sostenuto l'inesistenza di un legame tra sfera penalistica della condanna e natura non penale dell'ordinanza di confisca sulla base dell'argomento che la sentenza fosse solo una sorta di condizione di applicabilità (un “*trigger*”, un grilletto, una leva) delle disposizioni legislative

“a criminal conviction for drug trafficking was no more than a “trigger” for the operation of the statutory provisions. Once the triggering event had occurred, there was no further link with any conviction.” (caso Welch c. Regno Unito, del 9 febbraio 1995, par. 24).

Uguualmente, considerando l'ampiezza degli effetti temporali (non meno di sei anni, che possono in concreto significare anche due intere legislature parlamentari) e oggettivi (la totalità delle cariche pubbliche a carattere politico nel caso di sentenza di condanna, come nel caso del sen. Berlusconi, superiore ai due anni per delitto non colposo), è difficile negare che siamo in presenza di una sanzione ad altissimo grado di “severità”, che incide su una delle fondamentali (e inviolabili) libertà politiche, così da non poter essere qualificata certamente come “non significativamente afflittiva”.

4.4.4. Inconferenza della sentenza Pierre-Bloch c. Francia in tema di ineleggibilità.

Le conclusioni appena raggiunte non sembrano potersi revocare in dubbio in considerazione del precedente costituito dalla decisione Pierre-Bloch c. Francia del 21 ottobre 1997 (nonché, ma esattamente negli stessi termini, nel giudizio di ammissibilità nel caso Masson c Francia, 12 febbraio 2008). Si trattava, com'è noto in quel caso, della vicenda di un candidato alle elezioni per l'Assemblée Nationale, il quale, avendo violato le norme sui limiti di spesa nella campagna elettorale si era visto comminare, a seguito di un procedimento di fronte al Conseil Constitutionnel, la sanzione della ineleggibilità, *per un solo anno, per una sola legislatura e per quella sola Camera*.

In particolare, nell'esame della questione, la Corte europea dei diritti dell'uomo, aveva escluso l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione a quella specifica fattispecie di ineleggibilità sulla base di una serie di concomitanti ragioni.

Innanzitutto, era esclusa in quel caso la (auto-)qualificazione penalistica *ex lege* (attesa la distinta presenza di una sezione del codice elettorale disciplinante specificamente i relativi reati). In secondo luogo la fattispecie all'origine della sanzione (il secondo indicatore della giurisprudenza europea) presentava una natura “anfibia” in quanto suscettibile di determinare sia un procedimento a carattere non penale di fronte al Conseil constitutionnel per comminare l'ineleggibilità, sia un distinto procedimento penale (in quel caso non attivatosi) per l'irrogazioni di sanzioni pecuniarie o detentive.

La fattispecie e la sanzione non erano pertanto frutto di un accertamento nell'ambito di un procedimento penale.

In terzo luogo, anche quanto alla natura e severità della pena, le due situazioni (Peirre-Bloch e Berlusconi) non sono paragonabili.

Innanzitutto perché, come detto, la sanzione dell'ineleggibilità non derivava automaticamente dall'accertamento di un fatto di reato. Anzi a tal proposito il giudice europeo non nega che, anche nel diritto francese, l'esclusione dall'elettorato passivo sia una delle forme di sanzione previste dal diritto penale, ma precisa **che in tali circostanze la pena è “ancillare” e “aggiuntiva” rispetto alle pene principali imposte dal giudice penale, cosicchè la sua natura “penale” deriva dalla pena principale cui essa si “collega”:**

“Admittedly, as the applicant pointed out, disqualification from standing for election is

also one of the forms of deprivation of civic rights provided in French criminal law. Nevertheless, in that instance the penalty is “ancillary” or “additional” to certain penalties imposed by the criminal courts (see paragraph 39 above); its criminal nature derives in that instance from the “principal” penalty to which it attaches. (Pierre-Bloch c. Francia del 21 ottobre 1997, par. 56)

Detto in altri termini, è la connessione diretta con la pena principale e la condanna penale che determina la natura sostanzialmente penale o meno della fattispecie preclusiva dell'accesso ai pubblici uffici. Circostanza che, nel caso del d. lgs. 235/2012, atteso l'automatismo tra condanna alla pena principale e fattispecie della incandidabilità (vi sia o meno l'ulteriore sanzione accessoria dell'interdizione) induce a propendere per la conclusione esattamente opposta a quella testè esaminata.

Quanto infine al profilo della severità della sanzione, è la Corte stessa a precisare che la sua ridotta severità è asseverata dalla limitazione ad un periodo di un solo anno dalla data delle elezioni e dalla circostanza che essa si applichi alla sola elezione dell'Assemblea Nazionale:

“The disqualification imposed by the Constitutional Council is, moreover, limited to a period of one year from the date of the election and applies only to the election in question, in this instance the election to the National Assembly.” (Pierre-Bloch c. Francia del 21 ottobre 1997, 56).

E infatti, in senso contrario, la Corte nel caso *Matyiek c. Polonia*, 30 maggio 2006, ha ritenuto eccessivamente afflittiva la sanzione della esclusione dall'accesso ad un certo numero di pubbliche funzioni (tra cui l'ufficio di parlamentare).

E' evidente pertanto che, nella sent. Bloch, la ragione principale per l'esclusione di una violazione della Convenzione sia dipesa dalla tenuità della sanzione e dalla connessione della vicenda con un procedimento “non penale” legato alle controllo sul contenzioso elettorale (così, infatti, indirettamente, *Saccomanno c Italia*, 13 marzo 2012, par. 78).

4.4.5. Conclusioni: illegittimità del d. lgs. 235/2012 se interpretato retroattivamente. La possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme che esclude l'applicabilità del d. lgs. 235/2012 al caso in esame.

Tutto quanto precede induce pertanto a ritenere che l'interpretazione in base alla quale la disciplina del d. lgs. 235/2012 sia applicabile anche nel caso di condanne per

fatti precedenti alla sua entrata in vigore sia illegittima, sia con riferimento alla Costituzione italiana che con riferimento alla CEDU suscettibile, a sua volta, di determinare l'illegittimità di norme primarie in forza del richiamo di cui all'art. 117, comma 1, Cost.

Non si tratta peraltro, a parere di chi scrive, di un'interpretazione imposta. La legge di delega, infatti, non contiene alcuna indicazione espressa che prescriva un'applicazione retroattiva della disciplina. Il riferimento al presupposto di una sentenza definitiva di condanna, infatti, non impone che se ne tragga la conclusione dell'irrelevanza (ai fini dell'applicazione) del momento in cui i fatti su cui essa si fonda siano avvenuti.

Tale conclusione sarebbe infatti possibile ove non se ne potesse trarre **un'interpretazione costituzionalmente orientata in senso opposto**.

Una diversa soluzione ermeneutica invece appare possibile. Si può cioè ritenere che il riferimento alla sentenza definitiva non sia rilevante ai fini della determinazione del *dies a quo* rispetto al quale si dispiega l'efficacia qualificatoria delle norme, ma che esso serva, in funzione garantista, a togliere ogni incertezza sul fatto che l'accertamento di colpevolezza debba essere “definitivo” e non limitato ad una pronunzia intermedia o addirittura al mero rinvio a giudizio.

Che d'altronde la preoccupazione del legislatore delegante non sia peregrina è dimostrato dal fatto che, nel passato, la legge aveva previsto ipotesi di incandidabilità discendenti dal mero rinvio a giudizio, rendendo così necessario un intervento declaratorio di incostituzionalità da parte delle Corti costituzionale (cfr. sent. 141/1996).

In questa diversa prospettiva interpretativa, allora, il riferimento alla sentenza definitiva si atterrebbe (non ad indicatore dell'efficacia temporale), ma semplicemente a regola per assicurare una certezza e dar seguito alla giurisprudenza costituzionale.

Peraltro che tale interpretazione debba essere preferita è desumibile anche dal principio di tassatività e di stretta interpretazione che si impone nell'esame delle cause limitative dell'elettorato passivo (come ribadito costantemente dalla Corte costituzionale, cfr. per tutte C. cost. 141/1996 e le altre citate nel successivo paragrafo del presente parere). La conseguenza dovrebbe essere, che in presenza di più interpretazioni possibili si privilegi quella meno lesiva (anche dal punto di vista dell'applicazione temporale) del diritto all'elettorato.

La soluzione alternativa appena prospettata non pare possa essere revocata in dubbio alla luce dell'interpretazione *a contrario* fornita dal Consiglio di Stato, nella menzionata sentenza Miniscalco, dell'art. 16 del decreto legislativo.

E' vero, infatti, che non sembra ugualmente possibile con riferimento a quella disposizione un'interpretazione diversa da quella della (illegittima) retroattività del testo unico. Ma è altrettanto vero che tale art. 16 appare suscettibile di incorrere in un diverso e autonomo vizio di legittimità, quello dell'eccesso di delega.

Confrontando, infatti, la legge delegante e il decreto che ad essa dà attuazione, appare evidente che la portata retroattiva, dovuta all'applicazione della disciplina anche a seguito di sentenze precedenti la sua entrata in vigore, non è ricavabile né espressamente né implicitamente da alcuna disposizione della legge di delega.

Ciò non può non determinare il sorgere di un vizio di legittimità dell'atto delegato, in quanto, come affermato più volte dalla Corte costituzionale, l'abilitazione ad una efficacia retroattiva del decreto legislativo dev'essere espressamente conferita dalla legge delegante. Si afferma, in particolare, nella sent. 29/64 che

“anche nel fissare la data di decorrenza della disciplina delegata il Governo debba osservare i principi ed i criteri direttivi della legge delegante, in conformità dell'art. 76 della Costituzione, e che, di conseguenza, si debba, in relazione alle singole leggi di delega, accertare se il legislatore delegato abbia il potere di conferire alle norme un'efficacia retroattiva.” (in senso conforme, cfr. anche sent. 425/2000).

5. Alcuni ulteriori vizi di legittimità del decreto legislativo per violazione del requisito della ragionevolezza e della proporzionalità in relazione all'artt. 2, 3 e 51 della Costituzione italiana e all'art. 3 del protocollo n.1 della CEDU

Un'applicazione retroattiva, peraltro, appare ancor più perniciosa se si considerano altri possibili profili di illegittimità costituzionale della disciplina in questione che vedrebbe pertanto applicati al passato anche tali ulteriori “vizi”.

Non essendo oggetto specifico del presente parere si può procedere solo con qualche accenno.

I dubbi di legittimità sembrano doversi riscontrare sotto il profilo della violazione del canone di ragionevolezza e proporzionalità della disciplina.

Com'è noto, la Corte costituzionale, nel sindacare la normativa sull'incandidabilità per gli altri diversi livelli di governo ha messo in evidenza ripetutamente l'esigenza di addivenire ad uno "scrutinio stretto" delle previsioni legislative che la prevedono.

Ciò sul noto e ribadito presupposto che l'incandidabilità incide sul

"diritto di elettorato passivo, che l'art. 51 della Costituzione assicura in via generale, e che questa Corte ha ricondotto alla sfera dei diritti inviolabili sanciti dall'art. 2 della Costituzione (sentenze nn. 571 del 1989 e 235 del 1988)" (sent. 141/1996, par. 3).

Con la conseguenza che

"la sua restrizione è ammissibile soltanto nei limiti strettamente necessari alla tutela di altri interessi costituzionalmente protetti e secondo le regole della necessità e della ragionevole proporzionalità (sentenze n. 240 del 2008 e n. 141 del 1996)". (sent. 257/2010, punto 4 del *considerato in diritto*)

E dunque, il

"controllo può arrestarsi dinanzi all'osservazione che esiste un nesso di strumentalità tra la non candidabilità e i valori di rilievo costituzionale testé ricordati: le restrizioni del contenuto di un diritto inviolabile sono ammissibili solo nei limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di rango costituzionale, e ciò in base alla regola della necessità e della ragionevole proporzionalità di tale limitazione (sentenza n. 467 del 1991, cons. dir., n. 5; sui limiti posti a diritti inviolabili da esigenze di conservazione dell'ordine pubblico, v., fra le varie, le sentenze nn. 138 del 1985 e 102 del 1975). Qui si deve accertare se la non candidabilità sia dunque indispensabile per assicurare la salvaguardia di detti valori, se sia misura proporzionata al fine perseguito o non finisca piuttosto per alterare i meccanismi di partecipazione dei cittadini alla vita politica, delineati dal titolo IV, parte I, della Carta costituzionale, comprimendo un diritto inviolabile senza adeguata giustificazione di rilievo costituzionale. [cosicché] Nel compiere tale verifica, non bisogna dimenticare che "l'eleggibilità è la regola, e l'ineleggibilità l'eccezione": le norme che derogano al principio della generalità del diritto elettorale passivo sono di stretta interpretazione e devono contenersi entro i limiti di quanto è necessario a soddisfare le esigenze di pubblico interesse cui sono preordinate (v. già la sentenza n. 46 del 1969, indi la sentenza n. 166 del 1972, fino alle sentenze nn. 571 del 1989 e 344 del 1993)." (sent. 141/1996, par. 3 del *considerato in diritto*, e, nello stesso senso, sentt 46/1965, 166/1972, 5/1978)

Attese tali premesse, dubbi sulla legittimità della normativa possono prospettarsi sotto almeno tre profili.

