

**SEGUITO DELLA RELAZIONE SULLA VERIFICA DELLE ELEZIONI  
NELLA REGIONE MOLISE (1)  
(rel. Sen. Augello)**

**DECADENZA DEL SENATORE BERLUSCONI A SEGUITO DI INCANDIDABILITA'  
SOPRAVVENUTA**

1. Proposta di deliberazione preliminare sull'ammissibilità o meno della facoltà di sollevare questioni di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale.

*A) Fatto*

Come noto, in data 2 agosto 2013 la Procura generale della Corte di Appello di Milano ha inviato al Presidente del Senato l'estratto della sentenza di condanna nei riguardi del senatore Berlusconi – emessa dal tribunale ordinario di Milano in data 26 ottobre 2012 e diventata definitiva il 1° agosto 2013 – alla pena di quattro anni di reclusione con riferimento al reato di frode fiscale, di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, con riferimento a fatti svoltisi fino al 26 ottobre 2004 (come specificato in sentenza). A sua volta il Presidente del Senato ha in pari data trasmesso tale documentazione al Presidente della Giunta, che ne ha subito informato il relatore per la regione Molise.

In particolare, la Corte di Cassazione, sezione feriale, ha pronunciato il 1° agosto 2013, con la sola lettura del dispositivo, una sentenza nei riguardi del senatore Berlusconi, con cui è stata annullata la sentenza impugnata limitatamente alla statuizione concernente la condanna alla pena accessoria dell'interdizione temporanea per anni cinque dai pubblici uffici (per violazione dell'art. 12, comma due, del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74) ed è stata disposta la trasmissione degli atti ad altra sezione della Corte di appello di Milano ai fini della rideterminazione della pena accessoria nei limiti temporali previsti dal citato articolo 12, ai sensi dell'articolo 133 del codice penale, mentre rigettava nel resto il ricorso in Cassazione del senatore Berlusconi nei cui riguardi dichiarava irrevocabili tutte le altre parti della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 64, comma 2, del codice di procedura penale.

La Procura competente, nella nota di trasmissione delle documentazione di cui sopra, ha fatto esplicito riferimento agli articoli 1 e 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, in materia di incandidabilità e di incandidabilità sopravvenuta. Al riguardo, effettivamente il citato articolo in materia di frode fiscale stabilisce quale pena edittale massima la reclusione fino a sei anni. Pertanto, essendo stato il senatore Berlusconi condannato alla pena della reclusione di quattro anni (di cui tre condonati in applicazione dell'indulto di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 2006) per tale reato, si pone il problema dell'eventuale applicabilità dell'istituto della decadenza per incandidabilità sopravvenuta per il combinato disposto dei citati articoli 1 e 3 del decreto n. 235 del 2012, che rendono rilevanti le “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”.

In data 7 agosto, il Presidente del Senato ha trasmesso al Presidente della Giunta copia dei testi integrali della citata sentenza del tribunale di Milano n. 10956 del 26 ottobre 2012 e della sentenza della Corte d'Appello n. 3232 del 23 maggio 2013 (comunicate dalla cancelleria della Corte di Cassazione), il cui invio era stato sollecitato dal relatore in quanto considerato più conforme al dettato dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012 – che stabilisce al riguardo “la comunicazione delle sentenze”, e non del mero estratto o del dispositivo – e più funzionale alla completezza dell'esame parlamentare.

Successivamente, il 28 agosto 2013, il senatore Berlusconi ha depositato la propria documentazione difensiva, entro il termine di venti giorni assegnatogli dalla Giunta stessa nella seduta del 7 agosto 2013 – in cui si è avuto un “celere avvio” del procedimento sull’incandidabilità sopravvenuta - in applicazione analogica e garantistica dell’art. 8 del Regolamento per la verifica dei poteri. In particolare, il senatore Berlusconi nella sua missiva ha preannunciato l’intenzione di presentare un ricorso alla Corte europea dei diritti dell’uomo sulla vicenda in esame, con riferimento all’art. 7 della CEDU, rinviando ai contenuti di sei pareri *pro veritate* che venivano depositati, tre dei quali redatti da esperti in materie penalistiche (i professori Pansini, Spragnher e Marandola e tre da esperti in diritto costituzionale (Guzzetta, Nania e - insieme - Caravita di Toritto, De Vergottini e Zanon).

In data 29 agosto 2013 si è avuta notizia del deposito del testo integrale della sentenza della Corte di Cassazione decisa il 1° agosto, di cui il relatore - ai sensi dell’art. 10, comma 4, del Regolamento per la verifica dei poteri -ha immediatamente chiesto l’acquisizione al Presidente della Giunta per il tramite del Presidente del Senato, che poi ha trasmesso formalmente la sentenza il 3 settembre 2013.

Infine, il 7 settembre, come preannunciato, il senatore Berlusconi ha fatto pervenire copia del testo del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 7 della CEDU.

Nella nota del Presidente della Repubblica del 13 agosto 2013 significativamente, proprio in relazione a questo caso, si afferma che “di qualsiasi sentenza definitiva e del conseguente obbligo di applicarla, non può che prendersi atto”. E proprio con questo spirito il relatore ha svolto il proprio compito, con scrupolo allo scopo di garantire un'applicazione – “secondo diritto”, se è consentita una locuzione forse un po' *retrò* – che doverosamente tenga conto di tutti i risvolti giuridici implicati in una fattispecie così complessa, la cui rilevanza (non solo politica ma nell'ottica del relatore soprattutto) giuridica è vieppiù esaltata dal rappresentare il primo precedente parlamentare applicativo della misura della decadenza per incandidabilità sopravvenuta, e quindi destinato “a fare scuola”.

Lo stesso segretario del PD Guglielmo Epifani, pur nella fermezza del suo convincimento circa la conseguenza della decadenza a seguito della definitività della sentenza in questione, tuttavia ha più volte ribadito la necessità di non conculcare i diritti della difesa del senatore Berlusconi (v. anche l'intervista al TG3 delle ore 19 del 29 agosto 2013), affermando significativamente : "La Giunta del Senato si riunirà e valuterà le ragioni della difesa, come è giusto che sia, e poi deciderà" (v. "Il Tempo" del 30 agosto 2013).

## *B) Premessa*

A fronte di possibili dubbi di costituzionalità di disposizioni rilevanti del decreto legislativo n. 235 del 2012 - sollevati in vario modo dalla difesa del senatore Berlusconi, ad esempio con riferimento agli articoli 25, secondo comma, 65, 66, 76 (per eventuali e differenziati rilievi in termini di eccesso di delega), 111, 117, primo comma, e 138 della Costituzione - pregiudizialmente il relatore ritiene doveroso invitare la Giunta ad una riflessione più approfondita in termini giuridici sulla ammissibilità o meno della facoltà di sollevare questioni di legittimità costituzionale durante le procedure parlamentari di verifica dei risultati elettorali.

Infatti, si tratta di una problematica indubbiamente complessa, risalente nel tempo e resa ancora più impervia dagli ultimi precedenti parlamentari del tutto difformi fra la Camera ed il Senato e dallo stesso *revirement* di inizio legislatura della Giunta del Senato rispetto alle sue decisioni nell'ultima legislatura.

La proposta di una deliberazione preliminare sull'ammissibilità o meno di una questione di legittimità costituzionale nel corso dei procedimenti parlamentari per la verifica delle elezioni viene avanzata per un triplice ordine di motivi.

Innanzitutto, vi sono ragioni di "doverosità costituzionale". I sei pareri depositati dalla difesa del senatore Berlusconi nella sostanza sono tutti incentrati su molteplici possibili profili di incostituzionalità del decreto legislativo n. 235 del 2012. In particolare, il parere del professor Nania è incentrato esclusivamente sulla problematica dell'ammissibilità. Pertanto, anche nei procedimenti presso la Giunta, anche a prescindere dalla loro puntuale configurazione giuridica, occorre tutelare appieno il diritto di difesa, garantito in modo intangibile dall'art. 24 Cost.

In secondo luogo, vi sono ragioni di "opportunità parlamentare". Né presso il Senato (in cui i precedenti sono stati favorevoli all'ammissibilità) né presso la Camera (dove invece sono stati di segno contrario) sono rinvenibili dibattiti approfonditi e deliberazioni conseguenti sulla problematica dell'ammissibilità. In questo senso si può constatare obiettivamente una lacuna nei dibattiti parlamentari.

Infine, vi sono ragioni di "lealtà espositiva" da parte del relatore. Il quale non intende sottacere o svilire il significato della pur affrettata deliberazione di inizio legislatura presa nella seduta della Giunta del 2 luglio 2013, magari solo per astuzia argomentativa, ad esempio enfatizzando i motivi, che pur potrebbero essere adottati, in base ai quali si tratta (come si usa dire nel gergo parlamentare) di "un precedente che non fa precedente". Il precedente si è verificato, ha espresso un punto di vista, è una deliberazione di questa stessa Giunta: insomma, ha un suo peso e la Giunta non può non interrogarsi se esso, alla luce delle argomentazioni della difesa nel presente procedimento ed anche della ricostruzione che lo stesso relatore ha dovuto conseguentemente effettuare, possa essere o meno confermato oppure debba essere interpretato in un determinato modo.

## *C) La normativa essenziale*

Innanzitutto, l'art. 134 Cost. stabilisce che la Corte costituzionale giudica sulle "controversie" relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e

delle Regioni. Poi l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, specifica che la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un "giudizio" e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione.

L'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 fa al riguardo riferimento alle nozioni di "giudizio" (primo comma) e di "autorità giurisdizionale" (secondo comma). Infine, l'art 1 delle Norme integrative per i giudici davanti alla Corte costituzionale del 7 ottobre 2008 prevede l'ordinanza, con cui il "giudice", singolo o collegiale, davanti al quale pende la "causa", promuove il giudizio di legittimità costituzionale.

#### *D) I precedenti parlamentari*

##### 1) Prime legislature

Per il passato risalente può citarsi solo qualche precedente sparuto.

Presso la Camera, nella seduta del 30 gennaio 1964, la Giunta del Senato ha respinto una serie di reclami in tema di collegio unico nazionale, considerando tra l'altro "che l'eventuale rinvio da parte della Camera alla Corte costituzionale dell'art. 83 t.u. n. 361, cit., ai fini del giudizio di costituzionalità, è da escludersi in base ai principi generali sull'autonomia degli organi costituzionali e sulle loro competenze".

Presso il Senato, invece, va ricordata la relazione sulla elezione contestata Amoletti (*Atti Senato*, IV Leg., doc. n. 31, approvato nella seduta del Senato del 10 marzo 1964), nella quale si proponeva l'annullamento della elezione "ritenuta la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla difesa dell'on. Amoletti", in ordine all'art. 19, 3° comma, l. 6 febbraio 1948, n. 29 e agli artt. 48-53 t.u. n. 361, cit. in relazione agli artt. 3, 48, 51 e 57 Cost. (cfr. *Atti parl. Sen.*, 10 marzo 1964, 5406). Approvando le conclusioni della Giunta, il Senato ha implicitamente ritenuto la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale nel procedimento di verifica e ha accolto la opinione che il potere di sollevare la questione spettasse all'Assemblea e non alla Giunta.

Successivamente si registra la assai più cauta (e volta a non prendere posizioni al riguardo) pronuncia della Giunta del Senato di cui alla relazione della Giunta sulla elezione contestata del sen. La Rosa (*Atti Senato.*, V Leg., doc. III, n. 4): "Poiché, come si è detto, la sollevata questione di illegittimità costituzionale è apparsa alla Giunta manifestamente e palesemente infondata nel merito, non appare necessario, neppure in questa sede, affrontare *ex professo* i suddetti problemi: in tal modo tutte le implicate questioni restano impregiudicate, senza costituire, in alcun modo, precedente. Pertanto, ove fosse sollevata in futuro una questione di illegittimità costituzionale che, in astratto, offrisse qualche elemento di fondatezza, in quella occasione la Giunta delle elezioni affronterà *funditus* le varie questioni attinenti alla proponibilità di questioni di legittimità costituzionale nelle varie fasi del procedimento elettorale politico. Le suddette precisazioni sono state fatte principalmente allo scopo di evitare che il silenzio al riguardo potesse far ritenere - anche sulla base del dispositivo adottato dalla Giunta - che siano

pacifiche determinate tesi (circa la natura delle attività svolte dalle Camere in sede di contenzioso elettorale politico), le quali suscitano invece varie perplessità". In senso analogo v. anche la deliberazione della Giunta del Senato di cui alla seduta del 12 giugno 1985.

## 2) Legislature più recenti

Nelle ultime legislature le Giunte delle due Camere hanno assunto posizioni diametralmente opposte, come ricordato dallo stesso Presidente Stefano nella seduta della Giunta del 2 luglio 2013; divergenza che sarebbe stata alla base della proposta iniziale del Presidente, relatore sui ricorsi a carattere nazionale, nel senso di un accantonamento dei ricorsi che invitavano la giunta a sollevare questione di legittimità costituzionale.

In particolare, la Giunta delle elezioni della Camera (v. seduta del 17 giugno 2009) ha escluso tale facoltà per sé e per la stessa Assemblea, che non possono qualificarsi come giudici *a quo*, in quanto sarebbero sprovvisti del requisito della terzietà che solo contraddistingue le autorità giurisdizionali propriamente dette. Inoltre, la Camera potrebbe sempre intervenire sulle disposizioni considerate incostituzionali mediante il concreto esercizio della propria funzione legislativa. In precedenza, nello stesso senso sostanzialmente si era orientata la Giunta delle elezioni della Camera nella seduta del 18 aprile 2002.

Altresì, persino durante il procedimento di contestazione di un'elezione, la Giunta della Camera non ha accolto la richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale avanzata da una delle parti, ribadendo le argomentazioni già esposte, ma con l'ulteriore precisazione che, essendo la Giunta un organo referente, semmai solo l'Assemblea potrebbe sollevarla, in quanto istanza abilitata a rappresentare definitivamente la volontà della Camera nei rapporti con gli altri organi giurisdizionali (v. seduta della Giunta del 20 gennaio 2010: v. *Atti Camera*, XVI Leg., Doc. III, n. 1).

Invece, presso la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato si sono verificati tre precedenti favorevoli: infatti, sono state ritenute ammissibili e poste ai voti, anche se non approvate, proposte di sollevare questioni di legittimità costituzionale (sedute del 21 gennaio 2008 e del 10 luglio 2009), oppure sono state ritenute manifestamente infondate (seduta pubblica del 20 ottobre 2008: v. *Atti Senato*, XVI Leg., Doc. III, n. 1)). Tali precedenti si sono verificati tra l'altro distintamente nelle diverse fasi in cui si articola il procedimento presso la Giunta: fase preliminare di delibazione, fase di esame dopo la costituzione in contraddittorio con le parti di un Comitato inquirente, procedura di contestazione di un'elezione (con seduta pubblica e poi camera di consiglio).

Volendo riflettere innanzitutto sulla genesi politico-parlamentare dei suddetti precedenti favorevoli all'ammissibilità - con l'ottica del resocontista più che del politico - sia consentito rilevare che dalla storia parlamentare consacrata negli atti documentativi del Senato emerge che i precedenti favorevoli a considerare la Giunta un giudice *a quo* appartengono all'impegno politico del centrosinistra.

Infatti, il primo precedente in assoluto (21 gennaio 2008) si deve agli approfondimenti dell'allora relatore per il Piemonte, il senatore Manzione eletto nella lista della Margherita, il quale nella sua relazione affrontò approfonditamente la questione in tutti i suoi risvolti giuridici, compresa la

*querelle* sulla competenza decisoria della Giunta o dell'Assemblea, facendo espressamente notare che comunque la sua proposta per un'eccezione di incostituzionalità veniva formulata dopo lo svolgimento di quella particolare fase in contraddittorio rappresentata dall'attivazione di un Comitato inquirente. Si legge infatti negli atti parlamentari: "Infatti l'articolo 12 del Regolamento camerale ammette le parti all'istruttoria, una volta che essa sia decisa dalla Giunta; analogo obbligo consegue in Senato – ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento di verifica, in caso di mancata decisione del relatore in ordine alla contestazione od alla convalida, con la decisione – che nel caso concreto è stata assunta l'11 ottobre 2006 – di ammettere le parti all'esame degli atti e dei documenti e di costituire un Comitato inquirente per svolgere atti istruttori, funzionali alla decisione della Giunta. I lavori di questo Comitato si sono svolti previa informativa del relativo calendario e contenuto alle parti, che hanno avuto facoltà – ed in taluni casi se ne sono avvalse – di intervenire per iscritto nel procedimento."

La proposta di rimessione del senatore Manzione alla fine venne posta ai voti e respinta, e quindi implicitamente reputata ammissibile, dopo un dibattito molto stringato sul punto. Ed è significativo che il senatore D'Onofrio (non solo all'epoca capogruppo dell'UDC ma anche noto costituzionalista) votò - l'unico insieme al proponente - a favore della non manifesta infondatezza della questione, per ciò stesso riconoscendo per la Giunta la possibilità di una decisione del genere.

Il secondo precedente (20 ottobre 2008) è diverso: la questione matura nell'ambito di una procedura di contestazione di un'elezione (quella del senatore Di Girolamo), viene sollevata dalla difesa di una delle parti nell'udienza pubblica, è ammessa dal Presidente Follini appartenente al Gruppo del PD (che quindi se ne è assunta tutta intera la responsabilità) e discussa nella camera del consiglio della Giunta, che non l'accoglie ritenendola manifestamente infondata.

Ma lo stesso Presidente Follini, nella precedente seduta del 7 ottobre 2008, si soffermò sulla questione dell'ammissibilità, pur senza voler aprire un dibattito sul punto. Dai resoconti parlamentari così risulta:

«Il PRESIDENTE riferisce che nella scorsa seduta da parte del senatore Di Girolamo è stata comunicata l'intenzione di sollevare eccezione di costituzionalità della legge Tremaglia, nella parte in cui prevede l'obbligo di essere elettori e residenti nella ripartizione in cui ci si candida come senatore della circoscrizione Estero; a tale comunicazione ha fatto seguito stamattina una memoria che correda la richiesta con motivazioni.

Va premesso che la verifica dei poteri è qualificata come funzione giurisdizionale, da ultimo, dalla sentenza della Corte di cassazione (sezioni unite civili) 8 aprile 2008, n. 9151. Pertanto, deve darsi risposta risolutamente positiva al quesito – che pure in passato ha registrato conclusioni divergenti tra le due Camere e nelle stesse Giunte – se il Senato sia un "giudice", in sede di esame dei titoli di un suo componente: come rilevato in dottrina (Di Ciolo-Ciaurro, voce *Elezioni-elezioni politiche, contenzioso*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XII, 1989, 21) e dalla stessa Giunta nel 1964 (*Documento n. XXXI della IV legislatura: Relazione sulla elezione contestata nella Regione della Lombardia – senatore Bruno Amoletti*), dal Senato può essere sollevata questione di legittimità costituzionale. Ciò potrà avvenire – d'ufficio o su eccezione di

parte – quando ne ricorrano i presupposti: essi coincidono con quelli vigenti per ogni altro giudizio, cioè la rilevanza ai fini di causa e la non manifesta infondatezza.

Viene poi in rilievo la domanda su quale sia la fase in cui è possibile avanzare, discutere e votare tale questione. In contrario avviso rispetto alla decisione del 21 gennaio 2008, che ammise la votazione già in questa fase (detta di "delibazione"), alla Presidenza non pare che essa sia sufficiente per qualificare la presente fase come "giudizio". Nonostante il fatto che il 15 luglio 2008 la Giunta abbia deliberato una procedura di contraddittorio scritto tra le parti (ai sensi dell'articolo 10 comma 2 del regolamento di verifica), prima di una decisione della Giunta su tale questione – che comporterebbe la sospensione della trattazione del ricorso elettorale fino alla pronuncia della Corte costituzionale – dovrebbe comunque instaurarsi un ben più ampio confronto con la parte ricorrente: il Fantetti sarà pienamente parte della procedura soltanto laddove fosse accolta la proposta dei relatori di tenere l'udienza di contestazione, che prevede la sua presenza al contraddittorio orale.

La Presidenza pertanto giudica più corretto che sulla questione di legittimità costituzionale non si svolga autonomo e separato dibattito rispetto a quello sulla proposta di contestazione avanzata nella scorsa seduta dai correlatori. Chiunque voglia riprendere, tra i vari argomenti sollevati nella relazione, anche il quesito di diritto in ordine all'interpretazione della legge (ed alla sua conformità o meno al parametro di costituzionalità), potrà liberamente farlo nel corso della discussione. Poiché però questa segue una scansione dettata dalle procedure regolamentari, che prevedono che si affronti l'argomento all'ordine del giorno, essa terminerà con il voto sulla proposta avanzata dai relatori.

Non vi sarà, perciò, un voto separato o pregiudiziale sull'eccezione di costituzionalità; essa potrà essere più utilmente affrontata in sede di udienza pubblica, dove potrà essere avanzata dalla parte resistente e riceverà il parere della parte ricorrente, prima di essere portata con le altre questioni in camera di consiglio.

Laddove la Giunta dovesse accoglierla, resta inteso che – conformemente al precedente del 1964 – essa sarà oggetto di relazione all'Assemblea, cui compete il giudizio definitivo in ordine alla verifica dei poteri e, pertanto, sulle questioni incidentali che in tale giudizio dovessero essere avanzate».

Tuttavia, in sede di elezione contestata (*Atti Senato*, XVI Leg., Doc. III, n. 1) la Giunta decise di dichiarare direttamente la manifesta infondatezza senza sottoporre la questione all'Assemblea. Trattandosi di decisione presa in camera di consiglio, non sono rinvenibili atti parlamentari sul punto.

Infine, il terzo precedente (1° luglio 2009) è ancora più illuminante: sempre il Presidente Follini ammette senza nemmeno avviare una riflessione sul punto la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale addirittura nella fase ordinaria iniziale di convalida, definibile "precontenziosa", dopo l'illustrazione di una proposta in tale senso da parte del relatore per la regione Campania, il senatore Mercatali appartenente al Gruppo del PD. Dai resoconti parlamentari di quella seduta risulta:

«Va ricordato infine che l'antica questione della configurabilità della Giunta delle elezioni come giudice *a quo* è stata risolta per la positiva dal Senato, come dimostra l'accurata ed esaustiva disamina reperibile in Senato della Repubblica, XV legislatura, *Giunte e Commissioni*, 21 gennaio 2008, pp. 62-74. Anche la Presidenza della Giunta nell'attuale legislatura, il 7 ottobre 2008, ritenne che "la verifica dei poteri è qualificata come funzione giurisdizionale, da ultimo, dalla sentenza della Corte di cassazione (sezioni unite civili) 8 aprile 2008, n. 9151. Pertanto, deve darsi risposta risolutamente positiva al quesito – che pure in passato ha registrato conclusioni divergenti tra le due Camere e nelle stesse Giunte – se il Senato sia un *giudice*, in sede di esame dei titoli di un suo componente". Come rilevato in dottrina e dalla stessa Giunta nel 1964 "dal Senato può essere sollevata questione di legittimità costituzionale. Ciò potrà avvenire – d'ufficio o su eccezione di parte – quando ne ricorrano i presupposti: essi coincidono con quelli vigenti per ogni altro giudizio, cioè la rilevanza ai fini di causa e la non manifesta infondatezza".

Nel caso che qui occupa la Giunta, il senatore Fasano ha conosciuto l'intero tenore del ricorso Scotti – compresa l'eccezione subordinata di costituzionalità – e su tutto questo ricorso ha avuto modo di controdedurre, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Regolamento parlamentare per la verifica dei poteri, nelle note scritte depositate alla Giunta in data 24 giugno 2008.

Va risolta pertanto per la positiva la questione della configurabilità della Giunta come giudice *a quo*, il che tra l'altro è l'unico modo di dare corso alla previsione della la Corte costituzionale nella sentenza n. 16 del 2008, quando – rilevati "*gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi*" – ha dichiarato che "*ogni ulteriore considerazione deve seguire le vie normali di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi*"».

Sempre dai resoconti parlamentari si evincono interventi favorevoli alla proposta di ordinanza di rimessione da parte di senatori dei senatori Legnini e Casson, il quale in particolare reputò giustificato un approfondimento che, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, competeva alla Giunta e non poteva essere compresso per una questione di schieramenti politici. Qualche perplessità invece venne espressa dal senatore Saro. In una seduta precedente (20 maggio 2009) si era espresso a favore dell'incidente di costituzionalità anche in quella fase iniziale lo stesso allora capogruppo del Pd in Giunta senatore Sanna.

L'ordinanza - evidentemente reputata ammissibile direttamente dal Presidente Follini, visto che non risulta né un approfondito dibattito sul punto né un voto sulla ricevibilità - è stata poi posta ai voti e respinta.

Infine, la ormai famosa seduta del 2 luglio 2013. Innanzitutto, va dato atto della correttezza del Presidente Stefano, che ha subito edotto la Giunta sui precedenti difforni sul punto fra Camera e Senato, proponendo un "saggio" accantonamento dell'esame dei due ricorsi generali richiedenti l'incidente di costituzionalità sulla legge elettorale, anche perché analoga questione era già pendente per altra via presso la Corte costituzionale, lasciando impregiudicate le varie e complesse problematiche attinenti alla proponibilità di questioni di legittimità costituzionale nelle varie fasi del procedimento di verifica dei poteri.

La Giunta andò di diverso avviso e decise di respingere direttamente i ricorsi con due motivazioni. La prima si deve in particolare ad un intervento del senatore Pagliari, secondo il quale i due ricorsi in questione non avrebbero dovuto considerarsi ammissibili, in quanto surrettiziamente volti a dar vita ad un'impugnazione diretta per motivi di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, la quale, come è noto, non è prevista nell'ordinamento italiano. La seconda si deve invece soprattutto alla presa di posizione del senatore Caliendo, il quale - dopo un intervento iniziale del senatore Boemi, che non aveva fatto obiezioni sulla proposta del Presidente - invece affermò di non ritenere del tutto incontrovertibile che la Giunta potesse sollevare questioni di legittimità costituzionale, dando così inizio ad un improvvisato dibattito che si concluse con la reiezione dei due ricorsi anche con una seconda motivazione, legata al non ritenere proponibile una questione di legittimità costituzionale in questa fase del procedimento di verifica dei poteri.

La decisione della Giunta fu adottata a maggioranza, con la *dissenting opinion* degli esponenti del Gruppo del Movimento 5 Stelle, i quali invece erano favorevoli a sollevare la richiesta questione di legittimità costituzionale. Il relatore invita ora a riflettere sull'intervento del senatore Giarrusso, il quale - anche in generale per non addivenire ad una sorta di autolimitazione dell'organo - faceva notare come semmai sarebbe stata la Corte costituzionale a dover stabilire l'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale proveniente dalla Giunta per inidoneità del giudice *a quo*, anziché la Giunta stessa.

Il relatore stesso non ha difficoltà a ricordare di aver votato a favore di quella decisione, ma più che altro per motivi procedurali, come si evince dagli stessi resoconti parlamentari. In particolare, aveva fatto presente che, per il principio di non contraddizione, qualora si fosse deciso di rinviare ogni decisione sui ricorsi a livello nazionale, evidentemente non si sarebbe potuto procedere alla verifica dei risultati elettorali delle singole regioni.

Tuttavia, il senso di questo precedente non va enfatizzato in un senso o nell'altro, tanto più che i Gruppi politici potrebbero ora giocare a parti invertite. Si trattò di una decisione indubbiamente affrettata, dettata anche dalla preoccupazione, espressa in particolare dalla senatrice Lo Moro, sulle possibili implicazioni politiche di una decisione di accantonamento, che avrebbe potuto ingenerare "aspettative" nei ricorrenti.

Pertanto la Giunta preferì respingere direttamente i ricorsi, con le ricordate due motivazioni, che in particolare - ricorda il relatore - il senatore Cucca suggerì in un intervento informale di porre entrambe a fondamento della reiezione. Ma fu una decisione - il relatore invita i componenti della Giunta di tutti gli schieramenti a riconoscerlo con lealtà - assunta senza i dovuti approfondimenti, quasi in "emergenza" procedurale per passare rapidamente al corposo secondo punto all'ordine del giorno di quella seduta, che riguardava la convalida dei risultati elettorali di ben 10 Regioni. Comunque, tale precedente si è verificato e resta tale e quindi va doverosamente valutato come elemento in controtendenza rispetto ad una prassi affermativa che si stava consolidando nelle ultime due legislature presso la Giunta del Senato.

Ma anche il relatore, al di là delle sue personali convinzioni, ha il dovere di far presente con lealtà che anche i due precedenti della XVI legislatura sembrano essersi affermati senza una approfondita ed impegnativa riflessione preliminare e specifica sull'ammissibilità di questioni di

legittimità costituzionale, ma forse perché ormai la si reputava risolta dal primo precedente “apripista” della XV legislatura, verificatosi dopo un’ampia relazione sul punto del relatore Manzione, alla quale lo stesso relatore Mercatali del resto si è rimesso nell’altro precedente della seduta del 1° luglio 2009.

Ma a ben analizzare i tre precedenti favorevoli si evince che si sono verificati in tre fasi procedurali diverse: deliberazione iniziale (1° luglio 2009), evidentemente reputando sufficienti la prescrizioni di cui all' 8, comma 2, del Regolamento per la verifica dei poteri sulla presa visione dei ricorsi da parte dei senatori interessati e sulla facoltà di controdeduzione; dopo lo svolgimento dei lavori in contraddittorio di un Comitato inquirente, che interloquisce con le parti (21 gennaio 2008): durante una procedura di contestazione di un’elezione, che ha di per sé spiccate caratteristiche giurisdizionali (20 ottobre 2008). Si tratta – così come esposti – di tre precedenti intervenuti in fasi che si potrebbero definire ad “intensità crescente” nello sviluppo del contraddittorio: più tenue, ma sussistente, all’inizio, dal momento che l’esame dei risultati in Giunta comincia dopo l’invio della comunicazione all’interessato della presentazione di un ricorso avverso la sua elezione, con la facoltà di prenderne visione e di presentare osservazioni scritte in controdeduzione (art. 8, comma 2, del regolamento per la verifica dei poteri). Più incisivo ancora dopo l’attivazione di un Comitato inquirente, il quale interloquisce con le parti in via contraddittoria. Infine, durante la procedura di contestazione dell’elezione, che ha caratteristiche spiccatamente para-giurisdizionali (termini a difesa, udienza pubblica, principi della concentrazione processuale e del contraddittorio, presenza degli avvocati, camera di consiglio, alla partecipano solo i senatori presenti sin dall’inizio della seduta pubblica).

#### *E) La dottrina (spunti)*

Il relatore reputa quanto mai opportuno tentare di inserire la questione specifica della idoneità o meno della Giunta a sollevare questioni di legittimità costituzionale nell’ambito della problematica più generale concernente l’origine giudiziaria della questione incidentale, alla luce del contributo della migliore dottrina. Particolarmente illuminanti sono le considerazioni contenute nel noto manuale di Gustavo Zagrebelski e di Valeria Marcenò: “Giustizia costituzionale”, edito da Il Mulino nel 2012. Con evidente significatività viene sintetizzata quella “filosofia” del costituzionalismo moderno che a suo avviso dovrebbe ispirare la Giunta nella valutazione della questione. Si richiama l’attenzione sulla cosiddetta “zona grigia”, riguardante i casi in cui “possono mancare o essere attenuati alcuni dei caratteri normali della giurisdizione a pieno titolo: per esempio la terzietà dell’organo...; la stabilità della decisione, che non sempre coincide con l’efficacia tipica del giudicato; la dipendenza esclusiva dalla legge e la totale indipendenza da altre istanze pubbliche, il carattere pienamente contenzioso del procedimento, l’impulso di parte...”.

Ma gli autori suggeriscono che in tali casi la giurisdizionalità sia riconosciuta “ai limitati fini della proposizione della questione incidentale, senza pregiudizio di diversa qualificazione ad altri fini”, allo scopo di coprire nella misura più larga possibile l’insieme dell’ordinamento giuridico senza “zone franche”. Ma soprattutto: “nessuna pronuncia su posizioni soggettive dei singoli, specialmente se si tratta di pronunce idonee a divenire irrimediabili, cioè ad assumere un’efficacia definitiva, analoga a quella del *giudicato*, può venire da organi cui non spetti la legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità sulle leggi da applicare”. Come noto,

uno degli autori del testo è un *ex* Presidente della Corte costituzionale e quindi è quanto mai rilevante che in un suo testo sia indicata questa tendenza che l'ordinamento giuridico nel suo complesso - al fine di essere, per così dire, costituzionalmente conforme - deve avere in modo spiccato.