5.1. Irragionevolezza nell'individuazione dei reati presupposti

Il primo profilo è quello relativo alla ragionevolezza nell'identificazione dei presupposti dell'applicazione dell'incandidabilità, in particolare per quanto previsto all'art. 1, comma 1 lett. c), riferito, com'è noto, a

“coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione, per delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, determinata ai sensi dell'articolo 278 del codice di procedura penale”.

Tale lettera presenta, rispetto alle precedenti a) e b), un'evidente peculiarità. Mentre infatti i reati di cui alle lett. a) e b) del medesimo articolo sono individuati sulla base di un riferimento “tipologico” (reati con finalità di terrorismo o di stampo mafioso, ovvero delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione), quelli di cui alla lett. c) sono individuati esclusivamente in base ad un criterio commisurato alla pena prevista, con la conseguenza che nella fattispecie possano rientrare reati che tipologicamente sono della più varia natura, fino alle ipotesi di furto con strappo e in abitazione (art. 624 bis c.p.), calunnia (368 c.p.), o, con riferimento all'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 278 c.p.p., anche il furto aggravato (624 c.p.) e la truffa aggravata (640 c.p.).

Una tale tecnica legislativa pone numerosi dubbi di legittimità, in ragione della assoluta varietà di ipotesi e della evidente differente incidenza sui valori costituzionali “di primario rilievo” che la previsione dell'incandidabilità dovrebbe tutelare per giustificare la limitazione del diritto inviolabile all'elettorato passivo.

La Corte costituzionale ha in particolare sottolineato come i valori in questione debbano ricondursi alle esigenze di “assicurare la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, la tutela della libera determinazione degli organi elettivi, il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche allo scopo di fronteggiare una situazione di grave emergenza nazionale coinvolgente gli interessi dell'intera collettività» (ad. es. sentt. 407/1992, 132/2001, 352/2008, 288/1993, 295/1994, 118/2013).

Il giudice delle leggi, com'è noto, infatti, nel sindacare tali normative con riferimento alle cariche pubbliche a livello locale e regionale ha sempre ribadito la necessità, perchè se ne escludesse l'incostituzionalità, che la discrezionalità legislativa, costituzionalmente orientata al riferimento a quei valori costituzionale di primario rilievo, muovesse dall'identificazione di una **matrice unitaria** per i reati posti a presupposto dell'incandidabilità.

In particolare è stato proprio con riferimento a tale requisito che la Corte ha escluso l'irragionevolezza della disciplina della incandidabilità con riferimento a “condanne per qualsiasi delitto commesso con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio”.

Afferma infatti il giudice delle leggi nella sent. 295/1994, che

“Non può essere tacciata di irragionevolezza una norma improntata certamente a severità, ma coerente con le finalità anzidette [di proteggere i valori di primario rilievo] (...) La coerenza della norma con le dette finalità sta appunto nell'aver dato particolare peso, quale requisito negativo, a delitti che, pur essendo di maggior o minor gravità, *sono tutti accomunati dalla connotazione* di essere stati commessi con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione, o a un pubblico servizio. Tanto basta per escludere qualsiasi sospetto di irragionevolezza della norma adottata dal legislatore.” (punto 3.3. del *considerato in diritto*, corsivo non testuale).

Ancor più chiaramente la Corte ha escluso che il “valore” in sé del bene offeso o *l'entità della pena comminata* potessero essere di per sé l'elemento rilevante per la qualificazione ai fini della incandidabilità, dovendo viceversa considerarsi la *ratio* unitaria, dal punto di vista qualitativo, dell'insieme di reati considerato, in funzione dell'esigenza di salvaguardia dei valori costituzionali primari.

“I delitti per i quali l'art. 15 citato prevede -dopo la condanna definitiva- la decadenza o anche -in caso di condanna non definitiva- la sospensione obbligatoria dalla carica elettiva sono appunto qualificati, secondo la giurisprudenza costituzionale, non tanto dalla loro gravità in relazione al "valore" del bene offeso o all'entità della pena comminata, ma piuttosto dal fatto di essere considerati tutti dal legislatore come manifestazione di delinquenza di tipo mafioso o di altre gravi forme di pericolosità sociale, non irragionevolmente ritenendoli il legislatore stesso, nell'ambito delle proprie, insindacabili scelte di politica criminale, parimenti forniti di alta capacità di inquinamento degli apparati pubblici da parte delle organizzazioni criminali. Si giustifica in questo modo una disciplina molto rigorosa ispirata alla comune *ratio* di prevenire e combattere tali gravi pericoli allo scopo appunto di salvaguardare "interessi fondamentali dello Stato" (sentenze [n. 206 del 1999](#) e [n. 184 del 1994](#)).

Questa disciplina é stata dunque formulata dal legislatore in modo unitario, pur prendendo in considerazione diverse figure di reato” (C. cost. Sent. 25/2002, punto 3.1.).

Ora sembra difficile, anche alla luce delle esemplificazioni sopra proposte, considerare che i reati di cui all'art.1, comma 1 lett. c) del decreto legislativo in questione possano essere ricondotti ad una matrice *qualitativamente* unitaria, siano “tutti accomunati da una medesima connotazione” (non legata meramente al dato quantitativo della pena prescritta), rispondano ad una “comune *ratio*” espressiva della circostanza che il legislatore abbia formulato una disciplina “in modo unitario”.

5.2. Irragionevolezza e sproporzione degli effetti dell'incandidabilità

Un secondo profilo di irragionevolezza riguarda invece gli effetti dell'incandidabilità.

Esso emerge sia con riferimento alla natura eccezionale delle limitazioni dell'elettorato passivo, ricavabile dagli art. 51 e 65 in base alla giurisprudenza costituzionale, sia con riferimento a quanto previsto in materia dalla CEDU e in particolare dal Protocollo 1, art. 3.

Come già si è detto, attesa la sistematicità, sotto questo profilo, della disciplina del testo unico, coloro che incorrano nella fattispecie di cui all'art. 1, comma 1, lett. c) sono suscettibili di vedersi applicati (data la formulazione delle relative norme) anche i corrispondenti articoli sull'incandidabilità per tutte le altre cariche considerate nel testo unico.

Ciò significa concretamente che essi sono completamente esclusi dall'accesso a tutti i pubblici uffici di carattere politico (e di nomina politica per ciò che attiene a regioni ed enti locali) per una durata di almeno 6 anni, arco temporale che, peraltro, prescinde dal numero di legislature e che dunque può in concreto riguardare almeno due di esse, ma anche un numero superiore e giungere in concreto fino a dieci, se non undici anni.

Si consideri - per comprendere la rilevanza di quanto appena evidenziato - come, ad es., per escludere la fondatezza, rispetto all'art. 51 Cost., della questione di legittimità costituzionale del divieto degli avvocati che avessero fatto parte della commissione di esame, di prender parte alle elezioni della Cassa forense o del Consiglio dell'ordine "immediatamente successive" allo svolgimento dell'incarico, la Corte costituzionale, con l'ord.138/2011, abbia insistito sulla circostanza che un tale periodo non è "*né temporalmente indeterminato né, in sé, eccessivo o irragionevole*".

La circostanza che l'incandidabilità, come conseguenza afflittiva che incide sul diritto inviolabile di accedere ai pubblici uffici, sia applicata senza alcuna graduazione di tempo e di ampiezza con riferimento alle differenti ipotesi di reato presupposto - con la conseguenza che chi ha, ad esempio, commesso furto in abitazione subisca le stesse conseguenze di chi sia stato condannato per fatti di criminalità organizzata o di terrorismo - non può non suscitare più di un dubbio

Tanto più che il legislatore delegato mostra di essere consapevole della necessità di una qualche differenziazione di disciplina in connessione alla natura dei comportamenti che hanno dato origine all'incandidabilità, ma limita questa preoccupazione al solo caso in cui il reato sia stato commesso con abuso dei poteri o in violazione dei doveri connessi al mandato elettivo, di parlamentare nazionale o europeo, o all'incarico di Governo, elevando di un terzo la durata dell'incandidabilità' (art. 13 d. lgs. 235/2012).

Tale irragionevolezza risulta ancor più evidente considerando la giurisprudenza CEDU, la quale è più volte intervenuta a sindacare la proporzionalità delle ipotesi di limitazione dell'elettorato passivo con riferimento al tempo e alla natura delle sanzioni.

Si tratta di principi ribaditi in una cospicua giurisprudenza (cfr. da ultimo Paksas c. Lituania, 6 gennaio 2011, ma già Mathieu-Mohin and Clerfayt c. Belgio, 2 marzo 1987, par. 46-54, Hirst c. Regno Unito, 6 10 2005, parr.56-62, Ždanoka c. Lettonia, 16 marzo 2006, par. 102-15, Ādamsons c. Lettonia, 24 giugno 2008 par 111, Tănase c. 27 aprile 2010 par. 154-162), la quale ha innanzitutto affermato che il diritto a libere elezioni, di cui all'art. 3 del menzionato Protocollo comprende anche i diritti soggettivi di elettorato attivo e passivo. La Corte europea ha inoltre precisato che gli Stati hanno bensì un “margine di apprezzamento” quanto alle limitazioni di tali diritti, dovuto anche agli sviluppi storici del sistema politico, alle diversità cultura ecc., ma che tale margine di apprezzamento, per quanto ampio, non è assoluto, spettando alla Corte stessa verificare che tali limitazioni non ostacolino la “libera espressione delle opinioni dei cittadini nella scelta dei legislatori” (“the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”).

In particolare, spetta, in ultima istanza, alla Corte europea dei diritti dell'uomo valutare se l'art. 3 sia stato rispettato e se le limitazioni imposte “non limitino i diritti sino al punto di comprometterne la loro propria essenza e privarli di effettività, perseguano un fine legittimo e che i mezzi impiegati non siano sproporzionati”

“that the restrictions imposed do not curtail the right in question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness; that they pursue a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate”, così da ultimo, Paksas, c. Lituania, 6 gennaio 2011).

Sulla base di questi presupposti la Corte ha, ad esempio, dichiarato contraria alla convenzione la previsione ad es. di una ineleggibilità a vita a seguito di una

procedura di impeachment (Paksas, c. Lituania, 6 gennaio 2011), ha considerato irragionevole e sproporzionata la sanzione della privazione del diritto di elettorato per i detenuti anche là dove la parte della pena connessa con la privazione del diritto elettorale fosse già stata espiata (Hirst c. Regno Unito, 6 10 2005, par. 41), ha, in sede di ammissibilità, considerato in contrasto con la Convenzione la sanzione dell'interdizione decennale dai pubblici uffici e da alcuni uffici privati per un cittadino polacco che aveva mentito nell'ambito del procedimento di “lustrazione” (Matyiek c. Polonia, 30 maggio 2006).

E dunque evidente che, sia con riferimento alla giurisprudenza costituzionale che a quella europea l'esigenza di una verifica giudiziale sulla proporzionalità e ragionevolezza della sanzione dell'incandidabilità dei parlamentari, alla stregua dei principi richiamati, appare più che giustificata.

5.3. Irragionevolezza ed elusione della delega sotto il profilo del coordinamento con la disciplina delle pene accessorie e della determinazione della durata dell'incandidabilità

Un terzo profilo riguarda l'applicazione della legge delega quanto alla durata dell'incandidabilità.

Com'è noto la legge 190/2012 all'art. 1, comma 64 lett. c), indica al Governo di:

“c) prevedere la durata dell'incandidabilità di cui alle lettere a) e b)”

e di

“e) coordinare le disposizioni relative all'incandidabilità con le vigenti norme in materia di interdizione dai pubblici uffici e di riabilitazione, nonché con le restrizioni all'esercizio del diritto di elettorato attivo;”

Il d. lgs. 235/21012 interviene sul punto con due disposizioni: l'art. 13. relativo alla durata della medesima, prevedendo al comma 1 che

“L'incandidabilità alla Carica di deputato, senatore e membro del Parlamento europeo spettante all'Italia, derivante da sentenza definitiva di condanna per i delitti indicati all'articolo 1, decorre dalla data del passaggio in giudicato della sentenza stessa ed ha effetto per un periodo corrispondente al doppio della durata della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici comminata dal giudice. In ogni caso l'incandidabilità, anche in assenza della pena accessoria, non è inferiore a sei anni. “

e l'art. 15, comma 2, a termini del quale:

“L'incandidabilità disciplinata dal presente testo unico produce i suoi effetti indipendentemente dalla concomitanza con la limitazione del diritto di elettorato attivo e passivo derivante dall'applicazione della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici”

Ora è sufficiente un semplice raffronto per comprendere come il decreto legislativo sia incorso in un'evidente violazione della delega. L'esigenza di coordinamento dell'incandidabilità con l'istituto dell'interdizione dai pubblici uffici, attesa l'identità di incidenza di entrambe (quantomeno) sull'elettorato passivo, è stata dal legislatore delegato completamente elusa. Affermando infatti che il testo unico produce i suoi effetti “indipendentemente dalla concomitanza” con l'interdizione, esso ha negato in radice qualsiasi coordinamento, prefigurando due istituti che sembrano muoversi su piani paralleli finendo per potersi intrecciare o meno in base a circostanze di fatto ma, appunto, senza alcun coordinamento normativo. E anche là dove – con riferimento alla durata – il d. lgs. 235/2012 ha previsto un coordinamento del tempo di applicazione dell'incandidabilità con quello della pena interdittiva (calcolandolo nel doppio della durata di quest'ultima) ha immediatamente contraddetto tale circostanza prevedendo, da un lato che l'incandidabilità si produce anche in assenza di pena accessoria (quindi ancora una volta non coordinando, ma “scoordinando” incandidabilità e interdizione, cioè separandone i destini), e, dall'altro che, quand'anche ci sia la pena accessoria, la definizione della durata della incandidabilità non possa essere inferiore a sei anni (una sorta di semi-coordinamento o di “semi-scoordinamento”).