L'opinione specifica della dottrina sul carattere giurisdizionale o meno dei procedimenti di verifica elettorale alla Giunta delle elezioni è discorde, anche se può evincersi una certa prevalenza di un giudizio positivo (Mortati, Virga, Manzella, Elia, Chieppa, Di Ciolo, Oddi), mentre in senso contrario possono citarsi Buzzelli, Pierandrei, Lippolis e Romboli. Risalente opinione di Mazziotti (1959), ma a giudizio del relatore non solo ancora plausibile ma forse corroborata anche dalla concreta esperienza parlamentare, era nel senso che l'Assemblea decide secondo criteri prevalentemente politici e la Giunta invece secondo criteri prevalentemente giurisdizionali. Opinioni difformi sono state espresse anche riguardo al problema specifico dell'organo in ipotesi abilitato a sollevare questioni di legittimità costituzionale: eventualmente solo l'Assemblea (De Cesare), eventualmente solo la Giunta durante un procedimento di contestazione dell'elezione (Di Ciolo - Ciaurro), eventualmente la Giunta o l'Assemblea (Tosi), mentre va ricordata l'opinione possibilista di Leopoldo Elia, specie sulla base dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul giudice istruttore, relativamente alla Giunta anche in fase precontenziosa: "sicché si dovrebbe ritenere che se una questione di legittimità costituzionale risulti rilevante rispetto ad una decisione spettante alla Giunta nella esplicazione dei suoi poteri istruttori (valutazione della validità delle schede, modo di calcolare gli elettori iscritti, ecc.), essa dovrebbe ritenersi legittimata a sollevare la questione".

Può inoltre ricordarsi che, durante il recente dibattito estivo sulla problematica, una parte della dottrina ha espresso un'opinione favorevole: i professori Onida (che a dire il vero aveva espresso analoga posizione anche nel 2009), Baldassarre, Capotosti - e si tratta di tre Presidenti emeriti della Corte costituzionale - e lo stesso Manzella. Hanno invece espresso un contrario avviso i professori Pace, Azzariti e De Siervo. A livello giornalistico, per l'autorevolezza del suo autore, va citata l'opinione di Eugenio Scalfari, che in un rapporto dialettico con il professore Capotosti alla fine così ha concluso: "Io non metto in discussione il fatto che la Giunta per le elezioni e l'Aula del Senato possano svolgere occasionalmente funzioni giurisdizionali e siano quindi abilitati a sollevare questioni di legittimità costituzionale alla Consulta". Infine, sono sin troppo note le prese di posizione a favore della possibilità di ricorrere alla Corte, espresse da Luciano Violante, che non possono non avere un peso trattandosi non solo di un *ex* magistrato e professore ordinario di diritto penale, ma anche di un *ex* presidente della Camera dei deputati e della Commissione affari costituzionali della Camera.

#### *F) La natura giurisdizionale (elementi)*

Sul punto come noto l'opinione della dottrina è tradizionalmente diversificata, con argomentazioni e controargomentazioni di una certa complessità, per cui il relatore in punto di teoria si limita a richiamare le funzioni di autodichia giustiziale che appaiono evidentemente svolte dalle Camere, per cui non a caso la Corte di Cassazione ha da sempre affermato che le controversie sui titoli di ammissione dei loro componenti sono riservate in via esclusiva alle Camere ai sensi dell'art. 66 Cost., per cui "resta precluso ogni sindacato, alternativo, concorrente

o successivo, di qualsiasi autorità giudiziaria" (v. *ex pluribus* SS.UU. civ., sentenza n. 5135 del 1997).

Ma soprattutto vanno richiamate le pronunce della Corte costituzionale (v. il secondo "considerato" dell'ordinanza n. 117 del 2006) e della Corte di Cassazione (v. Sez. Un. civ., sentenze nn. 9151, 9152 e 9153 del 2008) circa la giurisdizionalità delle funzioni svolte dalle Assemblee e dai loro organi istruttori in materia di verifica dei poteri.

In particolare, la Corte costituzionale - fra le argomentazioni della predetta ordinanza - ha rilevato che "la definitiva dichiarazione di volontà, declinatoria della sua *giurisdizione*, è stata emessa dalla Camera dei Deputati (*Giunta per le elezioni*) quale organo avente natura *giurisdizionale*". Mentre la Corte di Cassazione, nelle citate sentenze "gemelle", ha richiamato la "*natura giurisdizionale* delle funzioni di autodichia svolta in proposito dalle Camere del Parlamento attraverso *propri organi*" (il corsivo è stato inserito ora, *ndr*).

Più in generale, la stessa Corte costituzionale (sentenza 19 ottobre 2009, n. 259) ha affermato che "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., è pacificamente riconosciuta, nelle ipotesi di contestazioni, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, *quale unica eccezione al sistema generale di tutela giurisdizionale in materia di elezioni* (sentenza n. 113 del 1993)".

Infine, non sembri semplicistico voler valorizzare appieno le formulazioni letterali della stessa Costituzione, quale primo elemento esegetico dell'intento originalistico sotteso alle diverse disposizioni costituzionali: In quest'ottica si fa notare che il sintagma dell'art. 66 Cost. stabilisce che "ciascuna Camera *giudica* dei titoli di ammissione dei propri componenti,,," laddove il predicato verbale utilizzato - a differenza di altre possibili espressioni alternative (come *controlla*, *verifica* o *analizza*) - non può non avere ripercussioni sull'individuazione stessa della natura delle funzioni (per l'appunto, *giurisdizionali*) svolte dalle Camere in materia elettorale. E la lettera formale dell'art. 66 Cost. in questo caso coinciderebbe poi con la natura sostanziale delle funzioni (come a suo tempo riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale per le analoghe funzioni svolte dai consigli comunali e provinciali, i quali potevano perciò sollevare questione di legittimità costituzionale in sede di contenzioso elettorale: v. sentenze nn. 42, 43 e 44 del 1961, nonché n. 52 del 1962).

Infine, può anche citarsi un significativo precedente parlamentare in un particolare ambito. A seguito della sentenza della Corte costituzionale 21 ottobre 2011, n. 277, sulla trasformazione delle cause sopraggiunte di ineleggibilità in incompatibilità la Giunta del Senato (v. seduta del 21 dicembre 2011) ha operato una distinzione, nel senso di non ritenere applicabili gli effetti della sentenza anche alla situazione di due senatori sindaci di comuni superiori ai ventimila abitanti, sulla cui compatibilità la Giunta in precedenza si era già pronunciata definitivamente, sulla base del principio generale per cui gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte non si estendono ai rapporti già definiti con pronunce definitive di organi giurisdizionali (e la Giunta si è espressamente ritenuta tale alla stregua delle citate sentenze nn. 9151, 9152 e 9153 del 2008 della Corte di Cassazione, Sez. Un. civ. e dell'ordinanza della Corte cost. n. 117 del 2006). Invece, a dire il vero la Giunta delle elezioni della Camera non ha operato tale distinzione,

sancendo l'incompatibilità per tutte le fattispecie (anche quelle già definite) di deputati rivestenti la carica di sindaco di comune superiore ai ventimila abitanti (v. seduta del 14 dicembre 2011) e quindi non effettuando un ragionamento analogo.

Infine, va ricordata la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (28 aprile 2009 – Ricorsi nn. 17214/05, 20329/05, 42113/04 – Savino ed altri c. Italia), la quale ha affermato, in riferimento all'art. 6 CEDU, la natura giurisdizionale degli organi di autodichia della Camera, come noto composti esclusivamente da deputati. In particolare, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che "il mero fatto che i membri dei due organi giurisdizionali della Camera dei deputati siano scelti tra i deputati membri della Camera non può far dubitare dell'indipendenza di questi organi giurisdizionali". Ed anche questa è una pronuncia che può avere un peso specifico ai nostri fini.

### *G) La giurisprudenza costituzionale*

La stessa storia della giurisprudenza costituzionale circa la legittimazione del giudice *a quo* risponde alla precitata "filosofia" di fondo del costituzionalismo moderno. In genere viene citata, innanzitutto, la sentenza n. 129 del 1957, in cui si afferma che le formule usate dalla legge ("giudice", "giudizio", "causa") sono adoperate in maniera generica e con vario significato, tra l'altro con una affermazione forse decisiva ai nostri fini: "se è vero che il nostro ordinamento ha condizionato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale all'esistenza di un procedimento o di un giudizio, è vero altresì che un preminente interesse alla certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e di processi (categorie del resto dai confini sovente incerti e contestati) si traggano conseguenze così gravi", vale a dire la mancata possibilità di sollevare questioni incidentali di costituzionalità.

In genere viene altresì citata, a proposito di letture estensive del primo comma dell'articolo 23 della legge n. 87 del 1953, la sentenza n. 83 del 1966, nella quale è stata ipotizzata, benché in casi limitati, la sufficienza del requisito giurisdizionale in senso soggettivo, oppure di quello in senso oggettivo, ai fini della proponibilità della questione incidentale, senza quindi la necessaria compresenza di entrambi i predetti requisiti.

Vi è poi un terzo filone giurisprudenziale che può essere illuminante, con riferimento alla sentenza n. 226 del 1976, che ha ammesso l'incidente di costituzionalità sollevato dalla Corte dei Conti in sede di controllo preventivo di legittimità degli atti del Governo. Da un lato, tale attività di controllo è "sotto molteplici aspetti analoga alla funzione giurisdizionale" e, dall'altro lato, la legittimazione della Corte dei Conti in tale sede è stata giustificata "anche con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che... più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte". Si tratta di argomentazioni che, per analogia, ben potrebbero apparire calzanti anche con riferimento alla Giunta e all'attività da essa svolta, nonché alle leggi che è chiamata ad applicare.

È per l'appunto sulla base di tale orientamento che la Corte ha riconosciuto, ad esempio, la legittimazione del giudice tutelare (sentenze n. 464 del 1997 e n. 440 del 2009); del giudice dell'esecuzione immobiliare esattoriale (sentenza n. 83 del 1966); del giudice dell'esecuzione penale (sentenze n. 29 del 1962, n. 69 del 1964 e n. 23 del 1968); del giudice di sorveglianza (sentenze n. 72 del 1968, n. 53 del 1968 e n. 212 del 1997); del tribunale nel corso del

procedimento per il ricovero dell'alienato (sentenza n. 74 del 1968); della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (sentenza n. 12 del 1971); dei commissari regionali per la liquidazione degli usi civici (sentenza n. 78 del 1971); della Commissione dei ricorsi in materia di brevetti e marchi (sentenza n. 37 del 1957); dei Consigli comunali in sede di contenzioso elettorale (sentenza n. 44 del 1961); dei Comandanti di porto (sentenza n. 41 del 1960); dei Consigli di prefettura (sentenza n. 17 del 1965); del Consiglio della Magistratura militare in sede disciplinare (sentenza n. 116 del 2000); del Consiglio nazionale dei ragionieri e periti commerciali e, in genere, dei Collegi e Consigli nazionali degli ordini professionali (ordinanze n. 103 del 2000 e 387 del 1995).

Anche la questione della mancanza di effettivi poteri decisori definitivi in capo alla Giunta, o comunque della cosiddetta "sovranità del *plenum* assembleare", quale causa di preclusione alla possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale, va ridimensionata nei suoi esatti contenuti. Occorre infatti "contestualizzare" le pur citatissime sentenze della Corte costituzionali escludenti, oltre che considerare nel suo complesso la giurisprudenza costituzionale. Ad esempio, la Consulta (sin dalla sentenza 12 dicembre 1957, n. 129) ha ammesso tale possibilità nei procedimenti di omologazione camerale, ricompresi nella categoria della giurisdizione volontaria, non dubitando che "che l'attività del giudice sia, in questo caso, giurisdizionale, anche se manchi la lite e non vi sia contraddittorio fra le parti" e ancorché - aggiunge il relatore - i relativi provvedimenti possano in ogni tempo essere modificati o revocati. Oppure, persino modificando un suo precedente orientamento (sentenza n. 44 del 1988), ha espresso un giudizio di ammissibilità per la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (sentenza n. 12 del 1971), che pure è configurabile come una parte del *plenum*.

Ai fini della "decisorietà" delle pronunce della Giunta, sotto il profilo più squisitamente gius-parlamentaristico innanzitutto si fa presente che per prassi consolidata al Senato (v. da ultimo seduta della Giunta del 26 giugno 2013) e per prescrizione regolamentare alla Camera (v. art. 2, comma 1, del regolamento per la verifica dei poteri del 1998) il numero legale richiesto per le sedute di Giunta dedicate alla verifica dei poteri è quello della maggioranza assoluta dei componenti, vale a dire il *quorum* richiesto dal Regolamento generale (art. 30) per le sedi deliberanti e non meramente referenti, "data la natura virtualmente deliberativa delle pronunce della Giunta" (come specificato dallo stesso Presidente della Giunta nella citata seduta). Lo stesso art. 11, comma 2, del Regolamento per la verifica dei poteri prevede che (non le proposte di convalida ma) "le deliberazioni di convalida sono immediatamente comunicate al Presidente del Senato, ad ulteriore conferma delle funzioni virtualmente decisorie e definitive della Giunta in tale ambito. Tale "virtualità" è stata ulteriormente rafforzata con l'introduzione (nella seduta del Senato del 23 gennaio 1993) dello stesso art. 135-ter del Regolamento del Senato, che ha connotato le proposte della Giunta (addirittura anche quelle di decadenza) di "una resistenza passiva particolarmente rafforzata", visto che l'Assemblea ne prende meramente atto, salvo ordine del giorno in dissenso (che deve essere motivato, presentato prima della fine della discussione generale e sottoscritto dal *quorum* elevato di venti senatori).

Pertanto: nell'ordinamento parlamentare numero legale, deliberazioni ordinarie della Giunta di convalida delle elezioni meramente "comunicate" al Presidente del Senato ai fini dell'annuncio in Assemblea, deliberazioni della Giunta (di convalida o di decadenza) a seguito di procedura di

contestazione potenzialmente definitive (in quanto su di esse si vota in Assemblea solo su richiesta qualificata e motivata), ad avviso del relatore, sono elementi più che sintomatici sulle funzioni non meramente istruttorie e referenti della Giunta.

Ma è significativa anche da un altro punto di vista la precitata sentenza n. 12 del 1971 sulla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, la quale - quanto alla composizione - è formata da magistrati eletti dalle categorie e da membri nominati dalle Camere. Nel sistema che regola il procedimento incidentale di legittimità costituzionale, il P.M. può, come ciascuna parte, sollevare la questione di legittimità costituzionale, ma spetta all'autorità giurisdizionale davanti a cui pende il giudizio disporre la trasmissione degli atti a questa Corte". E quindi: "Il P.M., in quanto non ha potere di emettere provvedimenti decisori, non può sostituirsi alla detta autorità in quelle valutazioni, e non è, conseguentemente, legittimato a promuovere il giudizio di legittimità costituzionale davanti a questa Corte". Pertanto non appare affatto pertinente la prospettata analogia escludente, in quanto la Giunta non è una parte nel procedimento che non può come tale emettere provvedimenti decisori.

Altresì: qualche altro autore, sempre a confutazione, ha citato l'ordinanza n. 334 del 2008 (sul famoso "caso Englaro"), in cui la Corte fece presente che "d'altra parte, il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti". Ma innanzitutto si trattava di un conflitto di attribuzioni e non di un incidente di costituzionalità, i cui oggetti sono evidentemente differenti. Comunque sia, in quel caso sia la Camera che il Senato erano parti nello stesso conflitto di attribuzioni, ma tale argomentazione non può certo valere nei riguardi del solo Senato che affronta ora la questione dell'incandidabilità sopravvenuto, perché un ramo del Parlamento non può "unilateralmente" modificare la disposizione sospettata di incostituzionalità, occorrendo il consenso dell'altra Camera.

Più complessa è invece l'analisi della ormai copiosa giurisprudenza costituzionale relativa al giudice istruttore civile, nella quale può riscontrarsi un'evoluzione dall'iniziale atteggiamento di chiusura circa l'ammissibilità (sentenze n. 109 del 1962 e n. 44 del 1963) ad un atteggiamento parzialmente favorevole nei casi in cui vengano esercitati poteri decisori, come ad esempio in ordine al provvedimento di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo (primo caso di ammissione: sentenza n. 62 del 1966; e poi conformemente sentenze n. 45 del 1969, n. 88 del 1970, n. 183 del 1972 e *passim*). A parte che risulta ardua una perfetta analogia fra le funzioni del giudice istruttorie civile e la Giunta, anche con riferimento al rapporto con l'Assemblea (visto che ad esempio per qualsiasi adempimento istruttorio la Giunta non dipende dal *plenum*), il relatore comunque prende atto di questo indirizzo della Consulta, il cui valore però va relativizzato, come forse emergerebbe in modo più evidente qualora si analizzasse il dettaglio dei contenuti. Ad esempio, la stessa citatissima (a confutazione) sentenza della Corte costituzionale n. 1104 del 1988 era riferita "alla decisione relativa all'ammissione di determinati mezzi (prova testimoniale e consulenza tecnica)... e per tali incumbenti non spetta, peraltro, al giudice istruttore la competenza a emettere provvedimenti di carattere definitivo, che la legge ha riservato al collegio chiamato a pronunciarsi sul merito della causa". Ma evidentemente si tratta di procedimenti specifici sull'assunzione di mezzi istruttori, per le quali non è possibile effettuare

alcuna analogia con le procedure parlamentari, che semmai condurrebbero alla conclusione opposta.

#### *H) Conclusioni*

Il relatore ha effettuato un faticoso sforzo ricostruttivo al fine di mettere a disposizione dei membri della Giunta una documentazione il più possibile esaustiva; sforzo effettuato con lealtà citando anche i precedenti e gli interventi non funzionali alla tesi da lui prospettata, che è nel senso dell'ammissibilità della possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale, ovviamente ricorrendone i presupposti di rilevanza e di non manifesta infondatezza.

A tale conclusione il relatore è pervenuto non tanto e non solo sulla base dei precedenti prevalenti, considerati anche nella loro evoluzione, presso la Giunta del Senato, ma soprattutto alla luce della (già citata) ordinanza della Corte costituzionale 23 marzo 2006, n. 117, che - nel dichiarare irricevibile un ricorso per conflitto di attribuzioni, in quanto non compete alla Corte risolvere conflitti negativi o positivi di giurisdizione - ha affermato che in merito alle controversie sui procedimenti elettorali c.d. preparatori «la "definitiva dichiarazione di volontà", declinatoria della sua giurisdizione, è stata emessa dalla Camera dei Deputati (Giunta per le elezioni) quale organo avente natura giurisdizionale, ed altrettanto deve dirsi, evidentemente, di quella espressa dal Giudice amministrativo» (la pronuncia in questione era del Consiglio di Stato). E non si tratta di un *obiter dicta*, bensì di uno degli elementi fondanti della motivazione della disposta irricevibilità.

Questa pronuncia - al di là degli ondivaghi precedenti parlamentari e della discorde opinione della dottrina - ad avviso del relatore rappresenta un "punto di non ritorno", nel senso che la Corte ha fatto riferimento ad un conflitto negativo di giurisdizione ed alla Giunta delle elezioni quale organo abilitato ad esprimere la "definitiva dichiarazione di volontà" della Camera dei deputati declinatoria della sua "giurisdizione". E le decisioni declaratorie di giurisdizione sulle controversie relative ai precedenti elettorali preparatori sono state sempre prese dalle Giunte dei due rami del Parlamento nella fase iniziale di delibazione dei ricorsi.

Proprio per questo il relatore è dell'avviso che anche nella fase iniziale di delibazione dei ricorsi, contraddistinta da un embrionale contraddittorio, sia ammissibile una pregiudiziale di incostituzionalità, come del resto suffragato dal "precedente Mercatali" della scorsa legislatura che ha ben argomentato sul punto e ha "chiuso il cerchio" di una prassi facultizzante affermata nelle ultime due legislature. Tra l'altro nell'ordinamento parlamentare i precedenti espansivi dovrebbero avere un peso specifico maggiore dei precedenti restrittivi, tanto più se questi ultimi non sono del tutto ponderati e consapevoli (quale quello del 2 luglio 2009), come invece dovrebbero esserlo in quanto limitativi di facoltà che già si erano affermate.

Ma data la complessità della problematica ed in considerazione del "fresco" precedente di questa legislatura, il relatore ritiene doveroso proporre che sia la Giunta a pronunciarsi preliminarmente e *fonditus* sulla ammissibilità o meno di un ricorso alla Corte costituzionale per sollevare una questione incidentale di legittimità costituzionale.

SEGUITO DELLA RELAZIONE SULLA VERIFICA DELLE ELEZIONI NELLA  
REGIONE MOLISE (2)  
(rel. Sen. Augello)

DECADENZA DEL SENATORE BERLUSCONI A SEGUITO DI  
INCANDIDABILITA' SOPRAVVENUTA

2 . Proposta di sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale davanti  
alla Corte costituzionale

A) *Fatto*

Come noto, in data 2 agosto 2013 la Procura generale della Corte di Appello di Milano ha inviato al Presidente del Senato l'estratto della sentenza di condanna nei riguardi del senatore Berlusconi – emessa dal tribunale ordinario di Milano in data 26 ottobre 2012 e diventata definitiva il 1° agosto 2013 – alla pena di quattro anni di reclusione con riferimento al reato di frode fiscale, di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, con riferimento a fatti svoltisi fino al 26 ottobre 2004 (come specificato in sentenza). A sua volta il Presidente del Senato ha in pari data trasmesso tale documentazione al Presidente della Giunta, che ne ha subito informato il relatore per la regione Molise.

In particolare, la Corte di Cassazione, sezione feriale, ha pronunciato il 1° agosto 2013, con la sola lettura del dispositivo, una sentenza nei riguardi del senatore Berlusconi, con cui è stata annullata la sentenza impugnata limitatamente alla statuizione concernente la condanna alla pena accessoria dell'interdizione temporanea per anni cinque dai pubblici uffici (per violazione dell'art. 12, comma due, del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74) ed è stata disposta la trasmissione degli atti ad altra sezione della Corte di appello di Milano ai fini della rideterminazione della pena accessoria nei limiti temporali previsti dal citato articolo 12, ai sensi dell'articolo 133 del codice penale, mentre rigettava nel resto il ricorso in Cassazione del senatore Berlusconi nei cui riguardi dichiarava irrevocabili tutte le altre parti della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 64, comma 2, del codice di procedura penale.

In data 7 agosto, il Presidente del Senato ha trasmesso al Presidente della Giunta copia dei testi integrali della citata sentenza del tribunale di Milano n. 10956 del 26 ottobre 2012 e della sentenza della Corte d'Appello n. 3232 del 23 maggio 2013 (comunicata dalla cancelleria della Corte di Cassazione), il cui invio era stato sollecitato dal relatore in quanto considerato più conforme al dettato dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012 – che stabilisce al riguardo “la comunicazione

delle sentenze”, e non del mero estratto o del dispositivo – e più funzionale alla completezza dell'esame parlamentare.

Successivamente, il 28 agosto 2013, il senatore Berlusconi ha depositato la propria documentazione difensiva, entro il termine di venti giorni assegnatogli dalla Giunta stessa nella seduta del 7 agosto 2013 – in cui si è avuto un “celere avvio” del procedimento sull'incandidabilità sopravvenuta - in applicazione analogica e garantistica dell'art. 8 del Regolamento per la verifica dei poteri. In particolare, il senatore Berlusconi nella sua missiva ha preannunciato l'intenzione di presentare un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo sulla vicenda in esame, con riferimento all'art. 7 della CEDU, rinviando ai contenuti di sei pareri *pro veritate* che venivano depositati, tre dei quali redatti da esperti in materie penalistiche (i professori Pansini, Spragnher e Marandola e tre da esperti in diritto costituzionale (Guzzetta, Nania e - insieme - Caravita di Toritto, De Vergottini e Zanon).

In data 29 agosto 2013 si è avuta notizia del deposito del testo integrale della sentenza della Corte di Cassazione decisa il 1° agosto, di cui il relatore - ai sensi dell'art. 10, comma 4, del Regolamento per la verifica dei poteri - ha immediatamente chiesto l'acquisizione al Presidente della Giunta per il tramite del Presidente del Senato, che poi ha trasmesso formalmente la sentenza il 3 settembre 2013.

Infine, il 7 settembre, come preannunciato, il senatore Berlusconi ha fatto pervenire copia del testo del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 7 della CEDU.

Nella nota del Presidente della Repubblica del 13 agosto 2013 significativamente, proprio in relazione a questo caso, si afferma che “di qualsiasi sentenza definitiva e del conseguente obbligo di applicarla, non può che prendersi atto”. E proprio con questo spirito il relatore ha svolto il proprio compito, con scrupolo allo scopo di garantire un'applicazione – “secondo diritto”, se è consentita una locuzione forse un po' *retrò* – che doverosamente tenga conto di tutti i risvolti giuridici implicati in una fattispecie così complessa, la cui rilevanza (non solo politica ma nell'ottica del relatore soprattutto) giuridica è vieppiù esaltata dal rappresentare il primo precedente parlamentare applicativo della misura della decadenza per incandidabilità sopravvenuta, e quindi destinato “a fare scuola”.

Lo stesso segretario del PD Guglielmo Epifani, pur nella fermezza del suo convincimento circa la conseguenza della decadenza a seguito della definitività della sentenza in questione, tuttavia ha più volte ribadito la necessità di non conculcare i diritti della difesa del senatore Berlusconi (v. anche l'intervista al TG3 delle ore 19

del 29 agosto 2013), affermando significativamente : " La Giunta del Senato si riunirà e valuterà le ragioni della difesa, come è giusto che sia, e poi deciderà (v. "Il Tempo" del 30 agosto 2013).

### B) *Diritto*

La Procura competente, nella nota di trasmissione della documentazione di cui sopra, ha fatto esplicito riferimento agli articoli 1 e 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, in materia di incandidabilità e di incandidabilità sopravvenuta. Al riguardo, effettivamente il citato articolo in materia di frode fiscale stabilisce quale pena edittale massima la reclusione fino a sei anni. Pertanto, essendo stato il senatore Berlusconi condannato alla pena della reclusione di quattro anni (di cui tre condonati in applicazione dell'indulto di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 2006) per tale reato, si pone il problema dell'eventuale applicabilità dell'istituto della decadenza per incandidabilità sopravvenuta per il combinato disposto dei citati articoli 1 e 3 del decreto n. 235 del 2012, che rendono rilevanti le "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".

La fattispecie si caratterizza per un'evidente delicatezza, non solo per i risvolti politici che vi sono connessi – che certamente non debbono influenzare il relatore in questa sede – ma soprattutto per la sua assoluta novità, trattandosi della prima applicazione in Parlamento del nuovo istituto dell'incandidabilità. Il relatore ha quindi ritenuto doveroso approfondire *sine ira et studio* la materia in tutti i suoi risvolti giuridici, ed in tal senso rivolge un invito a tutti i membri della Giunta, nella consapevolezza che nell'ordinamento parlamentare il "primo" precedente fa in ogni caso "molto" precedente, per cui occorre prestare la massima attenzione nell'esaminare la fattispecie odierna, senza far prevalere la logica della convenienza politica dell'immediato e con la doverosa consapevolezza che in questa sede anche i componenti della Giunta sono dei veri e propri giudici.

In primo luogo, sia consentita una considerazione preliminare di politica legislativa. Probabilmente la fretta nella redazione del decreto delegato – emanato a poco più di un mese dalla pubblicazione della legge di delega 6 novembre 2012, n. 190 (art. 1, comma 63), in quanto doveva essere applicabile alle ormai imminenti elezioni politiche e per lo più basato su una forse superficiale trasposizione della normativa riguardante gli amministratori locali nella disciplina sui parlamentari nazionali ed europei – ne ha compromesso la coerenza, la chiarezza e la completezza, anche e soprattutto in termini di disposizioni transitorie. In questi casi spetta all'interprete che

ne deve dare applicazione garantire un'esegesi che sia innanzitutto costituzionalmente conforme, anche con riferimento all'ordinamento comunitario e agli obblighi internazionali, e sistemicamente corretta.

### C) *La procedura parlamentare*

La non del tutto precisa formulazione dell'art. 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012 rende necessaria qualche precisazione di ordine procedurale.

L'avverbio "immediatamente" ha una valenza evidentemente acceleratoria per quanto concerne da un lato l'invio della documentazione da parte della magistratura (comma 1) e dall'altro lato l'avvio della procedura (in gergo parlamentare: "l'inizio dell'esame") da parte della Camera competente (comma 2). Non può certo essere letto irragionevolmente come prescrivente una "deliberazione immediata", senza nemmeno un minimo di doveroso approfondimento della singola fattispecie e soprattutto a prescindere dal rispetto delle procedure in generale previste ai fini della rimozione dal mandato parlamentare dai Regolamenti generali delle Camere e dai Regolamenti particolari per la verifica dei poteri, pena l'incostituzionalità della norma stessa, che invece non a caso richiama espressamente l'art. 66 Cost. e quindi implicitamente le procedure stabilite al riguardo in applicazione dell'art. 64 Cost.

A scanso di qualsiasi diatriba sul punto il relatore – che ha ritenuto doveroso ricercare gli atti preparatori anche endo-governativi del decreto legislativo di interesse – dà conto della significativa circostanza che a proposito della incandidabilità sopravvenuta è rinvenibile nella prima versione diramata il 5 dicembre 2012 un ripensamento del drafter: nel primo periodo del comma 1 dell'art. 3 vengono barrate le parole: "di diritto" dopo l'altra: "decadenza", mentre vengono aggiunte le seguenti: "(dalla carica, sc.) che viene dichiarata dalla Camera di appartenenza ai sensi dell'articolo 66 della Costituzione". Nel secondo periodo, analogamente le parole: "ai fini della dichiarazione di decadenza" vengono barrate e sostituite dalle seguenti: "ai fini della relativa deliberazione". Come noto, la formula alla fine adottata ed ora vigente è ancora più attenuata, limitandosi a prevedere semplicemente che la Camera competente "delibera ai sensi dell'art. 66 Cost." (comma 1), senz'alcun esplicito riferimento alla decadenza. Pertanto, non è rinvenibile – né costituzionalmente poteva essere differente – alcun "automatismo procedurale" nemmeno nell'intenzione originalista del pur frettoloso legislatore delegato.

Quanto all'altra problematica di ordine procedurale - connessa al citato art. 3, comma 2 e riguardante le conseguenze della incandidabilità sopravvenuta "nelle more della conclusione" della fase della convalida degli eletti (la Camera competente "procede immediatamente alla deliberazione sulla mancata convalida") – anche in questo caso

è da escludere qualsiasi “automatismo procedurale”, come si evince dalla stessa relazione illustrativa al citato schema diramato il 5 dicembre 2012, che così specifica: “Si stabilisce, altresì, che ove l'accertamento della condizione soggettiva di incandidabilità intervenga nella fase di convalida degli eletti, la Camera di appartenenza proceda senza indugio, anche nelle more della conclusione di tale complessivo procedimento, alla deliberazione sulla mancata convalida del soggetto in candidabile”. Quindi il significato dell'enunciato è nel senso di indicare una procedura “a stralcio”, dedicata al singolo interessato da un'eventuale causa di incandidabilità sopravvenuta, prescindendo quindi dai procedimenti di convalida (ad esempio, relativi alla circoscrizione regionale di elezione) in cui la decadenza si inserirebbe.

Fra l'altro non appaia una esegesi troppo pedissequa della lettera delle disposizioni la constatazione che è solo la decadenza dalla carica di parlamentare europeo ad essere espressamente prevista per l'incandidabilità sopravvenuta (art. 5, comma 5), mentre come ricordato per il parlamentare nazionale (art. 3, comma 1 e 2) si fa riferimento genericamente alla Camera competente che “delibera ai sensi dell'art. 66 Cost.” o alla “deliberazione sulla mancata convalida”. E la mancata convalida in senso stretto non equivale a decadenza, ma solo all'assenza del consolidamento della proclamazione legato alla convalida, come dimostrano i numerosi precedenti parlamentari in cui le legislature si sono concluse senza la convalida di tutti gli eletti, ma senza che nel frattempo i “mancati convalidati” siano stati dichiarati decaduti dal mandato, al qual fine occorre una apposita delibera caducatoria. Non si vuole arrivare a sostenere la tesi – che pur potrebbe essere adombrata e non sarebbe implausibile, dato il criterio di stretta interpretazione delle disposizioni che restringono diritti fondamentali – che in assenza di una disposizione esplicita sarebbe in ogni caso preclusa l'adozione di una decisione di decadenza da parte delle Camere, che invece possono e debbono procedere solo alla mancata convalida. Così letta la norma disporrebbe solo un divieto di convalida dell'elezione. Tuttavia, il relatore reputa che allora si possa pervenire esegeticamente a reputare ammissibile una pronuncia di decadenza solo mediante un'interpretazione logico-sistematica che chiami in causa le prescrizioni dell'art. 5, comma 3, del decreto n. 235 del 2012 per i parlamentari europei, dato il ferreo nesso sostanziale fra le due cariche stabilito dal combinato disposto degli articoli 1 e 4 del decreto e stante quell'intreccio normativo che sarà poi posto alla base della proposta del relatore

Però tutto il ragionamento porta comunque ad escludere quella lettura secondo cui la Giunta dovrebbe decidere il più presto possibile per dichiarare la decadenza per incandidabilità sopravvenuta, perché così imposto dalla legge. Il relatore si rende

conto che l'enunciato normativo è forse preterintenzionalmente impreciso “causa fretta”: ma la “mancata convalida”, cui si deve procedere immediatamente, non equivale nel diritto parlamentare a “decadenza”.

E proprio l'autonoma procedura parlamentare, costituzionalmente necessaria – che deve essere seguita per l'applicazione concreta della misura della decadenza (indubbiamente “afflittiva”, perché non può certo essere definita “premiale”) in conseguenza di una sentenza definitiva di condanna, che quindi non può avere conseguenze automatiche – è ad avviso del relatore un elemento non irrilevante, come sarà meglio specificato in seguito, per ritenere che in tal caso possa ipotizzarsi il riferimento alla precisa nozione di “sanzione costituzionale”, già presente nel nostro ordinamento penale.