Una tale radicale elusione della delega non può non destare dubbi di legittimità, attesi anche i numerosi nodi irrisolti che la disciplina lascia aperti. Si pensi ad esempio al destino dell'incandidabilità allorché la pena accessoria si estingua, magari per un provvedimento presidenziale di clemenza o di indulto. Si pensi ancora al problema del calcolo dell'incandidabilità allorché la pena accessoria non ci sia o, come nel caso del Sen. Berlusconi, non ci sia, ma verosimilmente ci sarà solo nel futuro, in una misura che, peraltro, al momento non si è in grado di prevedere.

La questione si complica fino ad essere irresolubile senza un intervento caducatorio o legislativo, proprio in considerazione della fattispecie che di cui si tratta nel presente parere, con riferimento all'ipotesi in cui la pena accessoria non ci sia (ancora). Il disposto dell'art. 13 infatti prevede che, in assenza di pena accessoria, l'incandidabilità non sia “inferiore a sei anni”, ma non dice quanto debba essere, né in

base a quale parametro essa debba venire fissata. Né si può far riferimento alla pena accessoria, su cui calcolare il “doppio”, perchè per definizione la pena accessoria non c'è.

Per la parte in cui indica un limite minimo di durata, senza determinare i criteri per il calcolo della misura della stessa la disposizione è pertanto certamente irragionevole.

In assenza di altre indicazioni, peraltro, **la previsione del solo limite minimo pone ulteriori evidenti problemi di legittimità sotto il profilo della ragionevolezza.** Sia perchè non discrimina rispetto alle diverse fattispecie e categorie di reati di cui all'art. 1, i quali, come si è detto, possono essere di assai differente natura e qualità, sia perchè, limitandoci alla sola pena, non distingue – per i primi sei anni “minimi” di incandidabilità - tra casi in cui sia irrogata la pena accessoria e casi in cui non sia irrogata, e nel caso in cui sia irrogata, tra l'ipotesi in cui essa sia, ad es., di un anno e quella che sia di tre (determinando esse, pur essendo significativamente diverse, gli stessi effetti in termini di durata dell'incandidabilità).

6. Conclusioni

Alla luce di quanto si è sopra esposto si ritiene pertanto che la disciplina in oggetto presenti numerosi profili di illegittimità, tali da renderne assai problematica l'applicazione senza una previa modifica legislativa che ne sciolga i numerosi nodi irrisolti o senza un previo accertamento da parte dell'organo di controllo di costituzionalità delle leggi, investito anche mediante questione incidentale sollevata dalla Giunta delle elezioni e delle immunità o dall'Assemblea del Senato, attesa la “natura giurisdizionale del controllo sui titoli di ammissione dei suoi componenti, attribuito in via esclusiva, con riferimento ai parlamentari, a ciascuna Camera ai sensi dell'art. 66 Cost.” (C. cost., sent. 259/2009, punto 2.2. del *considerato in diritto*) e in considerazione delle prassi della Giunta per le elezioni e le immunità parlamentari del Senato (cfr. ad es. Seduta I luglio 2009).

In particolare si ritiene che:

- a) La disciplina del testo unico, se ritenuta applicabile a condanne per fatti precedenti la sua entrata in vigore, abbia carattere retroattivo, in quanto da essa discende un limite all'elettorato passivo non previsto dalla legge al momento in cui i fatti furono commessi;

- b) La sentenza di condanna non possa essere il punto di riferimento temporale per verificare la retroattività della disciplina, in quanto essa costituisce, sotto questo profilo, solo un atto di accertamento di fatti che sono precedenti;
- c) Oltre che retroattiva la disciplina presenti caratteri sanzionatori di tipo particolarmente afflittivo, ai sensi della giurisprudenza costituzionale italiana e soprattutto della giurisprudenza delle Corte europea dei diritti dell'uomo;
- d) Sulla base di tali presupposti essa debba ritenersi, in questa interpretazione, costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 25, comma 2 cost., e, atteso il rinvio alla CEDU da parte dell'art. 117, comma 1, Cost., dell'art. 7 della medesima;
- e) Sarebbe peraltro possibile una diversa interpretazione costituzionalmente orientata che consente di escluderne la retroattività e dunque l'applicabilità della disciplina a sentenze per fatti precedenti l'entrata in vigore del testo unico.
- f) Il d. lgs. 235/2012 appare altresì costituzionalmente illegittimo per vari profili di irragionevolezza della sua disciplina e di sproporzione dell'entità della sanzione dell'incandidabilità.

Si tratta invero di una disciplina che intrattiene un rapporto a dir poco ambiguo con le norme (e le vicende) penali cui essa viene ricollegata, talvolta pretendendo di collocarsi su un binario totalmente separato, talaltra, viceversa, riferendosi proprio alla disciplina penalistica non solo come presupposto, ma anche per determinare le conseguenze dell'applicazione di essa sulle vicende dell'incandidabilità del condannato (ad es. in riferimento all'estinzione o non estinzione dell'incandidabilità, alla graduazione della durata dell'incandidabilità in caso di comminazione di pene accessorie, ecc.).

Si tratta pertanto di una disciplina che finisce per essere sostanzialmente elusiva della normativa Costituzionale e CEDU in materia penale e viziata da irragionevolezza e difetto di proporzionalità.

Si pone pertanto la necessità di una particolare ponderazione nell'applicazione di tale normativa, soprattutto in considerazione della assoluta novità di essa rispetto

all'ufficio di parlamentare. Ciò anche in ossequio ai numerosi inviti alla cautela che la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale hanno rivolto ai legislatori nazionali.

Basti ricordare, in chiave conclusiva, quanto il nostro giudice delle leggi ha affermato a questo proposito:

“Non va dimenticato, infatti, che, in forza dell'art. 51, primo co. Cost., l'elettorato passivo è aperto a tutti i cittadini, senza discriminazioni. E' questa la regola dettata dalla Costituzione, sicché ogni limitazione che la legge pone in ordine ai requisiti di eleggibilità - così come pure è previsto dall'art. 51 citato - ha carattere di aperta eccezione, e va calibrata con estrema cautela e sempre in stretta aderenza ai principi costituzionali.” (sent 1020/1988, punto 2 del considerato in diritto)

Giovanni Guzzetta



Sono richiesta di un parere *pro-veritate* in ordine all'applicabilità del d. lgs. n. 235 del 2012 al senatore Dott. Silvio Berlusconi, condannato con sentenza irrevocabile per il reato di frode fiscale alla pena di anni quattro - tre soggetti, peraltro, ad indulto e alla pena accessoria annullata con rinvio per una nuova determinazione.

A tale proposito, la sottoscritta Prof. ssa Antonella Marandola, straordinario di Procedura penale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Lum Jean Monnet di Bari rende il seguente parere *pro-veritate*.

1. Il d. lgs. n. 235 del 2012, com'è noto, sembrerebbe sollevare, invero, una prima questione, preliminare alle considerazioni di seguito riportate, relativa alla natura o carattere del trattamento ivi contemplato.

Al riguardo, tanto il d. lgs., quanto la legge delega n. 190 del 2012 –di cui il primo è estrinsecazione-, fanno riferimento ad elementi di diritto penale sostanziale e processuale.

In più parti si richiamano, infatti, disposizioni relative alle misure interdittive, perpetue o temporanee, alle soglie di pena, alle sentenze di condanna definitive o passate in giudicato, alle decisioni di patteggiamento e, infine, alla riabilitazione, quale causa di estinzione anticipata delle “sanzioni” *de quibus*.

Ciò premesso, quale che sia la natura o la specificazione della “sanzione” prevista dal d. lgs. n. 265/2012 (pena accessoria, effetto penale, effetto non penale della sentenza di condanna penale, sanzione amministrativa) essa è ritenuta la pena giusta, ma non è la pena legale.

Il regime temporale della sanzione penale è, infatti, vincolato al principio di legalità, nel cui cono d'ombra si collocano le regole della tassatività (art. 1 c.p.) e dell'irretroattività (art. 2 c.p. e art. 11 disp. prel. c.c., quale espressione della “linea tendenziale” di tutte le leggi), di cui è evidente la *ratio* garantista della libertà personale, e manifestazioni della più ampia garanzia dell'art. 25, comma 2 e 3 Cost., a mente del quale: Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.

E', infatti, il principio di legalità il parametro di garanzia della certezza dell'agire.

Nel rispetto dei principi di legalità e irretroattività (del trattamento punitivo più sfavorevole) la sanzione non può applicarsi ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della (nuova legge), anche se la condanna definitiva interviene dopo la sua entrata in vigore.

Il trattamento legale è quello del tempo del fatto (artt. 1 e 2 c.p.).

Necessariamente, in un sistema punitivo ispirato alla prevenzione generale, cioè alla dissuasione dal commettere l'illecito sotto minaccia della pena (già) prevista per quell'illecito, trovano operatività il principio di legalità e la regola della irretroattività (art. 2 c.p.) - che di essa è esplicazione sotto l'aspetto "temporale"- a garanzia del fatto che la pena sia prevedibile in concreto dall'autore del fatto al momento della sua commissione, quale garanzia della certezza dell'agire individuale: è in base a ciò che oggi (*rectius*, al momento del fatto di reato) è previsto dalla legge penale che un soggetto può essere colpevolizzato.

2. Se, dunque, qualunque legge afflittiva deve essere interpretata in modo conforme al sistema punitivo cui accede e adeguata ai principi che esso esprime, il ricorso all'interpretazione sistematica rende, già da solo, non necessaria l'applicazione del principio di irretroattività in *pejus*.

In difetto di un'interpretazione adeguatrice, l'irretroattività in *pejus* diviene di applicazione tassativa. In difetto di una norma espressa, invece, l'applicazione di tale -diverso -regime integra la violazione del menzionato parametro costituzionale.

Sotto tale aspetto, non può non evidenziarsi come la necessaria osservanza del principio -riferito al profilo "temporale" della sanzione penale- è stato, non casualmente, rinnovata dal legislatore ordinario. L'art. 2 c.p. rafforza, se ancora ve ne fosse bisogno, il diritto soggettivo della garanzia della legalità stabilendo che è il *tempus commissi delicti*, vale a dire il momento consumativo del reato, il "punto" a cui ricondurre il trattamento penale da applicare al condannato, confermando, del pari, che è la irretroattività della "nuova" legge penale a vietarne l'applicazione a chi ha commesso il fatto sotto il vigore di una diversa legge (ove esistente).

Se così non fosse, non verrebbe assicurata l'indicata garanzia, al pari di quanto accadrebbe se, fissato il precetto, fosse rimandata al futuro la determinazione della sanzione: entrambe le ipotesi integrerebbero una violazione costituzionale ai sensi dell'art. 25 comma 2 e 3 Cost.

PARERE

In ordine alla legittimazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato della Repubblica a sollevare questione di legittimità costituzionale

Con riferimento ai seri dubbi di incostituzionalità che sono stati ravvisati a carico del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, con particolare riguardo alla disciplina ivi dettata in ordine alla incandidabilità originaria e sopravvenuta alla carica di parlamentare, si è profilato il tema della legittimazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato della Repubblica a sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale in quanto rilevante ai fini del giudizio di propria competenza ai sensi dell'art. 66 Cost.

Il mio parere è nel senso della sussistenza dell'anzidetta legittimazione alla stregua delle considerazioni di seguito esposte in forma necessariamente sintetica, suscettibili all'occorrenza di ulteriori sviluppi.

1.- Come risaputo, ai sensi della legge n. 87 del 1953, le questioni di costituzionalità nei confronti di leggi e atti con forza di legge possono essere rimesse in via incidentale alla Corte costituzionale soltanto allorché sorgano “nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale”(art. 23). Altrettanto noto è che una nutrita giurisprudenza costituzionale, i cui postulati si trovano ufficializzati già nella sentenza n. 83 del 1966, ha costantemente affermato quanto segue: che ai fini della qualificazione dell'organo interessato come giudice *a quo*, legittimato appunto alla sollevazione di questioni incidentali di legittimità costituzionale, i requisiti di cui alla disposizione di legge menzionata – quello soggettivo (l'appartenenza dell'organo di cui si tratti all'ordine giudiziario) e quello oggettivo (l'esercizio di una funzione obiettivamente giurisdizionale) – possono operare disgiuntamente. Il che significa, per

quanto qui interessa, che l'esercizio di un'attività di carattere oggettivamente giurisdizionale è di per sé idoneo ad integrare il requisito di cui si parla, con conseguente legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in capo ad organi che non fanno parte dell'ordine giudiziario.