A riprova di ciò si può citare anche un'altra disposizione, vale a dire il comma 3 dell'art. 13 del decreto, che a ben guardare pone un problema di estrema delicatezza, ad ulteriore dimostrazione della dannosa fretta del legislatore delegato – tant'è che potrebbe porsi pure un profilo di eccesso di delega, visto che tale misura non era prevista dalla legge delega –, laddove stabilisce un aumento di un terzo della durata delle incandidabilità nel caso in cui il delitto sia stato commesso con abuso dei poteri o in violazione dei doveri connessi al mandato elettivo o di governo. Ma pure l'accertamento di tale aggravante – evidentemente se risultante o meno dalla sentenza di condanna, tra l'altro con l'ulteriore problematica della esclusiva o meno rilevanza della contestazione della circostanza aggravante tipica di cui all'art. 61, comma 9, del codice penale – sembrerebbe essere di spettanza della Camera di appartenenza, magari (per quanto ora di interesse) in sede di procedura per la decadenza da incandidabilità sopravvenuta: pertanto, in tal caso la Camera competente dovrebbe deliberare non solo la decadenza, ma accertare anche l'eventuale durata “maggiorata” (o meno) dell'incandidabilità. Di conseguenza anche questo è un elemento non solo procedurale, ma connotante l'istituto de quo, che sembra assumere i caratteri di una sanzione, che la Camera di appartenenza applica e di cui stabilisce (esplicitamente o implicitamente se non altro) anche la durata. In conclusione: risulta francamente arduo reputare a contrario che un quid che consegue solo ad una sentenza di condanna definitiva, che determina la decadenza dal mandato, che viene applicato con apposita procedura dalle Camere, che dura il doppio rispetto al periodo della pena accessoria interdittiva eventualmente applicata (e può sostenersi plausibilmente che gli effetti protratti siano della stessa natura di quelli originari), che può anche avere una durata maggiorata stabilita a nostro avviso sempre dalle stesse Camere, che tra l'altro può estinguersi anticipatamente per effetto della riabilitazione concessa con “sentenza” da un tribunale di sorveglianza (che può anche revocarla successivamente,

riespandendo quindi la durata originaria), sine aliquo dubio non sia una sanzione, bensì la mera previsione di una causa particolare di ineleggibilità sopravvenuta in quanto ritenuta dal legislatore indice di “indegnità morale”. Invece, almeno un dubbio in tal senso non può che apparire ragionevole o, se si preferisce una terminologia più giuridica, “non manifestamente infondato”.

*D) La natura dell'incandidabilità sopravvenuta*

Il relatore intende richiamare l'attenzione sulla particolare e specifica questione della applicabilità stessa della sanzione decadenziale de qua alla situazione del senatore Berlusconi, alla luce del diritto sovraordinato dell'Unione europea,, la cui eventuale applicazione comporterà per riflesso l'impossibilità candidarsi alle ormai prossime elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo, in quanto si sarebbe affermato nell'ordinamento il criterio interpretativo dell'applicazione della normativa di cui al decreto legislativo n. 235 del 2012 anche a fattispecie concrete verificatesi prima della sua entrata in vigore.

Il decreto legislativo dicembre 2012, n. 235 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 3 del 4 gennaio 2013 e quindi è entrato in vigore il 5 gennaio 2013, data la clausola di immediata entrata in vigore di cui all'art. 18 del decreto stesso. Trattandosi di norme limitative di diritti fondamentali, sarebbe superfluo ricordare che è necessaria evidentemente la massima cautela nella loro interpretazione (v. già sentenza della Corte costituzionale n. 46 del 1969).

Il relatore è pienamente conscio delle implicazioni politiche - purtroppo esasperate nel recente dibattito estivo sui mass-media – della vicenda della retroattività o meno, che invece personalmente e doverosamente cercherà di affrontare con rigore esclusivamente giuridico. Tuttavia, solo brevemente e “tra parentesi” sia consentita una riflessione dettata più che altro dal senso comune. Tra (non l'inizio ma) la cessazione della condotta delittuosa addebitata al senatore Berlusconi (24 ottobre 2004) e l'entrata in vigore della decreto legislativo n. 235 del 2012 (5 gennaio 2013) sono trascorsi 8 anni, 2 mesi e 12 giorni: si tratta di un elemento solo quantitativo, certamente, ma la cui elevatezza si chiede se non incida sulla stessa ragionevolezza dell'odierna procedura.

In ogni caso occorre chiedersi se il decreto debba applicarsi solo alle sentenze divenute definitive successivamente alla sua pubblicazione o anche a quelle passate in giudicato in precedenza ma che non hanno esaurito gli effetti ai fini dell'incandidabilità, il cui periodo di durata è stabilito dall'art. 13 del decreto stesso (il doppio della durata della pena dell'interdizione dai pubblici uffici e comunque almeno sei anni, salvo riabilitazione, che comunque non può essere concessa prima di

tre anni dalla cessazione dell'esecuzione della pena: v. art. 179 del Codice penale). Analogamente: occorre anche ex ante interrogarsi se il decreto possa applicarsi anche alle sentenze di condanna, pur diventate definitive dopo il 5 gennaio 2013 ma relative a fattispecie concrete svoltesi prima della predetta data.

Il decreto legislativo sul punto è lacunoso, non contenendo esplicite disposizioni chiarificatrici a tal fine – probabilmente anche ai fini dell'effetto “annuncio” sull'incandidabilità dei condannati già nelle elezioni politiche del 24-25 febbraio 2013 –, anche se sembra aver (se non altro implicitamente) date per scontate pure la seconda e la terza delle opzioni, laddove l'art. 16 del decreto stabilisce quale norma transitoria che il decreto si applica solo alle sentenze di condanna su richiesta delle parti, previste dall'articolo 444 del codice di procedura penale, pronunciate successivamente alla data di sua entrata in vigore, per ciò stesso facendo intendere che tale cesura temporale non dovrebbe valere negli altri casi: sentenze ordinarie (“non patteggiate”) di condanna diventate definitive in precedenza e sentenze di condanna riguardanti fatti svoltisi in precedenza.

Però proprio in questa disposizioni transitoria “monca” emerge evidente la dannosa fretta del legislatore delegante e dello stesso legislatore delegato. In primo luogo il relatore fa presente che la delega conteneva sì il riferimento alle sentenze di cui all'art. 444 CPP, ma non la previsione della loro irretroattività, che è stata introdotta nella sua autonomia dal Governo, evidentemente accortosi della problematicità di un'applicazione *tout court* retroattiva della disciplina dell'incandidabilità dei parlamentari nazionali ed europei sulla base del principio (che però è squisitamente processuale) del *tempus regit actum*. Evidentemente per le sentenze pronunciate sulla base di questo rito accelerato il Governo potrebbe essersi ricordato dei principi di cui in particolare alla sentenza della Corte costituzionale 25 luglio 2002, n. 394: il sistema delle pronunce su richiesta delle parti “è costruito in modo che l'imputato possa determinarsi alla sua scelta con piena consapevolezza delle conseguenze giuridiche derivanti dall'applicazione della pena su richiesta, così da poterne adeguatamente ponderare i benefici e gli svantaggi”. Come però rilevato dallo stesso relatore Ferranti nella seduta delle Commissioni riunite I e II della Camera del 18 dicembre 2012, tale eccezione di irretroattività non è espressamente prevista dalla delega né sono esplicitate le ragioni nella relazione illustrativa dello schema di atto normativo. In quella occasione l'onorevole Ferranti citava anche il fatto che lo stesso ministro di giustizia pro tempore, professoressa Severino, avrebbe dichiarato alla stampa che «il criterio della ostatività o il criterio della ineleggibilità non può valere per i patteggiamenti passati perché ritornerebbe a carico dell'imputato in maniera irrazionale». Secondo il ministro, l'incandidabilità prevista dall'attuazione della

delega «in nessun caso può essere determinata da un patteggiamento intervenuto prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. (...) Chi decide di patteggiare invece di percorrere la strada del processo ordinario al momento della decisione deve essere messo nelle condizioni di conoscere quali saranno le conseguenze della sua scelta. Si tratta di un criterio scelto sulla base della ragionevolezza».

Ma allora due notazioni. In primo luogo, evidentemente il Governo ha reputato l'incandidabilità non una mera previsione attinente ai requisiti per l'elettorato passivo discrezionalmente decisa dal legislatore e legata ad una valutazione sulla "indegnità morale" di coloro i quali hanno ricevuto un certo tipo di condanna, ma una conseguenza sanzionatoria vera e propria, di cui deve tener conto ai fini del patteggiamento non solo l'imputato ma anche il giudice nel suo giudizio sulla "congruità della pena", come recita il codice processuale. Delle due l'una: l'incandidabilità, o non è una misura sanzionatoria ma una previsione di una causa particolare di ineleggibilità, e allora non vi sono problemi di retroattività nemmeno per la sentenza "patteggiata"; oppure lo è, ed allora non può che essere irretroattiva.

Inoltre – ma in questa sede ci si limita solo ad un accenno essendo questo un altro possibile rilievo di incostituzionalità sotto però un diverso profilo – l'irretroattività delle sole sentenze "patteggiate" – seppur prevista extra delega a tutela del diritto di difesa dell'imputato che ha richiesto tale rito – rischia di determinare una "discriminazione alla rovescia" per chi invece è stato condannato con rito ordinario: ma anche colui il quale decide di non richiedere il rito premiale deve evidentemente avere piena contezza dei benefici a cui rinuncia non sollecitando l'applicazione dell'art. 444 CPP, altrimenti verrebbero compromessi gli articoli 3 e 24 della Costituzione. Proprio nel caso odierno emerge lampante che medesimi fatti, stesso *tempus commissi delicti*, addirittura condanna alla stessa pena possono determinare o meno l'incandidabilità a seconda del rito "casualmente" (sotto questo specifico aspetto) prescelto dall'imputato. In breve: se il senatore Berlusconi avesse chiesto ed ottenuto una sentenza su richiesta delle parti per i fatti addebitati, ora evidentemente sarebbe sicuramente al riparo da un'applicazione retroattiva. Però all'epoca in cui avrebbe potuto optare per il rito alternativo, non era ancora nemmeno vigente la legge di delega sull'incandidabilità.

Quest'ultima misura, infatti, certamente non è una pena principale e si dubita che sia una pena accessoria *stricto iure*, ma altrettanto certamente è una pena "connessa" ad una condanna penale, allora quando diventa definitiva, per cui – si consenta al relatore di affermarlo senza essere tacciato di faziosità politica – è almeno dubbio o comunque non certo al di là di ogni ragionevole dubbio che non vi sia un problema di irretroattività.

Sempre nell'ottica di privilegiare un'esegesi, innanzitutto, di diritto positivo e fondata su una lettura sistematica della normativa de qua, il relatore reputa non trascurabile il riferimento, addirittura un po' enfatico, all'istituto della riabilitazione, di cui al comma 3 dell'art. 15 del decreto legislativo n. 235 del 2012, laddove recita ai fini dell'abbreviazione del periodo di durata dell'incandidabilità: “La sentenza di riabilitazione, ai sensi degli articoli 178 e seguenti del codice penale, è l'unica causa di estinzione anticipata dell'incandidabilità e ne comporta la cessazione per il periodo di tempo residuo”.

Come noto, l'art. 178 del codice penale prevede che la riabilitazione estingua “le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga diversamente”. Tuttavia, le condizioni in base alle quali la riabilitazione può essere concessa (art. 179 del codice penale) non sono nella disponibilità dell'interessato, il quale si limita a presentare la relativa domanda concessoria, in quanto dipendono da una valutazione discrezionale del competente Tribunale di sorveglianza (art. 683 del codice di procedura penale). Il Tribunale – che non a caso si pronuncia con “sentenza” – non pone in essere atti dovuti, ma effettua una valutazione discrezionale circa il fatto se il condannato abbia dato o meno prove effettive e costanti di buona condotta (*ex pluribus*, Corte Cass., Sez. I penale, sentenza 28 maggio 1996, n. 1274 e Corte Cass, Sez. V penale, sentenza 24 giugno 1985, n. 773). Quindi si è ancora e sempre – come si diceva una volta – all'interno dell'esercizio della potestà punitiva dello Stato.

Pertanto, pur nella opinabilità e nell'oscillazione delle differenti ricostruzioni teoriche al riguardo, che saranno evidenziate infra, si ricorda che in genere per “pene” ma anche per “effetti penali” in senso proprio si intendono, per prevalente dottrina penalistica e maggioritaria giurisprudenza della Cassazione penale, le conseguenze giuridiche di carattere afflittivo che derivano da un ambito propriamente penale, la cui stessa durata dipende sempre dal giudice penale. E tale appare essere la stessa incandidabilità, nel momento in cui sulla sua durata può incidere la riabilitazione, istituto di diritto processuale penale, forse non a caso di competenza del Tribunale di sorveglianza anche per l'aspetto de quo e non, ad esempio, del giudice civile normalmente competente per le questioni attinenti lo status elettorale.

In sintesi: il legislatore non ha delineato un procedimento speciale per il riacquisto anticipato della capacità di candidarsi, ma ha fatto tout court riferimento all'istituto tipicamente penalistico della riabilitazione, “che estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale”, tra cui *expressis verbis* l'incandidabilità, mentre invece sembrerebbero necessarie disposizioni particolari e procedure specifiche per gli

effetti non penali della condanna, che non sono di per sé cancellati dalla riabilitazione.

Ma non è tutto per quanto concerne il nesso fra incandidabilità e riabilitazione. A ben guardare un'esegesi letterale della disposizione conduce in una duplice direzione: sotto il profilo "inclusivo" si conferma che la riabilitazione ha efficacia sanante e si richiama l'art. 178 del codice penale, sembrando collocare quindi l'incandidabilità nella categoria generica ivi prevista delle pene accessorie e degli effetti penali della sentenza; sotto il profilo "escludente" (sancito dall'evocata unicità) non solo si evitano procedure speciali, come evidenziato *supra*, ma anche viene implicitamente esclusa, in particolare, la possibile efficacia sanante dell'esito positivo del periodo di affidamento in prova ai servizi sociali ai sensi dell'art. 47, comma 12, della legge 26 luglio 1975, n. 354. Ebbene: se ha ancora un senso tentare di ricostruire gli istituti sistematicamente e coerentemente nell'ordinamento penale, anche tale esclusione sembrerebbe connotare l'incandidabilità per la sua natura sostanziale di pena accessoria, quanto meno alla luce di un famoso parere del Consiglio di Stato (I Sez., 17 ottobre 2007, n. 2912), che – a fronte di pronunce differenziate fra magistratura amministrativa e giudice penale – ha escluso l'estinzione delle pene accessorie ai sensi della citata norma, che contiene la seguente formula, reputata limitativa: "pena detentiva ed ogni altro effetto penale".

Anche questo, ad avviso del relatore, è un elemento per non reputare implausibile una lettura dell'istituto dell'incandidabilità non del tutto avulsa – come pure qualcuno pretenderebbe forse troppo radicalmente – da una logica di tipo penalistico-afflittivo.

Sul punto il relatore – con uno sforzo di completezza che spera non sia considerato eccessivamente pedissequo – richiama altresì l'attenzione su un'ulteriore prescrizione, anch'essa denotante un *fumus*, ma significativo, sulla natura sanzionatoria della decadenza per incandidabilità sopravvenuta. La terza categoria di reati rilevanti a tal fine, come noto, non è stata ricompresa in un elenco – mediante a dire il vero un non perfetto esercizio della delega, che invece sembrava esigerlo, ma non è questa la sede per prospettare possibili eccessi di delega –, ma va desunta dalla lettura delle pene edittali detentive previste nel livello massimo per un determinato reato e dall'accertamento della pena reclusiva in concreto comminata per quel reato. E la condanna definitiva del senatore Berlusconi rientra, come evidenziato inizialmente, proprio in questa categoria di chiusura.

Ma lo stesso legislatore delegato – ai fini della determinazione della pena comminata e quindi dell'individuazione della sussistenza o meno di uno dei due elementi

necessari per l'incandidabilità – rinvia all'articolo 278 del codice di procedura penale; un rinvio quanto mai significativo per una molteplicità di motivi. Innanzitutto perché tale disposizione non è richiamata nelle fattispecie analoghe previste per gli amministratori regionali e locali, ad ulteriore riprova della differenza “ontologica” degli istituti dell'incandidabilità concernenti rispettivamente i parlamentari nazionali ed europei da un lato e gli amministratori regionali e locali dall'altro. Inoltre, il predetto rinvio è di per sé sintomatico di una specifica scelta del legislatore – che probabilmente si potrebbe definire coerente rispetto all'impianto complessivo della normativa, dominato da un'evidente logica penalistica – nel senso di insistere su un istituto processual-penalistico già esistente, anziché ad esempio prevedere una specifica norma ad hoc ai fini del calcolo della pena di cui sopra, come pure avrebbe potuto considerarsi opportuno, ad esempio per fugare dubbi interpretativi (sarà sufficiente citare la *vexata quaestio* della rilevanza o meno dell'indulto ai fini del calcolo della pena comminata). Ma quindi ancora una volta appare prevalente una classica logica sanzionatoria di tipo penalistico rispetto a quella civilistica e/o amministrativistica propria delle ineleggibilità.