Dando coerente seguito a tale postulato la Corte costituzionale ha riconosciuto, ad esempio, la natura di giudice *a quo* della commissione disciplinare del CSM (a partire dalla sentenza n. 12 del 1971), dei Consigli nazionali degli ordini professionali (a partire dalla sentenza n. 110 del 1977), fino alla sentenza n. 376 del 2001 con la quale si è riconosciuta analoga legittimazione anche ai Collegi arbitrali in sede di arbitrato rituale.

Se possibile ancor più significativa per il tema qui in esame è la giurisprudenza costituzionale resa con riferimento alla previgente competenza in materia di contenzioso elettorale dei consigli comunali e provinciali (a partire dalla sentenza n. 44 del 1961): giurisprudenza che, proprio muovendo dal presupposto “che l'attività dei consigli comunali in materia di contenzioso elettorale è attività giurisdizionale; che si tratta di giurisdizione speciale di antica tradizione: che anche in essa devono essere garantite l'indipendenza e l'imparzialità del giudicante”, ne ha ammessa la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità (al di là delle conclusioni di merito cui nella specie è pervenuta la Corte in ordine alla insufficienza delle garanzie di imparzialità riscontrabili nel giudizio di pertinenza degli anzidetti organi consiliari).

2.- A questo punto, occorre ricordare che la Corte costituzionale ha già avuto modo di riconoscere la natura giurisdizionale della funzione esercitata dai competenti organi parlamentari in sede di esercizio dei poteri ad essi conferiti dall'art. 66 Cost. Dapprima con ordinanza n. 217 del 2006, laddove si è affermata la natura giurisdizionale dell'attività di verifica dei poteri esercitata dalla Giunta per le elezioni della Camera dei deputati: sino al punto da ritenere inammissibile un conflitto sollevato da una lista esclusa dalla competizione elettorale (a fronte della declinatoria di competenza sia del TAR che della Giunta) in quanto conflitto negativo tra giurisdizioni e come tale esulante dall'ambito dei conflitti tra poteri dello Stato di competenza della Corte costituzionale. Poi con la sentenza n. 259 del 2009, dove si è data per “pacificamente riconosciuta” dalla dottrina e dalla giurisprudenza la natura giurisdizionale della funzione esercitata ai sensi dell'art. 66 Cost.; con l'aggiunta che a

tale orientamento si è pienamente conformata la stessa Corte di Cassazione (sentenze n. 9151, 9152, 9153 del 2008, ulteriormente estendendo la cognizione della Giunta alla fase prodromica del procedimento elettorale).

Va da sé che, ancorché tali pronunzie abbiano considerato segnatamente la fase della contestazione delle elezioni, le medesime conclusioni investono anche il giudizio che gli organi parlamentari rendono in ordine alle cause originarie o sopravvenute di ineleggibilità ed incompatibilità, tutte parimenti ricomprese nella funzione di verifica dei poteri che la Costituzione, giusta il disposto dell'art. 66, conforma come istituto unitario; ciò in ragione della identità dei valori da contemperare che spiegano la *ratio* della speciale giurisdizione parlamentare in materia: protezione delle prerogative parlamentari rispetto ad interferenze di altri poteri, tutela dei diritti soggettivi di elettorato passivo di candidati ed eletti, integrità della rappresentanza parlamentare democraticamente costituita.

Ora, non è disconoscibile che tali univoci indirizzi assumano il massimo rilievo in vista della soluzione della tematica in oggetto, deponendo essi nel senso della legittimazione della Giunta senatoriale a sollevare questioni di costituzionalità in ragione della acclarata natura giurisdizionale della funzione esercitata ai sensi dell'art. 66 Cost.: del che peraltro si è preso atto nella prassi del Senato (cfr. sedute della Giunta delle elezioni del Senato 21 gennaio 2008, 20 ottobre 2008, 10 luglio 2009, pur in fattispecie dove non si è addivenuti al rinvio alla Corte costituzionale ritenendo che non ne ricorressero i presupposti di merito).

3.- A fronte di tali dirimenti conclusioni cui si è pervenuti in sede giurisprudenziale e nella prassi senatoriale, non possono che recedere talune obiezioni prospettate che ritengono non di meno insussistente nel caso della Giunta delle elezioni il requisito della “terzietà” così come configurato dall'art. 101 Cost.

Simili prese di posizione, nella loro radicalità, entrano in rotta di collisione non solo con le sentenze della Corte costituzionale sopra richiamate relative all'art. 66 Cost., ma persino con la più generale configurazione che il giudice delle leggi ha dato alle modalità di accesso al giudizio di costituzionalità: essendo evidente che tale configurazione, avendo escluso che l'incardinamento nell'ordine giudiziario sia requisito indispensabile ai fini della legittimazione a sollevare questione di

costituzionalità, ha per ciò stesso ammesso, come sopra si è già detto, che il requisito dell'applicazione imparziale della legge possa ricorrere anche nel caso di organi non contemplati dall'art. 101 Cost. Per conseguenza, è del tutto fuori quadro ritenere di poter negare in via aprioristica, facendo leva sul carattere politico della rappresentanza parlamentare, che la Giunta in sede di verifica dei poteri possa esercitare anche una funzione giurisdizionale, in tal modo prescindendo dagli elementi che connotano il relativo procedimento e che ne attestano la rispondenza ai canoni che sono propri dei procedimenti giurisdizionali.

Sotto questo aspetto, viene in evidenza la specifica disciplina dettata dal regolamento del Senato del procedimento di verifica dei poteri, procedimento che nel tempo ha visto in particolare rafforzare la tutela del diritto di difesa, prevedendo la possibilità della difesa tecnica della parte mediante avvocato abilitato al patrocinio davanti alle magistrature superiori, e le garanzie del contraddittorio sia in forma orale che scritta (artt. 13, 14, 15, 16, regolamento Senato per la verifica dei poteri, richiamati dall'art. 18 anche per i casi di decadenza). Identico rilievo assume anche la previsione di apposita udienza pubblica della Giunta (cfr. ancora gli artt. 14 e 16), garanzia quest'ultima che introduce un inequivocabile elemento di giurisdizionalità nell'eccettuare il procedimento in questione dall'eventualità della seduta segreta di cui all'art. 64, comma 2, Cost.; ed altrettanto dicasi con riferimento alla previsione che ammette alla camera di consiglio per l'assunzione della decisione i soli componenti della Giunta che abbiano preso parte alla seduta pubblica (art. 17, comma 2), in termini perfettamente coincidenti con le regole processuali comuni.

Si tratta di fattori che di per sé testimoniano che il procedimento, pur radicato all'interno di un organo elettivo, è inteso proprio a scongiurare che le determinazioni in materia possano corrispondere esclusivamente a logiche politiche di parte, senza alcuna correlazione con le risultanze del procedimento, sicché trova conferma la ricostruzione dottrinale che ha parlato, con riferimento al giudizio in questione, di un consolidamento del suo lineare processo storico di "giurisdizionalizzazione" avviatosi addirittura dal 1907 (cfr. L. Elia, *Elezioni politiche(contenzioso)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, pag. 773): un processo reso ancor più doveroso a fronte della valenza precettiva che scaturisce dal

testo dell'art. 66 Cost. che ha optato per la il termine "giudica" al fine di identificare la funzione svolta dalle Camere in sede di verifica dei poteri.

Tanto è vero tutto questo che la Corte costituzionale ha elevato la disciplina regolamentare sui giudizi parlamentari di verifica dei poteri a vero e proprio modello rispetto al quale valutare la legittimità degli analoghi procedimenti davanti agli organi assembleari degli enti territoriali sotto il profilo dell'adeguatezza delle garanzie processuali (cfr. sentenza n. 59 del 1968, considerato in diritto, n. 3).

4.- Quanto all'ulteriore aspetto del tema se legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale sia la Giunta delle elezioni o l'Assemblea nel suo complesso, basta osservare che le attuali norme regolamentari, diversamente dal passato ed ulteriormente confermando l'esito della "giurisdizionalizzazione", non impongono una delibera assembleare, giacché la votazione in assemblea sulle conclusioni cui è pervenuta la Giunta si configura come puramente eventuale (art. 135-ter, comma 2, regolamento Senato): di talché la delibera di Giunta possiede l'idoneità potenziale a divenire definitiva, con ciò integrando il requisito della "definitività" della decisione richiesto dalla Corte.

5.- In via conclusiva, a riprova della fondatezza di quanto sin qui esposto, è da rammentare che la stessa Corte costituzionale in più occasioni ha ribadito che dal principio di legalità costituzionale promana nel sistema un'istanza di completezza del controllo di costituzionalità che vuole escludere la sussistenza di "zone grigie" sottratte all'anzidetto controllo (cfr., tra le altre, sentenza n. 226 del 1976 e n. 376 del 2001). Sicché, anche nel tema in esame, non può certamente trascurarsi che nel caso di specie le Camere, in forza dell'art. 66 Cost., sono l'unica giurisdizione competente all'applicazione della legislazione in materia di decadenza dal mandato rappresentativo: onde disconoscere la possibilità di sollevare la relativa questione di costituzionalità, pur in presenza di così marcati indizi di "giurisdizionalità" dell'attività rimessa alla Giunta del Senato, significa per di più precludere la verifica di compatibilità rispetto ai principi costituzionali in una materia che coinvolge il funzionamento stesso del sistema democratico ed i fondamentali diritti politici dei cittadini.

Resta solo da dire che a nulla vale accampare il "rimedio", nella disponibilità delle stesse Camere, della riforma della legge che presenti aspetti di incostituzionalità. Si

tratta di un argomento polemico che, anche a voler tacere sul carattere rigorosamente monocamerale della verifica dei poteri rispetto al principio bicamerale che regge la funzione legislativa, omette di considerare che l'incidente di costituzionalità insorge a seguito di un "dubbio" in ordine alla costituzionalità della legge che la Giunta è chiamata ad applicare, e che per la risoluzione di tali "dubbi" l'ordinamento ha predisposto proprio il giudizio di costituzionalità. In altre parole, la Giunta si confronta con la situazione normativa attualmente vigente, per cui esulano dall'ambito delle ponderazioni che deve effettuare le eventuali determinazioni che l'organo legislativo ritenga successivamente di assumere.

Roma, 27 agosto 2013

Prof. Avv. Roberto Nania

PANSINI STUDIO LEGALE ASSOCIATO

Prof. Avv. Gustavo Pansini

*Prof. Emerito di Diritto Process.Pen.
già Ordinario nell'Università di
Roma Tor Vergata*

*Titolare di Diritto Processuale Penale
nell' Univ. Suor Orsola Benincasa di Napoli
Patrocinante in Cassazione*

Prof. Avv. Carla Pansini

*Prof. Associato di Diritto Process.Pen.
nell'Università di Napoli-Parthenope*

Avv. Giovanni Pansini

Patrocinante in Cassazione

Avv. Gabriella M.Pansini

*Specializzata in Tutela internazionale
dei Diritti Umani*

PARERE PRO VERITATE

1.- L'approccio interpretativo al Decreto Legislativo 235 del 31/12/2012, che, all'art. 1 lett.c) regola casi e condizioni di ineleggibilità e di decadenza dei componenti del Parlamento, deve necessariamente avere come premessa due condizioni essenziali.

La prima è costituita dal rilievo che in tale sforzo interpretativo devono avere i diritti fondamentali che vengono dalla legge stessa regolati e, in qualche senso, limitati; diritti che hanno riflessi costituzionali, in quanto vanno ad incidere sul principio fondamentale su cui si regge e sul quale è strutturato uno stato democratico, vale a dire il diritto del popolo di scegliere la propria rappresentanza parlamentare e, quindi, determinare la composizione dell'organo fondamentale della democrazia stessa: basti pensare alle tante riserve che si sono formulate in relazione alla attuale legge elettorale, che esclude il diritto dell'elettore di scegliere il proprio rappresentante.

La seconda è il rilievo che deve avere la evoluzione che, in corso di formulazione, ha avuto la norma che ha individuato, regolamentandola, la necessità per il Parlamento stesso di pronunciarsi sulla decadenza del parlamentare a seguito del verificarsi di una situazione di ineleggibilità: si è registrato un passaggio dalla espressione "dichiara decaduto" a quella "delibera la decadenza", individuando un potere decisorio del Parlamento stesso su cui va portata l'attenzione.

Partendo dall'esame di tale problema non può non riconoscersi che l'espressione usata, soprattutto perché frutto non di una svista nella formulazione della legge, ma di una volontaria, e perciò ragionata, modificazione del testo precedente, individua certamente la esistenza di un potere decisorio che, se non ha contenuto discrezionale - perché pare automatica la conseguenza della decadenza dal verificarsi di certe

Napoli, 80132 - 6, Via Cuma - Tel.: 4 linee pbx (+39) 081 - 764.9981 - Fax.: (+39) 081 - 764.9352

Roma, 00196 - 1/b, via Romagnosi - Tel.: (+39) 06 - 321.7022 - Fax.: (+39) 06 - 97996910

E-Mail.: studio.pansini@tin.it

Partita I.V.A. e C.F.: 07270490639

PANSINI STUDIO LEGALE ASSOCIATO

(segue)

condizioni - ha certamente un contenuto di approfondita verifica della esistenza effettiva delle condizioni che impongono la declaratoria di decadenza: il che, ovviamente esclude la possibilità che di mera ratifica si tratti, ma riempie la disciplina legislativa di un pregnante potere di controllo circa la sussistenza dei presupposti della decadenza.