In terzo luogo, se ha ancora un senso la *littera legis*, appare decisivo lo stesso incipit dell'art. 278 CPP: “Agli effetti dell'applicazione delle misure...”, laddove è evidente la finalità della norma, destinata a consentire l'applicazione di misure afflittive di tipo cautelare con riferimento a certi reati, per cui implicitamente il legislatore ha reputato analoga a questa applicazione l'attività volta ad applicare l'incandidabilità e l'incandidabilità sopravvenuta. Altresì: anche ad una prima lettura della predetta disposizione emerge la complessità di quest'ultima attività, visto che prescrive di non tener conto “della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del codice penale e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 del **codice penale** nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale”. Ma un'attività ricostruttiva del genere, sia per la sua ampiezza che per la sua stessa sostanza (sarà sufficiente ipotizzare la valutazione sul concorso di più circostanze ad effetto speciale), si colloca in un ambito squisitamente processual-penalistico e appare fuoriuscire da quelle funzioni meramente accertative dei presupposti che in genere qualificano le attività (di tipo amministrativo) inerenti le ineleggibilità.

Il relatore certamente non ignora l'ormai citatissima sentenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 6 febbraio 2013, n. 695), il quale ha espresso un giudizio di manifesta infondatezza circa alcune questioni di legittimità costituzionale svolte dall'appellante, analoghe a quelle di nostro interesse. In particolare, data la caratterizzazione non

sanzionatoria della norma sull'incandidabilità, ne discende, secondo il Consiglio di Stato, il corollario della non pertinenza del riferimento all'esigenza di venire ad un'interpretazione compatibile con le disposizioni dettate dall'articolo 25 della Costituzione e dall'articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Pertanto, l'applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo n. 235 del 2012, ai procedimenti elettorali successivi alla sua entrata in vigore, pur se con riferimento ai 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 normativa sostanziale vigente al momento dell'esercizio del potere amministrativo.

*Per incidens* e non per amore di polemica, solo per completezza espositiva e non certo per aderire apoditticamente all'impostazione della difesa del senatore Berlusconi, il relatore si chiede se però non debba assegnarsi un valore del tutto relativo alla citata pronuncia, potendosi ipotizzare una certa contraddittorietà rispetto ad altra giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato - citata nel parere *pro veritate* del professor Guzzetta allegato dal senatore Berlusconi nella documentazione difensiva presentata in data 28 agosto 2013 - "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 costituisce 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)". Il professor Guzzetta richiama anche un significativo passo della citata sentenza n. 859 del 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).

Al relatore non sfuggono nemmeno i contenuti della sentenza della Corte Suprema di Cassazione (sez. I civile, sentenza n. 13831 del 27 maggio 2008), la quale, ai fini dell'irrelevanza dell'indulto per il calcolo degli anni di condanna alla pena detentiva,

ha affermato che “l’incandidabilità non è un aspetto del trattamento sanzionatorio penale del reato, che possa risentire dell’indulto di cui alla legge richiamata, ma si traduce nel difetto di un requisito soggettivo per l’elettorato passivo”.

A parte la possibile obiezione che la Giunta non è affatto vincolata dalle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione relative ad amministratori locali, pena l’inutilità della prerogativa costituzionale di cui all’articolo 66 della Costituzione, il relatore comunque non intende sottrarsi ad un approfondimento ed anzi in subiecta materia sottopone all’attenzione della Giunta una serie di rilievi di ordine squisitamente sostanziale.

Innanzitutto, anche dopo un’attenta lettura della giurisprudenza di interesse sul punto della Corte costituzionale, del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione – evidentemente riferita alle situazioni di incandidabilità degli amministratori locali – è del tutto mancante un elemento ad avviso del relatore essenziale: in tutte queste pronunce si afferma quasi apoditticamente che l’incandidabilità che segue una condanna penale passata in giudicato non sarebbe una pena accessoria o un effetto penale della sentenza, bensì un requisito stabilito nella sua discrezionalità dal legislatore elettorale ai fini della possibilità di partecipare ad una consultazione elettorale. Ebbene: in nessuna pronuncia è dato riscontrare l’elemento mancante, o almeno differenziante, affinché, invece, tale conseguenza interdittiva possa considerarsi un effetto penale della sentenza. In altre parole: perché l’interdizione dei pubblici uffici con la conseguente perdita del godimento dei diritti politici e quindi della capacità elettorale, che consegue ad una sentenza è pacificamente considerata una pena accessoria, e invece l’incandidabilità, che produce gli stessi effetti sostanziali, che scaturisce da identiche vicende processuali, che si estingue sulla base dello stesso istituto, non potrebbe configurarsi come una pena accessoria? Qual è nell’ontologia del diritto penale l’elemento mancante?

Non sembri peregrino poter considerare la sanzione dell’incandidabilità addirittura come una pena accessoria, almeno per chi reputi ancora utile sfogliare le pagine dei testi classici, come il Manuale di diritto penale. Parte generale di Francesco Antolisei, laddove precisa che “le pene accessorie conseguono di diritto alla condanna quali effetti penali della stessa, non occorre che il giudice le applichi espressamente, a meno che tale applicazione sia rimessa al suo potere discrezionale, nel qual caso egli deve anche fissarne la durata”.

Né sembri una banalizzazione far riferimento ad un articolo di giornale (“Severino, come leggere la retroattività”, su “Corriere della sera” del 3 settembre 2013), che ad avviso del relatore contiene non pochi elementi illuminanti, anche per l’autorevolezza

degli autori: i professori Marcello Gallo e Gaetano Insolera (due penalisti, di cui uno accademico dei Lincei). A proposito del concetto di sanzione: "Si dice infatti che non ci troveremmo di fronte ad una sanzione, bensì di fronte alla disciplina dello status di un determinato soggetto, in funzione della indennità ritenuta dal consesso di cui è membro. Ma questo può e deve dirsi di ogni conseguenza sanzionatoria: detentiva, produce una macroscopica contrazione dello stato di libertà; pecuniaria, si rifletterà sui diritti e le possibilità di esercizio delle facoltà che di tali diritti sono il contenuto. Ogni sanzione, insomma, si traduce nella riduzione della capacità di diritto e della capacità di agire". Altra citazione testuale a proposito del concetto di retroattività: "C'è retroattività se la norma si applica anche a vicende costituite, in tutto o in parte, da elementi di fatto o di diritto, necessari ad una determinata conseguenza giuridica, verificatisi prima dell'entrata in vigore della norma stessa. Verificatisi prima, cioè quando il soggetto destinatario delle conseguenze giuridiche non poteva calcolare tali elementi in quanto condizionanti determinati effetti, si da regolarsi a ragion veduta".

Non sembri nemmeno banale far riferimento ad un intervento sulla stampa (su "Il Messaggero" del 20 agosto 2013) di un altro noto penalista, il professor Fiandaca,, che così si è espresso: «Guardi, ho un certo timore a prendere una posizione perché rischio di passare per un filo-berlusconiano, e notoriamente non lo sono. Noi giuristi siamo in grado di sostenere sia l'una che l'altra tesi». Questo significa che ci sono ragioni anche a favore della retroattività «Sì, se il legislatore ha inteso l'ineleggibilità non come un ulteriore effetto sanzionatorio penale ma come valutazione politica. In questo caso si tratterebbe di un giudizio politico-istituzionale sulla moralità e sulla credibilità del candidato. Vista così, l'incandidabilità verrebbe scissa dal retroterra della commissione del reato». E' solo una questione di distinzione formale, allora? «Ragionando secondo la logica della Corte europea dei diritti dell'uomo la distinzione formale tra sanzione penale e amministrativa non è di per sé decisiva. Si potrebbe infatti artatamente qualificare come amministrativo un provvedimento di valenza sanzionatoria solo per eludere la garanzia dell'irretroattività. Sarebbe un tipico caso di frode. Ma allora come se ne esce? «E' un ginepraio, uscirne è difficile. La scelta per una qualificazione piuttosto che per l'altra sarà affidata a un rapporto di forza politico-parlamentare» Intende dire che serve un'altra legge «Potrebbe essere opportuna una legge interpretativa. Oppure un pronunciamento della Corte Costituzionale: a chiederlo potrebbe essere anche la Giunta per le elezioni".

*Per incidens* il relatore fa notare che, quand'anche si ritenesse che una sanzione amministrativa non rientra nel raggio di azione del citato articolo 25 Cost. (anche se questa forse dovrebbe esserne la lettura alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 7 della CEDU, che comunque rappresenta di per sé un parametro

interposto del giudizio di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.), tuttavia in ogni caso l'interprete, tra i più significati possibili da attribuire ad una disposizione, se consentito dalla *littera legis*, dovrebbe privilegiare un'interpretazione conforme al criterio dettato dalla citata legge "quadro" sulle sanzioni amministrative. Ma non basta. Come noto, l'articolo 11 delle disposizioni preliminari alla legge in generale prevede che "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo". È ben vero che, essendo il rango delle disposizioni preliminari al codice civile quello di una legge ordinaria, ben possa questa disposizione essere derogata da altre disposizioni successive con pari forza. Tuttavia, proprio la Corte costituzionale (v. *ex pluribus* sentenza n. 374 del 2000) ha affermato - salva l'irretroattività in materia penale - il principio della "retroattività ragionevole", vale a dire che l'eventuale retroattività disposta dal legislatore deve trovare adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non deve contrastare con altri valori o interessi costituzionalmente protetti. Questa è un'altra problematica, che si potrebbe anche definire come una sorta di *second best*, che il relatore sottopone all'attenzione della Giunta: quand'anche l'opinione della maggioranza fosse nel senso di escludere la natura penale della incandidabilità, che quindi potrebbe ritenersi applicabile anche come conseguenza di fatti svoltisi prima dell'entrata in vigore della normativa che la sancisce, in ogni caso - sempre sotto il profilo della conformità a Costituzione - bisognerebbe effettuare uno scrutinio di ragionevolezza nel senso sopra descritto, con riferimento al quale il relatore non ritiene plausibile poter disinvoltamente affermare la manifesta infondatezza di almeno un dubbio al riguardo.

Comunque sia, quand'anche proprio la si volesse collocare nella materia civile, allora andrebbero approfonditi fino in fondo i riferimenti, contenuti nel parere del prof. Guzzetta, alla materia civile ed in particolare ad una sentenza della Corte Costituzionale (n. 202 del 1991), secondo la quale "anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 5, 6 e 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". E ancora: "il cittadino deve conoscere quale sia il comportamento che la norma richiede, specie se si tratta di limitazione ad un diritto di libertà".

La stessa giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione dimostra quanto sia arduo fare chiarezza sulla distinzione fra pene accessorie, effetti penali ed effetti extra-penali della sentenza. Sarà sufficiente ricordare la sentenza delle Sezioni Unite Penali (sentenza 20 aprile 1994, n. 7), in cui si afferma la preferenza, a proposito di "una ragionevole interpretazione dell'espressione effetti penali della sentenza di condanna", per una tesi non restrittiva fra le varie che sono citate, "secondo la quale

non necessariamente l'ambito degli effetti penali deve essere ristretto a quello del diritto penale, sostantivo e processuale, potendo ben riguardare anche rapporti di natura civile, amministrativa, etc., nell'ambito dei quali la legge faccia derivare dalla sentenza penale di condanna conseguenze di carattere sanzionatorio”.

Nonostante la chiarezza della citata sentenza, che ha altresì indicato tre criteri preferenziali ai fini dell'individuazione degli effetti penali della sentenza di condanna – dei quali per lealtà espositiva il relatore fa presente che due (l'essere conseguenza soltanto di una sentenza irrevocabile di condanna e la natura sanzionatoria dell'effetto) su tre potrebbero considerarsi confacenti alla misura dell'incandidabilità, anche se proprio quello mancante (la necessità di un provvedimento applicativo) potrebbe per altro verso esaltare nel caso specifico la natura di vera e propria “pena” della decadenza del parlamentare, come si vedrà in seguito –, tuttavia la successiva giurisprudenza ha continuato ad oscillare in tale ambito, come nel caso significativo della recidiva, tant'è che in fine si sono dovute pronunciare le Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione (sentenza 27 ottobre 2011, n. 5859), tra l'altro sposando la tesi “estensiva” del tutto minoritaria secondo cui l'esito positivo della prova conseguente all'affidamento al servizio sociale estingue anche la recidiva, considerata quindi un effetto penale della sentenza.

Ma c'è di più. A prescindere dalle succitate considerazioni di teoria generale del diritto penale, il relatore ritiene altresì necessario fare chiarezza su una questione che potrebbe anche essere reputata di per sé pregiudiziale. Come sottolineava già la più risalente dottrina, è del tutto fuorviante interpretare gli istituti relativi allo status del parlamentare nazionale con riferimento quasi analogico a paralleli o simili istituti riguardanti i consiglieri comunali e provinciali ed anche i consiglieri regionali. Non solo perché la posizione costituzionale di un componente del Parlamento nazionale, unico organo depositario della sovranità popolare, è del tutto differenziata rispetto a quella dei membri di tutte le altre assemblee elettive, compresi i consiglieri regionali (v. specificamente, proprio in materia di incandidabilità, la sentenza della Corte costituzionale n. 497 del 1992), ma anche perché – sotto un profilo più squisitamente sostanziale – i singoli istituti assumono caratteristiche proprie con riferimento alle specifiche disposizioni legislative che riguardano, via via, i parlamentari nazionali, i consiglieri regionali, i consiglieri comunali e provinciali. Pertanto, ha poco senso continuare a vivisezionare ogni singola considerazione, compresi gli *obiter dicta*, rinvenibile nella copiosa giurisprudenza sull'incandidabilità degli amministratori locali. Occorre piuttosto soffermarsi sulle caratteristiche specifiche dell'incandidabilità per i parlamentari nazionali come disciplinata dagli articoli 1, 2 e 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012. Ebbene: ad avviso del relatore, per quanto

ora di interesse, la cosiddetta "incandidabilità sopravvenuta" a livello nazionale si presenta come una misura sanzionatoria di tipo interdittivo, che consegue ad una sentenza definitiva di condanna penale, ma che – proprio in quanto misura sanzionatoria – viene applicata o non applicata con apposite procedure parlamentari, e forse non avrebbe potuto essere diverso dato il tenore dell'articolo 66 della Costituzione, tant'è che anche l'interdizione dei pubblici uffici (comminata in corso di mandato), che è sicuramente pena accessoria, viene applicata ai parlamentari nazionali con le medesime procedure che debbono essere seguite per la decadenza derivante da incandidabilità sopravvenuta (istruttoria della Giunta, procedimento di contestazione dell'elezione, deliberazione dell'Assemblea).

Differente è il caso invece della decadenza per incandidabilità sopravvenuta (o per interdizione dai pubblici uffici) dei consiglieri locali e regionali, con riferimento ai quali i relativi Consessi si limitano ad una mera presa d'atto. Infatti, con riferimento all'incandidabilità alle cariche regionali, l'articolo 8, comma 6, del decreto legislativo n. 235 del 2012 stabilisce che “Chi ricopre una delle cariche indicate all'articolo 7, comma 1 (cioè, in particolare, quelle di presidente della giunta regionale, assessore e consigliere regionale) decade da essa di diritto dalla data di passaggio in giudicato della sentenza di condanna o dalla data in cui diviene definitivo il provvedimento che applica la misura di prevenzione”. Quest'ultima disposizione è poi confermata dall'articolo 11, comma 7 dello stesso decreto legislativo anche per gli amministratori degli enti locali in condizioni di incandidabilità. In questi due ultimi casi, dunque, la decadenza di diritto, anche se adottata con procedura complessa, ha natura di atto meramente dichiarativo o ricognitivo della situazione determinatasi, ed è priva di qualsiasi elemento di carattere valutativo e discrezionale (come affermato dalla Corte Costituzionale, sentenze n. 407 del 1992 e n. 295 del 1994 nella fattispecie analoga anteriormente disciplinata dall'articolo 15, comma 4-quinquies della legge n. 55 del 1990). Pertanto, i meccanismi applicativi sono del tutto differenti e tale diversità non può non riverberarsi sulla natura stessa dei due istituti. E sul punto sono richiamabili le puntualizzazioni sul nesso fra procedura applicativa e natura dell'istituto, espresse in precedenza ricostruendo la procedura parlamentare.