E questo controllo non può che, di conseguenza, avere soprattutto un duplice oggetto: la applicabilità, in relazione ai limiti temporali di essa, della norma al caso concreto; la conformità delle singole norme ai principi costituzionali.

2.- Ma, preliminarmente, ci corre l'obbligo di porre l'attenzione ad un problema che un illustre costituzionalista, ALESSANDRO MANGIA, ha indicato: il riconoscere un effetto automatico ad una sentenza di condanna (sia pure avente limiti predeterminati) sulla perdita dell'elettorato passivo rappresenterebbe un riconoscimento di superiorità della magistratura rispetto al potere politico.

È vero che la Costituzione, 65 e 66, prevede la esistenza di cause di ineleggibilità e di incompatibilità, ma contiene una riserva di legge. Una norma che ancori la individuazione di tali al criterio astratto del limite edittale, senza fornire una spiegazione circa le ragioni per le quali quei reati, il cui limite edittale è stato fissato in tutt'altra ottica, determinino la incompatibilità con l'ufficio di Parlamentare, significa produrre un dettato normativo non supportato da quella logicità della disposizione, che la Corte Costituzionale ha spesso invocato come parametro di legittimità delle norme.

3.- La prima verifica deve riguardare, come detto, i limiti temporali di applicabilità della norma.

Anche per questo problema, il campo visivo della interpretazione deve avere confini più larghi, sia per la individuazione delle fonti di riferimento, sia per la individuazione del contenuto della norma.

Il problema, si è giustamente osservato, sta nella individuazione se la decadenza del parlamentare, conseguenza della condanna per un reato i cui limiti edittali e di pena in concreto inflitta rientrino nei limiti di quelli individuati dal legislatore, sia di natura penale; né può essere la collocazione della norma in una legge diversa dal codice ad influire sulla qualificazione giuridica di un istituto.

PANSINI STUDIO LEGALE ASSOCIATO

(segue)

Qui deve sorreggere contemporaneamente una duplice linea guida: da un canto le indicazioni della giurisprudenza sovranazionale, dall'altro il riflesso su diritti fondamentali della sentenza stessa.

La giurisprudenza delle Corti internazionali è costante nell'individuare come effetti penali e non amministrativi tutti quelli che hanno riflessi su tali diritti fondamentali: è ormai dato acquisito, ad esempio, che la confisca disposta con la sentenza penale abbia natura di effetto penale della sentenza, pur incidendo su un bene, fondamentale ma secondario, rispetto ai diritti fondamentali di libertà e di elettorato. È proprio la formulazione della c.d. legge Severino, dunque, ad attribuire a tali conseguenze la natura di effetto penale: nel momento nel quale il giudice penale pronuncia condanna per un reato, la cui pena edittale è rientrante nei limiti previsti dall'art. 1 lett c) del suindicato Decreto Legislativo, ad una pena che rientra nei limiti da essa fissati nel medesimo articolo, pronuncia una sentenza che automaticamente incide ad un tempo sia sul diritto di libertà personale, sia – contenendone una perdita o una limitazione – sul diritto all'elettorato passivo. E come tale attribuisce a tali conseguenze automatiche, direttamente derivanti dall'accertamento del reato, un carattere sanzionatorio che è proprio della norma penale.

È a questi due parametri che bisogna riferirsi per individuare la natura degli effetti della sentenza che sono certamente effetti analoghi, perché costituiscono una sorta di “sanzione” che, come detto, incide su quei diritti ed è direttamente collegata alla affermazione di responsabilità per il reato.

Se di tale natura, gli effetti della sentenza vanno qualificati come effetti penali e, in quanto tali, rientrano nei limiti e nei confini di applicabilità nel tempo della legge penale: limiti che si materializzano nella irretroattività della applicazione della legge penale, stabilita non solo nella norma ordinaria del Codice, ma nella norma fondamentale contenuta nella Costituzione, oltre che in tutti i documenti internazionali relativi ai diritti fondamentali, sottoscritti dal nostro Paese e, come tali, per costante interpretazione della Corte Costituzionale, vincolanti per il legislatore alla stessa maniera e con gli stessi effetti della violazione di una norma costituzionale.

4.- Questa sorta di automatismo nella conseguenza sanzionatoria, costituita dalla ineleggibilità e dalla decadenza, pone immediatamente il successivo problema, quello del contenuto della deliberazione della Giunta per le immunità e del ramo di

PANSINI STUDIO LEGALE ASSOCIATO

(segue)

appartenenza al Parlamento del parlamentare la cui posizione di possibile decadenza viene in esame.

La espressione usata dal legislatore – ripetesi, tanto più significativa in quanto volutamente sostituita a quella precedentemente adottata – evoca una possibilità discrezionale per l'organo attributario della “deliberazione”, che va riempita di contenuto.

Non appare possibile ipotizzare un potere discrezionale nel merito: la espressione usata precedentemente (“dichiara”) escludeva un contenuto discrezionale; la mancata indicazione di uno specifico contenuto, unitamente alla espressione usata per individuare le cause di ineleggibilità e di decadenza, non consentono, ad avviso di chi scrive, di identificare una discrezionalità di merito per l'organo parlamentare.

D'altro canto, come si è detto innanzi, deve darsi un significato alla introdotta modifica della espressione usata dal legislatore (“delibera” in luogo di “dichiara”), che impone all'interprete comunque di individuare un contenuto per questo potere decisionale lasciato indeterminato dal legislatore.

Ed in questa ottica non può che identificarsi un potere di verifica delle condizioni giuridiche di applicabilità dell'effetto previsto dalla legge.

La prima competenza dell'organo parlamentare sarà quella di verificare la compatibilità della pronunzia che si va ad emettere con il dettato costituzionale. Terreno quanto mai scabroso, proprio per l'incidenza che la decisione ha su norme fondamentali per quella caratteristica di Stato democratico che la Costituzione ha disegnato: il diritto individuale all'elettorato passivo da un lato; la garanzia collettiva alla sovranità popolare nella formazione del Parlamento, dall'altro.

È possibile ipotizzare, ancora, una serie di situazioni sulle quali il controllo dell'organo parlamentare sfocia in una “deliberazione”: dalla verifica della eventuale inesistenza giuridica della sentenza (sentenza emessa *a non iudice*), alla pronunzia assolutamente illegittima (ad es., pena che rientra nei confini della previsione della c.d. legge Severino, ma non nei limiti massimi previsti dalla norma, e recepiti in tale legge).

Solo così si riesce a riempire di contenuto un provvedimento che, con sconcertante faciloneria, qualcuno ha definito di mera ratifica, privando così di effetto la sostituzione della espressione verbale voluta dal legislatore.

PANSINI STUDIO LEGALE ASSOCIATO

(segue)

5.- Il successivo problema, conseguente alla testé affermata possibilità per l'organo parlamentare di verificare la legittimità costituzionale della norma da applicare, comporta la necessità di individuare l'organo che tale verifica deve compiere.

Nel nostro sistema, il solo organo chiamato a verificare la legittimità costituzionale di una legge è la Corte Costituzionale, la cui decisione si sovrappone, eliminandola, alla volontà del Parlamento. Non è che questo comporti la impossibilità per il Parlamento di convincersi della non conformità della norma da esso stesso forgiata e deliberare di sostituirla. Ma questo controllo non può essere, come da qualcuno ipotizzato, il solo controllo possibile per un duplice ordine di ragioni.

Una ricostruzione siffatta svuoterebbe di contenuto il potere della Giunta, essendo, come è ovvio, rimesso al Parlamento il potere di sostituire, abrogandola, la norma di legge; ma soprattutto creerebbe una situazione di potenziale irrimediabile contrasto: il Parlamento ha emanato una legge che contiene una norma che la Giunta (che, si noti, non a caso, per prassi, è sostanzialmente affidata all'opposizione) ritiene contraria alla Costituzione; questa sottopone al Parlamento la necessità della sostituzione della norma; il Parlamento non aderisce a questa sostituzione e la conseguenza che si determina è che resta nel sistema, e si applica al caso concreto – incidendo su quei due aspetti fondamentali innanzi ricordati – la norma sospettata di non conformità alla Costituzione, il cui controllo è stato sottratto all'organo cui il legislatore ha riconosciuto competenza esclusiva in materia.

Formuliamo, a titolo esemplificativo, una ipotesi limite, che serve, però, a evidenziare la potenzialità devastante della situazione rilevata. Una maggioranza parlamentare decide di stabilire la ineleggibilità e, quindi, la decadenza dei parlamentari appartenenti a una certa categoria. La Giunta rileva la non conformità di tale norma con la Costituzione e sottopone il problema al Parlamento, nel quale la stessa maggioranza non sostituisce la norma. Il parlamentare, discriminato in violazione dell'art. 3 della Costituzione, dovrà conseguentemente però essere dichiarato decaduto.

6.- Quanto innanzi sostenuto, porta alla necessità di individuare l'organo cui compete il potere di sottoporre a quel possibile, ma insostituibile, controllo di conformità alla Costituzione la norma che si va ad applicare.

E, poiché il nostro sistema prevede che il passaggio alla Corte Costituzionale avvenga attraverso la devoluzione della questione da parte di un organo

PANSINI STUDIO LEGALE ASSOCIATO

(segue)

giurisdizionale, va identificata la natura della competenza del Parlamento e, conseguentemente, della Giunta per le immunità.

Quella che deve essere emanata è una deliberazione, alla cui base è necessariamente un potere decisionale, che presuppone una valutazione, che non può che essere di natura amministrativa, ovvero di natura, in un concetto dilatato, giurisdizionale.

Che non possa essere una decisione appartenente al settore amministrativo, lo si ricava da una osservazione consequenziale: il provvedimento sarebbe impugnabile dinanzi ad un organo di giustizia amministrativa. Ma la impossibilità del realizzarsi di siffatta conseguenza discende dalla estraneità al nostro sistema di un controllo sulla legittimità dei provvedimenti del legislatore da parte di un organo di giurisdizione.

Ed allora, non resta che ritagliare, come, sostiene V. ONIDA, all'organo parlamentare una "funzione di giudice": quando delibera in ordine alla decadenza di un parlamentare, lo fa, appunto, in funzione di giudice. E, in quanto esercita tale funzione, ha il potere di devolvere la questione alla Corte Costituzionale.

7.- Resta da esaminare se sussistano le condizioni che legittimano tale devoluzione, vale a dire se è consentito formulare un giudizio di "non manifesta infondatezza".

Ricordato come la giurisprudenza ha costantemente individuato il contenuto di tale giudizio in una valutazione di assoluta assurdità dell'ipotizzato contrasto con la costituzione, deve precisarsi da che cosa deriverebbe l'eventuale illegittimità costituzionale della norma.

Il contrasto deriverebbe dalla ipotizzata irretroattività della norma penale; e, quindi, dalla individuazione dell'effetto – per quanto innanzi detto – penale della sentenza. La valutazione di manifesta infondatezza si sposta quindi sull'esame di tale individuazione giuridica che, per quanto ci riguarda, è la più esatta e deve sfociare in una delibera di reiezione della decadenza.

A prescindere dalla multiformità delle opinioni di insigni giuristi – sulla scia della antica definizione data da G. BATTAGLINI ("sono effetti penali della sentenza quelle conseguenze giuridiche di carattere afflittivo, diverse dalle pene accessorie, che derivano direttamente dalla condanna stessa e consistono nell'incapacità di conservare, esercitare o di acquistare diritti soggettivi pubblici o privati o altre facoltà giuridiche"), di per sé dimostrative di come le varie tesi siano tutte dotate di quel

PANSINI STUDIO LEGALE ASSOCIATO

(segue)

minimo di fondatezza che esclude, appunto, la manifesta infondatezza di talune di esse, ci sembra che le evidenziate conseguenze automatiche legate alla affermazione della responsabilità penale, possano senz'altro, con sufficiente dose di ragionevolezza, far ipotizzare che tale sia la soluzione esatta del problema, ed impongano quindi, alla Giunta per le immunità – ove non ritenga di non dichiarare la decadenza da parlamentare del senatore Berlusconi per le immunità - di sollevare questione di illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui non specifica che essa non ha effetto retroattivo, devolvendone il giudizio alla Corte Costituzionale, esclusivamente competente su di essa.

26 agosto 2013.



PROF. AVV. GUSTAVO PANSINI

*Professore emerito di
Diritto processuale penale*

PARERE PRO VERITATE

Prof. Giorgio Spangher

Sono richiesto di un parere *pro-veritate* in ordine all'applicabilità del d. lgs. n. 235 del 2012 ad un senatore condannato con sentenza irrevocabile per il reato di frode fiscale alla pena di anni quattro, di cui tre coperti da indulto, e pena accessoria annullata con rinvio per una nuova determinazione.

A tale proposito, il sottoscritto Prof. Giorgio Spangher, ordinario di Procedura penale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, La Sapienza rende il seguente parere *pro-veritate*.

Si tratta di definire la natura delle previsioni che in materia sono delineate nel d. lgs. n. 235 del 2012.

1. Il d. lgs. n. 235 del 2012, com'è noto, è estrinsecazione della legge delega n. 190 del 2012 dove la materia è disciplinata dai commi 63 e 64.

In particolare, con riferimento all'ineleggibilità operano le lett. da a) a l) del comma 64, mentre per la sospensione e la decadenza si deve far riferimento alla lett. m) del medesimo comma.

Sotto questa prospettiva, si individuano forti perplessità sull'inquadrabilità della situazione oggetto del parere –connesso al sopravvenire di una sentenza di condanna- nel contesto della citata

lett. m del comma 64. Al di là del generico –e poco significativo, pertanto - richiamo ai soggetti di cui al comma 63, inducono ad una conclusione in tal senso i riferimenti alla “sospensione” ed alla “decadenza di diritto”.

Se così fosse, la previsione risulterebbe in contrasto con quanto disposto dall’art. 66 Cost., in forza del quale spetta alla Camera di appartenenza giudicare sui titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità.

In altri termini, la legge delega sarebbe viziata da illegittimità costituzionale.

Sotto il profilo della legittimità costituzionale della previsione, dubbi non manifestamente infondati si prospettano anche relativamente alla indeterminatezza dei reati condizionanti la sospensione e la decadenza di diritto (condanna per delitti non colposi).

Non casualmente le previsioni di attuazione della legge-delega in relazione alla sospensione ed alla decadenza di diritto non riguardano i parlamentari.

Se, come si è affermato, la lett. m) del comma 64 non si riferisce ai parlamentari, allora mancando una previsione nella delega in punto di “decadenza” sopravvenuta – ferme le previsioni precedenti in punto di ineleggibilità – le disposizioni della l n. 190 del 2012 in materia non avrebbero la copertura della legge di delegazione, con conseguente prospettazione di una questione di legittimità costituzionale.

2. La legge-delega distingue nettamente –e ragionevolmente, considerata l'intervenuta investitura elettorale- le ipotesi di ineleggibilità e quelle di decadenza, riconducendo queste ultime alle situazioni di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all'affidamento della carica.

Nel fissare i presupposti della decadenza, il d. lgs. n. 235 del 2012 li ancora a quelli operanti per l'ineleggibilità.

Al riguardo, la legge delega e la legge delegata fanno riferimento ad elementi di diritto penale sostanziale e processuale.

Si richiamano le disposizioni relative alle misure interdittive, perpetue o temporanee; alle soglie di pena; alle sentenze di condanna definitive o passate in giudicato; alle decisioni di patteggiamento; alla riabilitazione.

Il quadro è delineato a tre livelli.

In primo luogo, operano le previsioni dell'interdizione perpetua, le cui disposizioni –in linea con la lett. a) della legge-delega –sono fatte salve.

In secondo luogo, si considerano le situazioni di cui all'interdizione temporanea (lett. e della legge-delega).

Al riguardo, l'art. 13, comma 1 del d. lgs. 235 del 2012 prevede che l'incandidabilità (e la decadenza) in presenza della pena accessoria duri il doppio della durata di quest'ultima. In altri termini, limitatamente a questo effetto della pena accessoria, il d. lgs. ne raddoppia i tempi e gli effetti. Appare difficile sostenere che gli effetti protratti non partecipino della stessa natura di quelli pregressi.

Il dato trova ulteriore conferma nel caso in cui manchi la misura interdittiva temporanea. In questa eventualità, limitatamente al fine dell'incandidabilità (e della decadenza) il d. lgs. n. 235 del 2012 ne costituisce gli effetti, i medesimi effetti, cioè, della misura interdittiva e ne fissa l'ulteriore durata. Si tratta –seppur in attesa della decisione dei giudici di rinvio- della situazione di cui al presente parere.

In altri termini, nel caso qui considerato è solo la previsione del d. lgs. n. 235 del 2012 che fa scattare la condizione di decadenza. Negli altri casi la decadenza è conseguenza della pena accessoria. Si può conseguentemente affermare che, in questo caso, la l. n. 190 determina una vera e propria pena accessoria, con conseguente omologazione di soggetti con pena accessoria e senza pena accessoria. Appare difficile ritenere che si tratti –stante l'omogeneità dei contenuti- di tema estraneo alla materia penalistica e sanzionatoria.

Il dato trova preciso e puntuale riscontro –non potrebbe essere altrimenti- nel richiamo alla riabilitazione –quale unica condizione per l'estinzione anticipata della sanzione- che opera per le pene accessorie e per gli altri effetti penali della sentenza.

Quanto affermato trova preciso riscontro con riferimento alla sentenza di patteggiamento *ex art. 444 c.p.p.* (non si tratta, all'evidenza, del cd. patteggiamento allargato).

Poiché al patteggiamento *de quo* non si applicano le pene accessorie, per queste sentenze opererebbe solo il d- lgs. n. 235 del 2012.

Al riguardo, si prevede che per l'incandidabilità operino solo i patteggiamenti pronunciati successivamente all'entrata in vigore della legge.

La ragione è intuibile: essendo la sentenza di patteggiamento equiparata ad una sentenza di condanna, il soggetto patteggiante ignorerebbe l'effetto penale che il d. lgs. attribuirà al suo accordo.

Invece, i patteggiamenti successivi –*per tabulas*– opereranno sia per l'ineleggibilità, sia, se sopravvenuti, all'assegnazione della carica, per la decadenza.

Nel definire la natura della sanzione, soccorre la circolare del Ministro degli Interni (n. 4/98 del 25.11.1998, – l. n. 16/92. Applicazione della pena su richiesta delle parti. Causa estintiva *ex art. 445 c.p.p.* Gazzetta Ufficiale 7.12.1998 n. 286)– la quale –con chiarezza– attribuisce nel 1998 alla misura *de qua* almeno il carattere di un effetto penale della sentenza. Infatti, il provvedimento ministeriale mette in evidenza come il comportamento del patteggiante per il tempo di cui al comma 2 dell'art. 445 c.p.p. determini effetti estintivi dell'ineleggibilità, anche più ampi (estinzione del reato) rispetto alla riabilitazione.

La natura penale della sanzione, già deducibile dal richiamo alla riabilitazione, fa ricadere la situazione qui considerata nel raggio di operatività dell'art. 25, comma 2 Cost. e dell'art. 2 c.p., con conseguente irretroattività del riferito regime sanzionatorio.

Parere *pro veritate* sulla conformità a Costituzione dell'art. 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012 n. 235 (*Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190*)

1. In attuazione della legge delega n. 190 del 2012, il decreto legislativo n. 235 del 2012 dispone, all'art. 1, che '*Non possono essere candidati e non possono comunque ricoprire la carica di deputato o senatore*' coloro che siano stati condannati in via definitiva per una serie di reati indicati dallo stesso art. 1.

Tale disposto provoca, in capo ai condannati, due diversi effetti, distinti fra loro.

In primo luogo, l'art. 1 prevede, come effetto automatico, la incandidabilità dei condannati, intesa come radicale limitazione dell'elettorato passivo per il tempo determinato dalla legge e conseguente impossibilità, per costoro, di essere inclusi nelle liste elettorali per le elezioni al Parlamento nazionale (oltre che al Parlamento Europeo e ai consigli regionali, provinciali e comunali) **successive** al passaggio in giudicato della sentenza. Si tratta perciò di una incandidabilità *pro futuro*.

In secondo luogo, e viene in considerazione il contenuto dell'art. 3 del d. lgs. n. 235 del 2012, se la causa d'incandidabilità sopravvenga ad elezioni **già svolte**, la Camera di appartenenza (così si esprime il decreto legislativo con una prudenza significativa, ma insufficiente, come si dirà) "delibera ai sensi dell'art. 66 della Costituzione", potendo così determinare la decadenza del parlamentare dal mandato ottenuto per via elettorale. Si tratta perciò di una incandidabilità che si traduce in eventuale decadenza del parlamentare dal seggio regolarmente ottenuto alle elezioni, quando le cause di incandidabilità non si erano ancora

manifestate, e che incide direttamente e immediatamente sulla composizione politica della Camera d'appartenenza del condannato.

2. Il primo dei due effetti è frutto di una scelta discrezionale del legislatore del 2012, che risponde a precise scelte politiche in tema di trasparenza e di difesa del livello di onorabilità della classe parlamentare. Si tratta di una scelta adottata in conseguenza di vicende di malcostume e criminali ben note, che hanno suscitato sconcerto e preoccupazione nell'opinione pubblica.

Come tale, questa scelta legislativa non è oggetto di diretta valutazione nel presente parere, che attiene principalmente al secondo degli effetti prima richiamati.

E' bene, tuttavia, per inquadrare il particolare tema qui in oggetto (quello dell'incandidabilità *sopravvenuta ad elezioni già svolte*, che determinerebbe la decadenza del parlamentare dal seggio ricoperto in virtù del risultato elettorale), chiarire che anche il primo dei due effetti qui considerati – per brevità: l'incandidabilità *pro futuro* – è il risultato di una scelta assai radicale e di particolare rigore, che estende (come si dirà, con qualche difficoltà) alle elezioni politiche le disposizioni già vigenti per quelle locali e regionali. Una scelta, è bene osservare, che pur presenta qualche profilo di dubbia compatibilità con le regole costituzionali che assistono il mandato parlamentare.

3. Come è noto, in base all'art. 51, comma 1, Cost., “*tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge*”. Come mette in luce la dottrina (cfr. ad es. U. Pototschnig, *Art. 97, in Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1994, pp. 380 ss.), le cariche elettive di cui ragiona questo articolo sono tutte quelle che risultano da un'elezione, e sicuramente tutte quelle che risultano da un'elezione a suffragio universale: e vi sono perciò ricomprese le cariche parlamentari

insieme alle cariche elettive regionali o locali. In relazione a tali cariche esiste quindi una sfera di discrezionalità del legislatore nell'intervenire a fissare i limiti dell'elettorato passivo. Tale discrezionalità legislativa, tuttavia, deve innanzitutto confrontarsi con il fatto che l'elettorato passivo è un diritto inviolabile, garantito, oltre che dall'art. 51 cost., dall'art. 2 cost. (cfr. ad es. Corte cost., sentenze nn. 571 del 1989, 235 del 1988, 467 del 1991, 141 del 1996), cui vanno aggiunte le previsioni in tema di effettività della tutela dei diritti di fronte a un giudice imparziale previste in Costituzione (art. 111) e inserite nelle carte internazionalmente adottate e recepite nel nostro ordinamento (art. 6 CEDU e art. 47 della carta di Nizza) . Ciò reagisce necessariamente sulle modalità di redazione, interpretazione e applicazione delle norme che intervengono a limitare tale diritto inviolabile.

Inoltre, come afferma una consolidata giurisprudenza costituzionale, non scalfita nemmeno dalla recente riforma del titolo V° della Costituzione, il ruolo delle assemblee parlamentari nazionali non è assimilabile a quello dei collegi elettivi delle Regioni e degli enti locali: sicché, da un lato, sembra conforme a ragionevolezza una diversa disciplina dei limiti all'elettorato passivo rispettivamente stabilita per le assemblee rappresentative nazionali e per quelle di Regioni ed enti locali (cfr. ad es. Corte cost., sentenza n. 407 del 1992); e, dall'altro, nulla impone, in termini costituzionali, una parificazione dei limiti dell'elettorato passivo nei due casi, ed anzi sarebbe appunto da dimostrare la conformità a Costituzione (non solo sotto il profilo della ragionevolezza per una ingiustificata espansione della disciplina delle elezioni regionali e amministrative, quanto soprattutto sotto gli altri profili che si diranno) della particolare parificazione che il legislatore del 2012 ha realizzato sul punto della incandidabilità.

Ma quel che soprattutto qui rileva, è infatti che la disciplina costituzionale specifica dei limiti all'elettorato passivo al Parlamento nazionale è contenuta, non già genericamente nell'art. 51 cost., ma nell'art. 65, comma 1, Cost., il quale recita che *“la legge determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di deputato e senatore”*.

Ora, proprio qui parrebbe risiedere una prima difficoltà. Con riferimento all'assunzione del mandato parlamentare, tale articolo ben si può considerare norma "speciale", rispetto al generale riferimento che l'art. 51, comma 1, Cost., fa all'intervento della legge sui requisiti per l'assunzione di cariche elettive. Con riguardo al mandato parlamentare, il legislatore dovrebbe dunque limitarsi a intervenire a stabilire regole in tema di ineleggibilità (oltre che di incompatibilità), non potendo invece introdurre limiti all'elettorato passivo che all'ineleggibilità non siano strettamente riferibili.

La questione preliminare consiste dunque nel verificare se esista una categoria, un concetto costituzionale specifico d'ineleggibilità, o se invece tutto dipenda dalle classificazioni del legislatore, potendosi allora ricostruire la categoria dell'ineleggibilità solo *ex post*, sulla base di ciò che il legislatore ritenga di denominare così.

E' forse corretto dire che non esiste un concetto "naturalistico" d'ineleggibilità, che la Costituzione avrebbe necessariamente presupposto. Ma non si può nemmeno accogliere una prospettazione totalmente opposta, nel senso del rinvio alla mera volontà (che potrebbe in alcuni casi risultare irrazionale) del legislatore, o nel senso che il concetto d'ineleggibilità *ex art. 65 Cost.* sarebbe un vuoto contenitore, idoneo ad essere riempito dei significati più diversi: ineleggibilità non può essere un qualunque limite legislativo all'elettorato passivo, ma è quel che una giurisprudenza costante (e un comune e consolidato consenso dottrinale) ritengono esser tale, certamente anche sulla base di scelte legislative, a loro volta piuttosto costanti e ragionevoli.