In conclusione va condivisa fino in fondo, anche a scopo esegetico, quanto efficacemente rilevato nella stessa analisi tecnico-normativa allo schema finale del decreto sulle incandidabilità, diramato dal DAGL della PDCM in data 21 dicembre 2012: “È evidente, tuttavia, che la disciplina delle cause di incandidabilità politiche non può ignorare il differente livello di garanzie costituzionali riservato alle Camere ed ai suoi appartenenti rispetto a quello ricavabile per i componenti delle assemblee elettive sub-nazionali. Per tale motivazione l'esercizio del potere delegato non opera,

in tale ambito, la mera trasposizione della disciplina per gli amministratori regionali e locali, originata nell'articolo 15 della legge n. 55 del 1990 (poi trasposta per i soli enti locali negli articoli 58 e 59 del Tuel)".

Dopo aver sottolineato ancora una volta che in linea generale vanno analizzati distintamente sotto i molteplici risvolti giuridici, parzialmente analoghi ma in gran parte differenti, i due distinti istituti della incandidabilità (quale preclusione alla presentazione di una candidatura) e della decadenza per incandidabilità sopravvenuta (quale misura afflittiva ed interdittiva legata ad una sentenza penale di condanna) – a loro volta da distinguere con riferimento alla diversa posizione costituzionale dei parlamentari nazionali rispetto ai consiglieri comunali, provinciali ed anche regionali –, il relatore rileva altresì che *hic et inde* occorre “calare” l’istituto della decadenza nella specificità dell’ordinamento parlamentare, che come noto si nutre di “precedenti”, al fine di tentare di ricostruirne la natura peculiare. Ebbene: in questo contesto un precedente analogo potrebbe reputarsi sussistente unicamente nel “caso Tanassi”, quando il deputato socialdemocratico venne dichiarato decaduto dal mandato parlamentare (v. seduta della Camera del 13 marzo 1979) a seguito della particolare “sanzione costituzionale” contenuta nella sentenza penale di condanna per reato ministeriale (v. Corte costituzionale a composizione integrata, sentenza pronunciata il 1° marzo 1979).

In quella occasione opportunamente sotto il profilo costituzionale la Giunta delle elezioni della Camera (v. seduta del 7 marzo 1979) e l’Assemblea (seduta cit.) rivendicarono la competenza ai sensi dell’art. 66 Cost. a dichiarare la decadenza di un deputato in carica. Ma tale decadenza era stata comminata dalla Corte costituzionale quale “sanzione costituzionale” (dall’evidente natura penale: il dispositivo recitava: la Corte ..... “gli infligge la sanzione costituzionale della decadenza dall’ufficio di deputato”), prevista allora nei procedimenti penali d’accusa per reati ministeriali dall’art. 15, secondo comma, della legge costituzionale n. 1 del 1953. Nessuno però disquisì – né poteva essere altrimenti (dato il *nomen iuris* ma non solo) – sulla natura sanzionatoria o meno della misura della decadenza comminata dalla Corte costituzionale.

Ad avviso del relatore proprio tale nozione di “sanzione costituzionale” appare quella più pertinente per definire anche la decadenza dal mandato parlamentare per incandidabilità sopravvenuta, di cui all’art. 3 del decreto n. 235 del 2012. Il relatore si rende perfettamente conto che esigenze e pressioni di tipo politico incombono su ciascun componente della Giunta nella vicenda in esame, e questo non giova alla

serenità delle valutazioni: ma in ogni caso si chiede come possa ragionevolmente ritenersi che per una conseguenza decadenziale di un parlamentare in carica, che non è implausibile definire una “sanzione costituzionale” anche sulla base dei precedenti, non siano nemmeno ipotizzabili dubbi sulla applicazione retroattiva. Tra l’altro – ma ora tale problematica di ordine costituzionale non è rilevante – non sembri peregrino sostenere che per prevedere decadenze sanzionatorie dallo status costituzionalmente protetto di parlamentare in carica forse sarebbe necessaria una norma di rango costituzionale, come non a caso è la citata legge costituzionale n. 1 del 1953 di cui si avvale a suo tempo la Corte costituzionale per poter disporre la decadenza dell’onorevole Tanassi.

Comunque sia, oltre al complesso di queste ultime puntualizzazioni, il relatore non ritiene in ogni caso dirimente la nota giurisprudenza sopra riportata e più volte citata nel corso della seduta del 7 agosto 2013, sia del Consiglio di Stato che della Corte di Cassazione civile in merito alla natura non sanzionatoria dell'istituto dell'incandidabilità e quindi all'assenza di problematiche costituzionali e sovranazionali riferibili al principio dell'irretroattività delle pene. Infatti, al relatore corre l'obbligo di far notare che entrambe le sentenze dei due supremi Consessi concernono fattispecie di incandidabilità originaria – le cui previsioni evidentemente più agevolmente si prestano ad essere assimilate a “particolarissime cause di ineleggibilità” – e non di decadenza a seguito di incandidabilità sopravvenuta, istituto che in modo più spiccato assume le connotazioni di una vera e propria misura sanzionatoria (vale a dire la “conseguenza dannosa” della perdita del bene del mandato elettivo ottenuto).

Per questa specifica e non secondaria ragione la mentovata giurisprudenza non può essere un decisivo elemento di ausilio interpretativo, dovendo essere inquadrata nella differente fattispecie della originaria preclusione alla presentazione stessa della propria candidatura ad una competizione elettorale, che evidentemente è altra situazione rispetto alla successiva perdita del mandato elettivo conseguito quale “decadenza” da applicare in esecuzione di una sentenza definitiva di condanna.

Quanto alle pur copiose sentenze della Corte costituzionale specificamente pertinenti (v. *exempli gratia* sentenze n. 407 del 1992, n. 197 del 1993, n. 218 del 1993, n. 288 del 1993 e n. 132 del 2001) che hanno richiamato la nozione di "particolarissima causa di ineleggibilità" – seppur con la specificità della sua non rimovibilità (che per ciò stesso però la differenzierebbe dall'ineleggibilità, che il legislatore non può far derivare da situazioni che l'interessato stesso non possa liberamente rimuovere: cfr. sentenze della Corte costituzionale n. 97 del 1991 e n. 141 del 1996) –, il relatore fa notare che sono quasi tutte relative a situazione di incandidabilità originaria, tranne

qualche isolata pronuncia (le sentenze n. 118 e n. 295 del 1994), che però sembra ricalcare tralaticciamente le argomentazioni precedenti senza approfondire la peculiare ratio del differente istituto della decadenza per incandidabilità sopravvenuta.

Altresì: come sottolineato nel parere del professor Guzzetta, la citata giurisprudenza si è affermata prima della legge di revisione costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, per cui ha esercitato il suo scrutinio di costituzionalità senza dover tener conto dell'art. 7 della CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ora parametro interposto ai sensi del novellato primo comma dell'art. della Costituzione. Per cui il suo valore non può che essere datato se non del tutto relativo.

Semmai può ricordarsi una obliata sentenza della Corte costituzionale (n. 141 del 23 marzo 1996) in materia di incandidabilità degli amministratori locali, in cui è stata sancita l'illegittimità costituzionale di quelle disposizioni che non facevano riferimento a tal fine a sentenze di condanna passate in giudicato. È la stessa Consulta in questa sentenza a sostenere, a proposito della incandidabilità originaria, che “la sancita ineleggibilità assume i caratteri di una sanzione anticipata”, laddove evidentemente il lessico utilizzato quanto meno adombra il carattere di “pena” legato ad una sentenza di condanna, che non a caso deve essere definitiva per produrre tali effetti interdittivi, pena la sua irragionevolezza ed incostituzionalità.

Infine, sempre a livello di giurisprudenza costituzionale, il relatore si permette di richiamare l'attenzione pure sulla recentissima sentenza della Consulta (sentenza n. 118 del 5 giugno 2013), la quale – nell'affermare l'illegittimità costituzionale di articoli di una legge della Regione Campania per invasione della competenza legislativa statale – ha dovuto nella sostanza escludere che le disposizioni riguardanti le incandidabilità alle cariche elettive e alla decadenza delle medesime rientrino esclusivamente nella materia delle ineleggibilità e delle incompatibilità dei consiglieri regionali, che in quanto tali sono devolute dall'articolo 122, primo comma, Cost., alla legge regionale (nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica), rilevando, seppur a proposito della sospensione dal mandato in funzione cautelare, che tali disposizioni rientrano nella materia di competenza statale esclusiva: “ordine pubblico e sicurezza”, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, Cost. Benché si tratti dell'istituto diverso della sospensione automatica dalla carica dovuta, in ambito preventivo, alle stesse cause di decadenza per incandidabilità sopravvenuta, emerge un'evidente torsione rispetto ad una concettualità che collocava le cause di incandidabilità (con gli istituti connessi) nell'alveo esclusivo delle “cause particolarissime di ineleggibilità”.

Da ultimo, sia consentita una riflessione probabilistica. Stupisce il fatto che quella odierna sia la prima applicazione nei riguardi di parlamentari nazionali ed europei della misura della decadenza per incandidabilità sopravvenuta. Ma se tale misura si applica anche per i fatti anteriori al 5 gennaio 2013, il relatore si chiede come mai da quella data nessuna comunicazione da parte delle competenti Procure sia stata inviata con riferimento ai 945 parlamentari eletti della XVI legislatura (che ha avuto termine il 14 marzo 2013) ed ai 73 rappresentanti italiani al Parlamento europeo. Risulta arduo ritenere che nessuno si sia trovato in una situazione decadenziale del genere, dal momento che sono oltre un migliaio i potenziali interessati con riferimento a sentenze di condanna definitive depositate (all'incirca) nell'ultimo quinquennio. Viene quanto meno il dubbio che prima della Procura di Milano non tutte le Procure potrebbero aver dato tale interpretazione retroattiva della normativa de qua.

*E) Problematiche di legittimità costituzionale*

*I) Applicazione retroattiva a sentenze di condanna riferite a fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 23 del 2012.*

Sulla base della ricostruzione che precede si propone di sollevare una questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost. e all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 della Cedu, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, trattandosi di una sanzione di tipo penale.

*II) Applicazione retroattiva a sentenze di condanna emesse prima del 5 gennaio 2013, ancorchè diventate definitive successivamente, con riferimento all'art. 111 Cost.*

Il decreto legislativo dicembre 2012, n. 235 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 3 del 4 gennaio 2013 e quindi è entrato in vigore il 5 gennaio 2013, data la clausola di immediata entrata in vigore di cui all'art. 18 del decreto stesso. Trattandosi di norme limitative di diritti fondamentali, sarebbe superfluo ricordare che è necessaria evidentemente la massima cautela nella loro interpretazione.

Per quanto concerne i profili più squisitamente processuali, anche volendo far riferimento al principio del *tempus regit actum*, occorre però chiedersi se legittimamente il decreto possa applicarsi sì alle sentenze formalmente divenute definitive dopo la sua pubblicazione, ma “pronunciate” prima del 5 gennaio 2013. Ed è proprio la fattispecie del senatore Berlusconi: non a caso la Procura generale della Corte di appello di Milano ha inviato al Presidente del Senato l'estratto della sentenza di condanna nei riguardi del senatore Berlusconi *emessa dal tribunale ordinario di*

*Milano in data 26 ottobre 2012, diventata definitiva il 1° agosto 2013, come recita la nota di trasmissione del 2 agosto 2013.*

Il decreto legislativo sul punto è lacunoso, non contenendo esplicite disposizioni chiarificatrici a tal fine, anche se sembra aver (se non altro implicitamente) data per irrilevante il problema sollevato, laddove l'art. 16 del decreto stabilisce quale norma transitoria che il decreto si applica solo alle sentenze di condanna pronunciate su richiesta delle parti previste dall'articolo 444 del codice di procedura pronunciate successivamente alla data di sua entrata in vigore, per ciò stesso facendo intendere che negli altri casi tale cesura temporale non dovrebbe valere.

E già a questo proposito si possono porre i primi dubbi in termini di ragionevolezza, nel senso che l'istituto dell'incandidabilità si applicherebbe alle sentenze di condanna pronunciate quando nell'ordinamento tale sanzione non era prevista, seppur diventate definitive successivamente. Vero è che tale sanzione non è disposta dal giudice ma consegue *ex post* alla sentenza di condanna, ma è evidente che in tal caso le parti durante il processo non hanno avuto interesse (e quindi non hanno esercitato il loro impegno processuale) affinché la condanna di primo grado scendesse "sotto soglia" dei due anni o l'imputazione fosse derubricata ad un reato la cui pena edittale massima sia fissata "sotto soglia" dei sei anni di reclusione (magari a fronte della comminazione della stessa pena detentiva).

Ma la mancata possibilità di difendersi nel corso del processo di primo grado (da cui scaturisce la condanna poi diventata definitiva) da una conseguenza interdittiva, che restringe diritti fondamentali, va analizzata fino in fondo: ad avviso del relatore costituzionalmente potrebbe non ritenersi sufficiente il fatto che i giudizi successivi, che si sono limitati a confermare la sentenza di primo grado, si siano svolti dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 235 del 2012, ma sarebbe "ragionevole" reputare necessario che l'imputato avesse potuto coltivare i suoi diritti per evitare la conseguenza di tale misura interdittiva, particolarmente afflittiva per coloro che già svolgono attività politica, già nel corso del giudizio di primo, tanto più se è quella condanna ad essere diventata definitiva.

Al riguardo, un possibile problema di costituzionalità si pone in relazione al pieno rispetto dei principi sul cosiddetto "giusto processo" di cui all'art. 111 della Costituzione, laddove l'art. 16 del decreto esclude solo la rilevanza delle sentenze "patteggiate" prima della sua entrata in vigore e non anche di quelle emesse prima, ancorchè diventate definitive successivamente.

*III) Irretroattività delle sole sentenze su richiesta delle parti ex art. 444 CPP, con riferimento agli articoli 24 e 3 Cost.*

La legge delega conteneva sì il riferimento alle sentenze di cui all'art. 444 CPP come efficaci ai fini dell'incandidabilità, ma non la previsione della loro irretroattività, che è stata introdotta nella sua autonomia dal Governo, evidentemente accortosi della problematicità di un'applicazione *tout court* retroattiva della disciplina dell'incandidabilità dei parlamentari nazionali ed europei sulla base del principio (che però è squisitamente processuale) del *tempus regit actum*.

Evidentemente per le sentenze pronunciate sulla base di questo rito accelerato il Governo potrebbe essersi ricordato dei principi di cui in particolare alla sentenza della Corte costituzionale 25 luglio 2002, n. 394: il sistema delle pronunce su richiesta delle parti “è costruito in modo che l'imputato possa determinarsi alla sua scelta con piena consapevolezza delle conseguenze giuridiche derivanti dall'applicazione della pena su richiesta, così da poterne adeguatamente ponderare i benefici e gli svantaggi”. Come però rilevato dallo stesso relatore Ferranti nella seduta delle Commissioni riunite I e II della Camera del 18 dicembre 2012, tale eccezione di irretroattività non è espressamente prevista dalla delega né sono esplicitate le ragioni nella relazione illustrativa dello schema di atto normativo. In quella occasione l'onorevole Ferranti citava anche il fatto che lo stesso ministro di giustizia pro tempore, professoressa Severino, avrebbe dichiarato alla stampa che «il criterio della ostatività o il criterio della ineleggibilità non può valere per i patteggiamenti passati perché ritornerebbe a carico dell'imputato in maniera irrazionale». Secondo il ministro, l'incandidabilità prevista dall'attuazione della delega «in nessun caso può essere determinata da un patteggiamento intervenuto prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. (...) Chi decide di patteggiare invece di percorrere la strada del processo ordinario al momento della decisione deve essere messo nelle condizioni di conoscere quali saranno le conseguenze della sua scelta. Si tratta di un criterio scelto sulla base della ragionevolezza».

Tuttavia, l'irretroattività delle sole sentenze “patteggiate” – seppur prevista extra delega a tutela del diritto di difesa dell'imputato che ha richiesto tale rito – rischia di determinare una “discriminazione alla rovescia” per chi invece è stato condannato con rito ordinario: infatti, anche colui il quale decide, nel momento in cui potrebbe farlo, di non richiedere il rito premiale deve evidentemente avere piena contezza dei benefici a cui rinuncia non sollecitando l'applicazione dell'art. 444 CPP, altrimenti verrebbero compromessi gli articoli 3 e 24 della Costituzione. Proprio nel caso odierno emerge lampante che medesimi fatti, stesso *tempus commissi delicti*, addirittura condanna alla stessa pena possono determinare o meno l'incandidabilità a seconda del rito “casualmente” (sotto questo specifico aspetto, che all'epoca non era diritto vigente) prescelto dall'imputato. In breve: se il senatore Berlusconi avesse

chiesto (quando poteva farlo) ed ottenuto una sentenza su richiesta delle parti per i fatti addebitati, ora evidentemente sarebbe sicuramente al riparo da un'applicazione retroattiva. Però all'epoca in cui avrebbe potuto optare per il rito alternativo, non era ancora nemmeno vigente la legge di delega sull'incandidabilità.