Se questa premessa è corretta, si tratta di verificare se l'incandidabilità rientri o meno all'interno della categoria dell'ineleggibilità: se essa sia *species* appartenente ad un *genus* comune, o se invece si tratti di istituto del tutto diverso, non compatibile con le caratteristiche dell'ineleggibilità: in questo secondo caso, la conformità all'art. 65 Cost. della scelta di fondo compiuta dal legislatore del 2012 sarebbe discutibile, e ciò, di risulta, colorerebbe di una

preliminare luce di incostituzionalità anche la scelta contenuta nell'art. 3 del d. lgs. n. 235 del 2012 in tema di incandidabilità sopravvenuta.

4. Solo in apparenza un veloce esame della giurisprudenza costituzionale condurrebbe a ritenere facilmente risolvibile la questione appena sollevata. Nelle sentenze nn. 407 del 1992 e 141 del 1996 la Corte afferma, anche se incidentalmente, che *“la non candidabilità va considerata come particolarissima causa di ineleggibilità”* (cfr. anche Corte cost., sentenza n. 132 del 2001, in cui la Corte sembra addirittura equiparare i due istituti affermando che *“le fattispecie di incandidabilità e quindi di ineleggibilità ... rappresentano ... l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche”*).

Come si diceva, è questa solo apparenza superficiale e si sbaglierebbe a ritenere per ciò solo risolto il problema. Intanto, l'incandidabilità sarebbe pur sempre una causa *“particolarissima”* di ineleggibilità; inoltre, la Corte ha fatto queste affermazioni con riferimento alle sole cause di incandidabilità previste per enti locali e Regioni, ed è tutto da dimostrare che essa direbbe le stesse cose con riferimento a cause di incandidabilità previste per deputati e senatori, *che si presentano per la prima volta nel panorama normativo interno*.

Appare inoltre assai importante il riferimento alle diverse *rationes* che stanno dietro la previsione, rispettivamente, di cause di ineleggibilità e di incandidabilità.

Come è noto, la previsione delle cause d'ineleggibilità è motivata dall'obbiettivo di impedire che i candidati, in virtù delle particolari posizioni da essi rivestite, possano condizionare il libero convincimento e la libera manifestazione del voto degli elettori, ovvero possano trovarsi, se eletti, in conflitto d'interessi con l'esercizio della funzione elettiva.

E' anche importante il rilievo per cui il legislatore non può far derivare l'ineleggibilità da situazioni personali che il soggetto non possa liberamente rimuovere (v. Corte cost., sentenze nn. 141 del 1996; n. 97 del 1991).

D'altra parte, le cause di ineleggibilità non impediscono al soggetto di partecipare alla

competizione elettorale, ma influiscono sulla validità dell'elezione (cfr. in proposito Corte cost., sentenza n. 84 del 2006, laddove la Corte, seppur criticamente, rileva come la normativa sulle ineleggibilità dei consiglieri regionali *“non consente che le cause di ineleggibilità emergano, come quelle di incandidabilità, in sede di presentazione delle liste agli uffici elettorali”*).

Risultano di un certo peso, allora, le differenti caratteristiche delle cause d'incandidabilità. Come afferma la Corte costituzionale nella sentenza n. 141 del 1996, *“l'elezione di coloro che versano nelle condizioni di non candidabilità è nulla, senza che sia in alcun modo possibile per l'interessato rimuovere l'impedimento all'elezione, come invece è ammesso per le cause di ineleggibilità (cfr. la sentenza n. 97 del 1991)”*.

Anche la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. I, n. 3904 del 2005) ha approfondito le differenze fra incandidabilità ed ineleggibilità. La Cassazione ha osservato che mentre *“le cause di incandidabilità alla carica di amministratore locale (cfr. artt. 56 e 58 del d. lgs. n. 267 del 2000) si riferiscono ad uno status di inidoneità funzionale assoluta e non rimovibile da parte dell'interessato”, “le cause di ineleggibilità (cfr. artt. 60 e 61 del t.u.) sono stabilite allo scopo di garantire la eguale e libera espressione del voto, tutelata dall'art. 48, comma 1, primo periodo, Cost. (...), rispetto a qualsiasi possibilità di captatio benevolentiae esercitabile dal candidato o di metus potestatis nei confronti dello stesso”*.

Inoltre, la Corte di Cassazione ha rimarcato che la violazione delle norme sull'ineleggibilità *“determina l'invalidità dell'elezione del soggetto ineleggibile, il quale non abbia tempestivamente rimosso la relativa causa”*.

Dunque, tra ineleggibilità e incandidabilità emerge in primo luogo una differenza di *ratio*: la *ratio* delle previsioni di non candidabilità non attiene in alcun modo allo svolgimento della competizione elettorale. Essa è invece volta a tutelare *“il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, l'ordine e la sicurezza, la libera determinazione degli organi elettivi”* (cfr. Corte cost., sentenze nn. 141 del 1996, 118 del 1994, 197 del 1993 e 407 del

1992).

Ciò è del resto confermato dal *tipo di reati* che, nel testo unico degli enti locali n. 267 del 2000 (art. 58), sono il presupposto della non candidabilità alle elezioni locali.

Da un lato, sono reati commessi contro la pubblica amministrazione (ad esempio peculato, corruzione, concussione, corruzione in atti giudiziari), dall'altro, sono reati di associazione di stampo mafioso (art. 416-bis c.p.) ed in materia di stupefacenti. Quando la Corte di Cassazione osserva che le cause di incandidabilità si riferiscono ad uno *status* di inidoneità funzionale assoluta, mette in luce che esse si riferiscono a soggetti che, a causa dei reati commessi e accertati con sentenza definitiva, si trovano in una sorta di condizione diminuita in riferimento all'elettorato passivo. Inoltre, colui sul quale gravi una causa d'incandidabilità non può rimuoverla, come può invece fare (entro certi limiti) colui sul quale gravi una causa di ineleggibilità.

Si potrà anche ritenere che questi aspetti non impediscano di considerare l'incandidabilità una sottospecie dell'ineleggibilità, ma si deve riconoscere che l'accertamento di una causa d'incandidabilità produce l'effetto irreversibile (si sottolinei questo termine) di escludere il soggetto dalla competizione elettorale.

L'unica via giuridica per la rimozione della causa di incandidabilità consistente in una condanna definitiva sarebbe la riabilitazione, che estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna stessa. Ma le condizioni alle quali la riabilitazione può essere concessa (cfr. art. 179 c.p.) sfuggono all'interessato, perché sono soggette a una valutazione discrezionale del Tribunale di sorveglianza (art. 683 c.p.p.), il quale non compie atti dovuti ma dispone di un margine per verificare se il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta (cfr. Cass. Pen. Sez. V, 24 giugno 1985, n. 773; Cass. Pen., sez. I, 28 maggio 1996, n. 1274)

5. In definitiva, su questo primo aspetto, se si tiene nella necessaria e dovuta considerazione la

tesi per cui incandidabilità e ineleggibilità sono due istituti strutturalmente non simili, è difficile liberarsi con disinvoltura dal dubbio che previsioni legislative che estendano le cause di incandidabilità a deputati e senatori non siano conformi al tenore testuale dell'art. 65, comma 1, Cost., che si riferisce alle sole cause di ineleggibilità.

Appare dunque meritevole di attenzione, appunto, la tesi per cui l'art. 65 Cost., quando stabilisce che la legge determina i casi di ineleggibilità all'ufficio di deputato o senatore, voglia dire che la legge può intervenire solo a stabilire cause di ineleggibilità (e incompatibilità), e non altre cause di limitazione dell'elettorato passivo. In altre parole, come si diceva, mentre fuori dal campo delle cariche elettive parlamentari vi sarebbe una discrezionalità legislativa più ampia (*"i requisiti stabiliti dalla legge"* per l'accesso alle cariche elettive in generale, di cui ragiona l'art. 51, comma 1, cost.), in questo ambito il legislatore potrebbe intervenire a fare solo ciò che la Costituzione gli consente espressamente di fare. E' da aggiungere che questa prospettiva non va considerata meramente formale: non si tratta solo di interpretazione letterale del testo dell'art. 65, comma 1, Cost., perché, anzi, come si è evidenziato, in questione sono le diverse caratteristiche *sostanziali* degli istituti dell'ineleggibilità e dell'incandidabilità.

Non varrebbe obiettare che sarebbe in fin dei conti l'art. 48, comma 4, Cost. a consentire al legislatore di intervenire a introdurre cause d'incandidabilità derivanti da condanne penali. La disposizione in questione, infatti, stabilisce testualmente che sia l'elettorato *attivo* a poter essere limitato per effetto di una sentenza penale irrevocabile. E' ben vero (cfr. anche l'accento in Corte cost., sentenza n. 132 del 2001) che la perdita dell'elettorato attivo trascina con sé quella dell'elettorato passivo, determinando l'insorgenza di una causa di incapacità elettorale passiva. Ma innanzitutto l'effetto è indiretto, ed è dovuto ad una scelta che il legislatore deve, per dettato costituzionale, consapevolmente indirizzare verso l'elettorato attivo. Inoltre, ammesso che l'intervento legislativo che priva del diritto di voto possa comportare incapacità elettorale passiva per cariche elettive non parlamentari, resterebbe pur

sempre da argomentare la tesi per cui, alla luce dell'art. 48, comma 4, cost. (riferito all'elettorato attivo!) è possibile alla legge stabilire una causa d'incandidabilità al Parlamento nazionale, laddove l'art. 65 Cost., norma speciale per le cariche parlamentari, consente al legislatore di intervenire a prevedere sole cause d'ineleggibilità (e di incompatibilità). Come si vede un percorso piuttosto tortuoso.

In definitiva, tutto dipende dal concetto *sostanziale* di ineleggibilità che si accoglie, e che si presuppone (o non si presuppone) accolto dall'art. 65 Cost.

In un parere *pro veritate*, non si vuole affatto nascondere che le argomentazioni fin qui esposte possono essere criticate e contestate. La condizione è però che si dimostri in modo persuasivo (con riferimento non già ad elezioni locali o regionali, ma a quelle per il Parlamento nazionale, la cui disciplina è ragionevolmente diversa ai sensi degli artt. 65 e 66 cost. e della consolidata giurisprudenza costituzionale, estremamente chiara nel senso della diversità di collocazione costituzionale del Parlamento nazionale rispetto alle assemblee regionali: cfr., fra le tante, Corte cost., sent. n. 106 del 2001, sulla non utilizzabilità del nome "Parlamento" per i consigli regionali) che le cause d'incandidabilità rientrano con certezza nel concetto di ineleggibilità, accolto dalla Costituzione.

6. Con queste premesse critiche, è possibile affrontare la questione, qui cruciale, dell'incandidabilità sopravvenuta in corso di mandato.

Come si ricordava, l'art. 1 d. lgs. 235/2012 prevede, accanto al divieto di candidarsi, il divieto di ricoprire la carica di deputato o senatore successivamente alla sentenza definitiva di condanna. E a tal fine l'art. 3 dello stesso decreto legislativo (*Incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato elettivo parlamentare*) appresta un procedimento particolare, volto ad adattare al mandato parlamentare il divieto, stabilendo che "*qualora una causa di incandidabilità di cui all'articolo 1 sopravvenga o comunque sia accertata nel corso del*

mandato elettivo, la Camera di appartenenza delibera ai sensi dell'art. 66 della Costituzione".

E' in particolare sulla compatibilità con l'art. 66 della Costituzione che tale disposto del decreto legislativo va valutato.

Se il divieto di ricoprire cariche elettive successivamente ad una sentenza definitiva di condanna, con correlativa decadenza, non sembra provocare particolari inconvenienti per le elezioni amministrative, dove la incandidabilità può essere fatta valere in via del tutto automatica in sede amministrativa (salvo contestazione in sede giurisdizionale), è da affermare che lo stesso divieto, se applicato in modo automatico ai membri delle Camere, è inevitabilmente destinato ad entrare in conflitto con l'art. 66 Cost. (*Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità*), che riserva in via esclusiva alle stesse Camere il giudizio sui titoli di appartenenza dei suoi membri, e dunque anche sul sopravvenire di situazioni che determinino l'interruzione del mandato. Si tratta di una garanzia di indipendenza funzionale ed organizzativa connaturata al ruolo del Parlamento nel sistema costituzionale, non solo in quanto potere dello Stato, ma soprattutto per la funzione rappresentativa della volontà popolare: deriva da ciò la netta e costituzionalmente necessaria differenziazione dai consigli rappresentativi delle regioni e degli enti locali e il conseguente conferimento ai suoi membri di uno *status* differenziato.

L'art. 66 Cost., sempre in predicato di essere revisionato, continua ad essere presente in Costituzione, attribuendo così a ciascuna Camera una posizione peculiare nel giudizio sui titoli dei propri membri, in caso di contestazione dell'elezione. La dottrina che si è occupata delle cause sopravvenute d'ineleggibilità alla carica di deputato e senatore, considera acquisito che la condanna penale definitiva, pur se accompagnata da una pena accessoria quale l'interdizione perpetua da pubblici uffici, non determina, di per sé, alcun effetto automatico di decadenza dal mandato parlamentare. E la prassi parlamentare, nei casi in cui è

stata sollecitata a svilupparsi, ha confermato questo assunto. In definitiva, non si dubita che l'art. 66 Cost. – per quanto si possa non apprezzarne la *ratio* e sostenere la necessità di una sua revisione - preveda un *passaggio procedimentale essenziale*: ciascuna camera giudica liberamente sui titoli di ammissione dei propri membri e delle cause sopraggiunte d'ineleggibilità (e incompatibilità).

Non può non essere valutato, in questo contesto, l'uso del verbo “giudica”: il fatto che la Camera giudichi, oltre ad avere conseguenze precise in ordine alla natura della Giunta per le elezioni, implica che la Camera possa e debba valutare e interpretare, non già limitandosi ad applicare meccanicamente valutazioni ad essa “esterne”. Insomma, la norma costituzionale contenuta nell'art. 66 implica una valutazione discrezionale e non già una mera applicazione. E ciò in ragione del principio costituzionale della sovranità del Parlamento quale espressione della sovranità popolare. “*Nelle forme e nei limiti della Costituzione*”, certo, e dunque anche degli artt. 65 e 66, che rappresentano una forma costituzionalmente prevista di garanzia del Parlamento rispetto agli altri poteri o ordini dello Stato

Proprio da ciò deriva il fatto che, per comune consenso, corroborato dalla prassi parlamentare, la camera d'appartenenza non appare tenuta a dare un seguito automatico alla pronuncia dell'autorità esterna (nel nostro caso, l'autorità giudiziaria) in base alla quale l'eleggibilità venga meno. Non esiste cioè un obbligo della Camera d'appartenenza di dichiarare la decadenza del parlamentare, senza compiere specifici e autonomi accertamenti (cfr. sul punto V. Lippolis, *Art. 66*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1986, p. 14).

Va sottolineato fortemente che l'art. 66 Cost. ha quale sua *ratio* ispiratrice quella di evitare che soggetti esterni possano incidere sulla composizione delle Camere. Nel disegno costituzionale, una libera decisione di queste ultime – eventualmente costitutiva e non dichiarativa degli effetti della decadenza – è quindi fondamentale, soprattutto al fine di accertare che “l'attività promanante da un potere estraneo si sia mantenuta nella sfera propria

di questo e non configuri un attentato alla libertà politica” del parlamentare (così A.Manzella, *La formazione della Camera, in Il regolamento della Camera dei deputati, Storia, Istituti, procedure*, a cura del Segretariato generale della camera dei deputati, Roma 1968, p. 129).

Proprio questa funzione garantista dell’art. 66 Cost. sembra inoltre rendere necessario, nel caso specifico, attendere le motivazioni della sentenza di condanna a carico del sen. Berlusconi e dubbia invece la scelta che conducesse a procedere immediatamente al voto sulla decadenza in loro assenza: giacché proprio la mancata attesa delle motivazioni renderebbe palese l’automatismo tra dictum del giudice e decadenza, in violazione manifesta dell’art. 66 cost. (del resto, il termine “immediatamente” è bensì contenuto nell’art. 3 del d. lgs. n. 235 del 2012, non in riferimento alla decadenza, ma alla comunicazione alla camera di appartenenza della condanna; e poiché, laddove si ragioni di diritti, le parole hanno un loro peso, ne deriva che “immediato” deve essere l’avvio del procedimento, ma non certo la sua conclusione).

7. Solo in apparenza, come si accennava, la pur prudente formulazione dell’art. 3 del d. lgs. n. 235 del 2012 (“*Qualora una causa di incandidabilità ... sopravvenga o sia accertata nel corso del mandato elettivo, la Camera di appartenenza delibera ai sensi dell’art. 66 della Costituzione*”) appare conforme a Costituzione.

Cruciale è infatti considerare che tale formulazione non risolve in modo univoco il problema dello spazio di determinazione riservato alle Camere ai sensi del d.lgs. 235/2012, o se si preferisce, della natura della deliberazione che, in base a questo, deve essere assunta presso la Giunta delle elezioni, in riferimento a un parlamentare in carica, eletto regolarmente quando ancora nessuna causa di incandidabilità si era manifestata.

Non vale osservare, come pure è stato fatto da alcuni dei parlamentari che nella scorsa legislatura parteciparono direttamente all’elaborazione del d. lgs. n. 235 del 2012, che il testo dell’art. 3 fu progressivamente modificato, proprio per escludere ogni automatismo nella decisione sulla decadenza (cfr. S. Ceccanti in

http://www.huffingtonpost.it/2013/08/19/incandidabilita-berlusconi-legge-severino-governo-monti_n_3779468.html?utm_hp_ref=italy

Infatti, delle due l'una.

O la deliberazione, come è stato sostenuto da taluni, ha da ridursi ad **una formale presa d'atto** di quanto stabilito dal potere giudiziario con sentenza passata in giudicato, sicché lo spazio di determinazione della Giunta sarebbe del tutto escluso e sarebbe esclusa, parimenti, ogni valutazione sovrana delle Camere. E allora, in palese violazione dell'art. 66 Cost., l'art. 3 d.lgs. 235/2012 provocherebbe un'evidente lesione di una delle prerogative costituzionali della camera d'appartenenza, e cioè di quella di decidere autonomamente (*"La Camera giudica"*) in ordine ai titoli di appartenenza dei suoi membri, dovendo invece la Camera limitarsi a recepire quanto stabilito altrove.

Oppure la deliberazione dovrebbe considerarsi da assumere in piena libertà politica, sia dalla Giunta che dalla camera d'appartenenza. Ma anche questa interpretazione non salverebbe la disposizione in esame. Infatti, se il voto della camera è un voto politico (o meglio, una valutazione sovrana che parte dall'esame di alcuni presupposti di fatto), impregiudicato dal diritto, è facile immaginare che contro tale delibera potrebbe essere sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, per avere la camera d'appartenenza, in sede di giurisdizione domestica, ignorato una sentenza di condanna penale, dalla quale discenderebbe, in tesi, l'obbligo di deliberare l'interruzione del mandato. Stante il disposto dell'art. 3, comma 1, d. lgs. 235/2012 (*"A tal fine le sentenze definitive di condanna di cui all'articolo 1, emesse nei confronti di deputati o senatori in carica, sono immediatamente comunicate, a cura del pubblico ministero presso il giudice indicato nell'art. 665 del codice di procedura penale, alla camera di rispettiva appartenenza"*) a sollevare il conflitto dovrebbe infatti ritenersi legittimato il giudice che ha emesso la sentenza o il giudice dell'esecuzione *ex art. 665 c.p.p.* Qualunque interpretazione si scelga, insomma, l'art. 3 del d. lgs. n. 235 del 2012 si rivela disposizione irragionevole perché produttiva comunque di problemi, e destinata a sollevare

questioni di rango costituzionale. E ciò avviene perché, qualunque strada si scelga, è proprio l'estensione alle elezioni politiche dell'istituto della incandidabilità, in particolare se comprensiva del divieto di prosecuzione del mandato per il parlamentare regolarmente eletto, ad essere difficilmente compatibile con il disposto dell'art. 66 Cost., comunque interpretato.

O meglio: tale estensione, soprattutto nella parte che determina la decadenza in corso di mandato, non può essere messa in pratica senza generare problemi di costituzionalità, destinati ad essere portati innanzi alla Corte costituzionale o in sede di giudizio di legittimità (da parte della Giunta per le elezioni, per violazione delle prerogative delle camere) o in sede di conflitto di attribuzione (per violazione delle prerogative del potere giudiziario, laddove una sentenza passata in giudicato venga trattata dalla Camera d'appartenenza come se fosse inesistente): da questo punto di vista, oltre che in contrasto con l'art. 66 cost., l'art. 3 del d. lgs. n. 235 del 2012 si appalesa come norma fonte di contrasti non evitabili, perciò intrinsecamente irrazionale, e dunque in contrasto, oltre che con l'art. 66 Cost., con l'art. 3 della stessa Costituzione.

Non si può non riconoscere che questa situazione paradossale deriva dal fatto che, originariamente, il costituente aveva inteso porre un filtro tra politica e magistratura attraverso non solo l'istituto dell'autorizzazione a procedere, bensì anche attraverso l'autorizzazione a *“trarre in arresto o mantenere in detenzione un membro del Parlamento in esecuzione di una sentenza anche irrevocabile”*. La prevenzione dei conflitti tra giudicati formali e deliberazioni delle camere (tanto più se riunite in una sede “giurisdizionale”, come è il caso della giunta delle elezioni: cfr. Corte cost., sent. n. 259 del 2009 e Corte di Cassazione, sentt. nn. 9151, 9152 e 9153 del 2008) era dunque affidata a due filtri: l'autorizzazione a procedere, che bloccava temporaneamente l'operato della magistratura, e l'autorizzazione alla detenzione, anche in esecuzione di una sentenza irrevocabile. Dal doppio filtro dell'originario articolo 68 Cost., saggiamente previsto dal costituente, si dovrebbe dunque passare ad una sorta di automatismo, non solo nell'apertura del procedimento, bensì anche nell'esecuzione

delle conseguenze della condanna: ciò è fonte di un continuo conflitto, non solo potenziale, tra potere giudiziario e potere politico, destinato infine a prodursi nelle forme paradossali che stiamo esaminando. Poiché è chiarissimo, nella complessiva legislazione sulla incandidabilità del 2012, in quanto estesa al mandato parlamentare in corso, che il giudice che pronuncia una sentenza di condanna, non si limita a giudicare di una fattispecie di reato, ma è di fatto consapevolmente in grado di decidere, altresì, non solo sui diritti politici del condannato a future elezioni, ma soprattutto, come accade per l'art. 3 del d. lgs. n. 235 del 2012, sulla fine di un mandato parlamentare regolarmente guadagnato in regolari elezioni, e pertanto sulla stessa composizione delle Camere, valore alla cui tutela era predisposta l'autorizzazione all'arresto e alla detenzione.

Fermi rimanendo i dubbi espressi sulla diversità tra ineleggibilità e incandidabilità e sulla compatibilità di quest'ultimo istituto con l'art. 65 cost., il discorso sarebbe diverso se la misura della incandidabilità fosse disgiunta dal divieto di prosecuzione del mandato in corso, attraverso una eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 3 d.l. 235/2012 e se il divieto di prosecuzione del mandato fosse quindi conservato solo per le assemblee amministrative, non garantite dall'art. 66 cost. In questo caso, e a queste condizioni, si coglierebbe davvero l'intento dei redattori del decreto, che era quello di escludere **per il futuro** un condannato dall'esercizio di funzioni rappresentative: intento rispetto al quale il divieto di prosecuzione del mandato parlamentare, regolarmente assunto tramite elezioni, rappresenta un che di eterogeneo, la cui messa in atto è impossibile senza violare l'art. 66 cost. e il principio di separazione dei poteri che ne ha ispirato la collocazione in Costituzione.

8. E' da osservare infine l'esistenza, nella legge delega n. 190 del 2012, e nei rapporti di questa con il decreto legislativo n. 235 del 2012, un ulteriore e decisivo profilo di costituzionalità.

La legge delega, alla lettera m) del comma 64, contiene quelli che dovrebbero presentarsi come i principi e criteri direttivi che ispirano la redazione dell'art. 3 del d. lgs. n. 235 del 2012.

Ebbene, il testo di questa parte della delega è assai oscuro e fonte di problemi: esso stabilisce che il decreto legislativo deve *“disciplinare le ipotesi di sospensione e **decadenza di diritto** dalle cariche di cui al comma 63 (fra le quali quelle di deputato e senatore) in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all'affidamento della carica”*. Ora, in disparte la questione della sospensione, non prevista per il mandato parlamentare, è l'espressione *“decadenza di diritto”* a creare problemi.

Poiché la decadenza dalla carica di parlamentare è regolata dal voto della camera d'appartenenza *ex art. 66 Cost.* e non consiste affatto, giusto tutto quel che si è fin qui detto, in una *“decadenza automatica o di diritto”*, delle due l'una: o tale parte della delega non può riferirsi alle cariche parlamentari, ma solo a quelle previste per le cariche di consigliere regionale o di enti locali (che può considerarsi un automatismo), e allora è la previsione dell'art. 3 del d. lgs. n. 235 del 2012 a essere viziata da eccesso di delega (per violazione dell'art. 76 Cost.), in quanto esplicitamente ma incostituzionalmente dedicata a ipotizzare una decadenza del parlamentare regolarmente eletto in corso di mandato. Ovvero, se intende riferirsi anche alle cariche parlamentari, è direttamente la legge delega, per questa parte, a porsi in aperta collisione con il disposto dell'art. 66 Cost.

A tale alternativa non si può sfuggire. O è direttamente incostituzionale la legge delega, o lo è il decreto legislativo.

* * *

Per tutti questi motivi, impregiudicati altri profili non oggetto di queste osservazioni, si prospetta l'opportunità che la Giunta per elezioni esamini con attenzione i dubbi di

costituzionalità qui indicati, nelle forme e con gli strumenti che essa riterrà, anche eventualmente sollevando questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 3 del d.lgs. 235/2012, in relazione agli artt. 3, 65 e 66 e 76 cost., con conseguente sospensione del procedimento avanti la Giunta fino alla pronuncia della Corte costituzionale.

Roma, 23 agosto 2013

Beniamino Caravita di Toritto

Giuseppe de Vergottini

Nicolò Zanon