Per queste ragioni, con riferimento alle citate conseguenze legate all'irretroattività delle solo sentenze applicate su richiesta delle parti, con un'evidente compressione dei diritti della difesa, si propone di sollevare altresì questione da legittimità costituzionale nei riguardi dell'art. 16, con riferimento agli articoli 24 e 3 della Costituzionale, nella parte in cui non prevede l'irretroattività delle sentenze anche di primo grado diventate definitive dopo l'entrata in vigore del decreto n. 235 del 2012, ma pronunciate in precedenza quando la parte non poteva valutare in tutti i suoi aspetti la convenienza processuale a scegliere il rito abbreviato e lo stesso giudice non ha potuto che effettuare un giudizio sulla congruità della pena risultante poi necessariamente incompleto.

#### *IV) Art. 65 Cost.*

Vi è poi un'altra questione di legittimità costituzionale, probabilmente più radicale, che è quella relativa alla compatibilità stessa del nuovo istituto dell'incandidabilità con l'articolo 65 della Costituzione. Come noto, questa disposizione costituzionale va considerata *lex specialis* rispetto all'articolo 51, primo comma, della Costituzione, il quale stabilisce in generale, vale a dire fuori dall'ambito delle cariche elettive parlamentari, una discrezionalità legislativa più ampia, ragionando in termini di "requisiti stabiliti dalla legge" per l'accesso alle cariche elettive in generale.

Ma l'articolo 65 della Costituzione stabilisce che la legge determina non *tout court* i requisiti di accesso alla carica di parlamentare, bensì "i casi di ineleggibilità e incompatibilità con l'ufficio di deputato o di senatore". Pertanto, secondo un'autorevole lettura (Zanon, 2007), la legge può intervenire "solo" a stabilire cause di ineleggibilità e di incompatibilità, e non altre cause di limitazione dell'elettorato passivo. Il relatore è ben consapevole della definizione della Corte costituzionale, secondo cui "la non candidabilità va considerata come particolarissima causa di ineleggibilità" (v. sentenze n. 407 del 1992 e n. 141 del 1996). Tuttavia, a parte il significato da attribuire a tale superlativo assoluto, l'incandidabilità è un istituto ibrido, che sembra collocarsi a metà strada fra la nozione classica di "incapacità elettorale passiva" (laddove vi sia carenza di requisiti quali l'elettorato attivo, l'età e secondo alcuni l'alfabetismo) e l'ineleggibilità vera e propria, con riferimento alla quale però la stessa Corte costituzionale ha espresso il rilievo per cui il legislatore stesso non può collegare l'ineleggibilità a situazioni personali che il soggetto stesso

non possa liberamente rimuovere (sentenze n. 97 del 2001 e n. 141 del 1996). La stessa Consulta, in quest'ultima sentenza, ha precisato che "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 ammesso per le cause di ineleggibilità". Ma per ciò stesso sembrerebbe ardua l'assimilazione fra i due istituti, visto che in un caso sarebbe possibile la libera rimovibilità dell'impedimento e nell'altro no, differenza non di poco conto, non meramente procedurale, ma che differenzia in modo ineludibile la "ontologia" e la *ratio essendi* dei due istituti.

Sono infatti differenti anche le *rationes* dei due istituti: le cause di incandidabilità si riferiscono ad uno *status* di inidoneità funzionale assoluta e non rimovibile da parte dell'interessato, mentre le cause di ineleggibilità sono stabilite allo scopo di garantire la eguale e libera espressione del voto... rispetto a qualsiasi possibilità di *captatio benevolentiae* esercitabile dal candidato o di *metus potestatis* nei confronti dello stesso (Cassazione civile, sez. I sentenza n. 3904 del 2005).

Pertanto, si propone di sollevare questione di legittimità costituzionale nei confronti degli articoli 1, 2 e 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012, nella parte in cui prevedono l'istituto dell'incandidabilità e dell'incandidabilità sopravvenuta nei riguardi di parlamentari nazionali, con riferimento all'articolo 65 della Costituzione.

#### V) Art. 3 Cost. (per irragionevolezza)

La difesa del senatore Berlusconi (v. il parere del professor Guzzetta) ha richiamato l'attenzione su un particolare profilo di illegittimità costituzionale, che il relatore reputata in concreto rilevante ed in astratto non manifestamente infondato.

L'articolo. 1, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, appare contrastante con l'articolo 3 della Costituzione, in termini di non ragionevolezza, laddove prevede che non possono essere candidati "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".

Infatti, il solo riferimento all'entità della pena in concreto comminata nella sentenza di condanna e all'entità della pena edittale prevista, senza alcun riferimento alla tipologia del reato, comporta innanzitutto l'assenza di qualsiasi matrice unitaria nei delitti presi in considerazione, la quale invece dovrebbe giustificare in termini unitari di "indegnità morale" il sacrificio al diritto fondamentale di elettorato passivo, con

ciò rendendo le relative prescrizioni rispondenti ai requisiti di legalità e di proporzionalità rispetto allo scopo perseguito. La situazione opposta invece si verifica nella vigente ipotesi inversa (di assenza di una matrice unitaria nella terza categoria dei delitti rilevanti).

Infine, la mancata previsione di un elenco di delitti a matrice unitaria può condurre a conseguenze in termini di incandidabilità del tutto casuali, sperequati ed irragionevoli, come dimostrato dagli esempi riportati nello stesso parere *pro veritate* prima citato, tra cui le condanne per delitti quali il furto con strappo, il furto in abitazione, la calunnia, il furto aggravato o la truffa aggravata.

*Art. 76 Cost.*

Altresì: si potrebbero profilare anche vari motivi denotanti un eccesso di delega e rilevanti proprio nella fattispecie de qua, seppur con un differente tasso di incidenza, con una conseguente possibile violazione anche dell'art. 76 Cost. per mancato rispetto della legge di delega (art. 1, commi 63, 64 e 65, della legge n. 190 del 2012) quale parametro interposto di costituzionalità.

Sotto il profilo della giurisprudenza costituzionale, anche per brevità espositiva, il relatore si limita a ricordare i contenuti di una delle prime sentenze della Corte costituzionale (la n. 3 del 1957), tuttora fondamentale, nella quale il vizio dell'eccesso di delega è stato nella sue grandi linee ascritto alla “mancanza, anche parziale, di delegazione, nonché all'uso del potere normativo da parte del Governo oltre il termine fissato, ovvero in contrasto con i predeterminati criteri direttivi o per uno scopo estraneo a quello per cui la funzione legislativa fu delegata”.

A) *La decadenza di diritto (lett m, comma 63, art. 1)*

Verifichiamo innanzitutto il tenore letterale dell'art. 1, comma 63, lettera m), che delega il Governo a disciplinare “*le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto dalle cariche di cui al comma 63 (che contempla indistintamente tutti i mandati elettivi, sc.) in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all'affidamento della carica*”. Ebbene: correttamente il Governo non ha proceduto a prevedere la sospensione per i parlamentari in carica (per gli evidenti dubbi di costituzionalità), ma altrettanto correttamente avrebbe dovuto non prevedere la decadenza per gli stessi parlamentari in carica, e forse addirittura a maggior ragione anche dato il tenore della delega, che si riferisce solo alla “decadenza di diritto”, istituto che non può riguardare i parlamentari in carica stante l'art. 66 Cost., per cui non a caso – come in precedenza ricordato – la prima versione dello schema di decreto è stata corretta con la cancellazione dell'originaria

formula: “decadenza di diritto” (l’unica in realtà esente dal vizio dell’eccesso di delega, ma per converso incostituzionale) e con il riferimento all’art. 66 Cost., ma ciò comporta che non sia più una “decadenza di diritto” bensì una decadenza rimessa all’applicazione da parte della Camera di appartenenza. Ma se non si versa nell’ipotesi della “decadenza di diritto”, e questo è incontestabile, allora è altrettanto evidente che via stato un eccesso di delega, non potendosi la lettera m) intendersi come riferita anche alla carica di parlamentare, come del resto lo stesso legislatore delegato ha correttamente ritenuto per l’altra fattispecie del sintagma, vale a dire la sospensione dalla carica.

Per questi motivi si propone di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell’art. 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012, laddove prevede la decadenza per incandidabilità sopravvenuta, per eccesso di delega in violazione dell’art. 76 Cost., con le motivazioni sopra riportate.

*B) La terza categoria di delitti rilevanti per l’incandidabilità (lett b., comma 64, art. 1)*

La lettera *b)* del comma 64 dell’articolo 1 della legge n. 190 del 2012 prevede, in fine come clausola di chiusura, che non sono candidabili coloro che abbiano riportato una condanna a pena superiore a due anni di reclusione per i delitti per i quali la legge preveda una pena edittale la cui pena detentiva superiore nel massimo a tre anni. Il legislatore delegato, alla lettera *c)* del comma 1 dell’art 1, ha individuato questa terza categoria ostativa facendo riferimento ai 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. N

Nella relazione illustrativa allo schema finale di decreto, diramato dal DAGL della PDCM il 25 dicembre 2012, si giustifica questa scelta rilevando che sul punto la delega ha riconosciuto al legislatore delegato «un ampio margine di discrezionalità limitato soltanto dal richiamo, quale parametro-soglia, a reati la cui pena edittale risulta essere sintomatica di una certa gravità e allarme sociale (“pena detentiva superiore nel massimo a tre anni”)». Quindi, «per evitare esclusioni (o inclusioni) irragionevoli che avrebbero potuto determinare la violazione del principio di eguaglianza (articolo 3 Cost.)», si è ritenuto di fare riferimento ai delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni. Si tratta dei reati che l’ordinamento riconosce già gravi in quanto solo per essi è possibile la custodia cautelare. “Il Governo ha quindi ritenuto di utilizzare un parametro di pericolosità del reato già previsto ad altri fini dalla legge, al quale, almeno espressamente, non è fatto riferimento nella legge delega” (secondo le significative parole della relatrice Ferranti nella seduta delle Commissioni riunite I e II della Camera del 18 dicembre 2012),

Ad avviso del relatore tale interpretazione della delega potrebbe anche non considerarsi corretta, in quanto il principio dettato dal legislatore delegante appare volto ad indicare al Governo la necessità di individuare reati specifici, la cui pena massima non può comunque essere inferiore a tre anni. Nel caso di specie il Governo ha effettuato la selezione utilizzando un parametro che potrebbe non risultare coerente con i principi di delega, in quanto invece ha fatto riferimento alla gravità del reato desumibile dall'entità della pena massima prevista dalla legge.

Si potrebbe invece ritenere – ad avviso del relatore in modo non manifestamente infondato – che il legislatore delegato avrebbe dovuto elencare i reati appartenenti alla cosiddetta terza categoria, tenendo conto che deve trattarsi comunque di reati incompatibili con l'esercizio delle funzioni pubbliche elettive.

*C) L'aumento della durata dell'incandidabilità*

Il comma 3 dell'art. 13 del decreto stabilisce un aumento di un terzo della durata delle incandidabilità nel caso in cui il delitto sia stato commesso con abuso dei poteri o in violazione dei doveri connessi al mandato elettivo o di governo. Tale durata "maggiorata" non era contemplata affatto dalla legge di delega.

Ad avviso del relatore l'accertamento di tale aggravante - evidentemente se risultante o meno dalla sentenza di condanna, tra l'altro con l'ulteriore problematica della esclusiva o meno rilevanza della contestazione della circostanza aggravante tipica di cui all'art. 61, comma 9, del codice penale - sembrerebbe essere di spettanza della Camera di appartenenza, magari (per quanto ora di interesse ai fini della rilevanza della questione di costituzionalità) proprio in sede di procedura per la decadenza da incandidabilità sopravvenuta, esplicitamente o implicitamente che sia.

La valutazione circa la eventuale durata "maggiorata" *ex post* sentenza non potrebbe che spettare alla Camera competente in caso di incandidabilità sopravvenuta o addirittura agli uffici elettorali deputati alla ricezione delle candidature e alle proclamazioni in caso di incandidabilità originaria. In questa ultima circostanza fra l'altro la legge non ha specificato a quale giudice sia devoluta la cognizione delle eventuali controversie.

Tuttavia, è sin troppo evidente che la legge delega non conteneva la previsione di tale aggravante - sulla cui sussistenza o meno ad avviso del relatore la Giunta e l'Assemblea dovranno esprimersi in sede di eventuale pronuncia di decadenza per incandidabilità sopravvenuta del senatore Berlusconi – per cui vi è un altro dubbio non manifestamente infondato sul puntuale rispetto dei criteri di delega.

*D) La decorrenza dalla definitività della condanna anche in merito alla pena accessoria (ai fini del coordinamento di cui alla lett e., comma 64, art. 1)*

*Prima facie* la lettura del combinato disposto degli articoli 1 e 13, comma 1, del decreto legislativo n. 235 lega la decorrenza dell'incandidabilità e la "decadenzialità" dal mandato parlamentare per incandidabilità sopravvenuta a partire dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna alla (sola) pena detentiva.

Ma anche a prescindere dalle teorie penalistiche sulla formazione progressiva del giudicato penale, emerge un evidente "vizio" di coordinamento tra i due istituti dell'incandidabilità e della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici – e con ciò violando il criterio direttivo in tal senso di cui all'art. 1, comma 64, lett. e) della legge 6 novembre 2012, n. 190 – come emerge proprio nell'attuale stato della procedura parlamentare concernente il senatore Berlusconi, che riguarda l'eventuale decadenza per incandidabilità sopravvenuta, quando però restano in teoria ancora due gradi di giudizio per la determinazione definitiva della durata della pena accessoria.

Nonostante che l'art. 13, comma 1, commisuri il periodo dell'incandidabilità al "doppio della durata della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici comminata dal giudice", quanto meno la lettera delle disposizioni richiamate (artt. 1 e 13) sembrerebbe reputare sufficiente il passaggio in giudicato della sola sentenza di condanna alla pena detentiva. Ma oltre ad un possibile eccesso di delega, come tale costituzionalmente rilevante, non può non appalesarsi un'irragionevole contraddizione logica, come emerge proprio nel caso in esame: la Giunta deve pronunciarsi sulla decadenza senza conoscere la durata esatta di quella che sarà la durata della pena interdittiva e quindi senza conoscere la stessa durata dell'incandidabilità, che pure rappresenta un utile elemento di ausilio decisorio.

Questo motivo di costituzionalità viene sollevato in chiave, per così dire, tuzioristico, in quanto a parere del relatore si potrebbe anche addivenire ad una interpretazione costituzionalmente (ma forse prima ancora logicamente) conforme, nel senso di privilegiare un'interpretazione logico-sistematica - a suo avviso possibile sulla base degli ordinari criteri ermeneutici – che ritenga necessario attendere il completamento del passaggio in giudicato dell'intera condanna in tutti i suoi elementi.

#### *VI) Art. 138 Cost.*

Infine, ma veramente *last but not least*, va poi sollevato un ulteriore profilo, che non può essere frettolosamente e superficialmente definito formalistico, riguardando invece un utilizzo costituzionalmente corretto delle fonti incidenti sullo *status* dei parlamentari in carica.

Se la decadenza per incandidabilità sopravvenuta trova un possibile precedente nell'ordinamento parlamentare, vale a dire la "sanzione costituzionale" della decadenza dal mandato parlamentare comminata dalla Consulta nel 1979 all'onorevole Tanassi nell'ambito di una condanna penale per reati ministeriali, così

come allora previsto dall'art. 15, secondo comma, della legge costituzionale n. 1 del 1953, non sembri peregrino sostenere che per stabilire decadenze sanzionatorie dallo *status* costituzionalmente protetto di parlamentare in carica sia necessaria una norma di rango costituzionale, come non a caso è la citata legge costituzionale n. 1 del 1953 di cui (ancora una volta non a caso) si è avvalsa la Corte costituzionale per poter disporre la decadenza dell'onorevole Tanassi.

Forse possono essere – onde avvalorare una questione di legittimità costituzionale incentrata sull'inidoneità della fonte ordinaria – significativamente ricordate per analogia le recenti conclusioni della stessa Corte costituzionale (19 ottobre 2009, n. 262) a proposito del cosiddetto “lodo Alfano” (la legge n. 124 del 2008), che ben si attagliano anche alla fattispecie di nostro interesse: “Questa complessiva architettura istituzionale, ispirata ai principi della divisione dei poteri e del loro equilibrio, esige che la disciplina delle prerogative contenuta nel testo della Costituzione debba essere intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né in *peius* né in *melius*. Tale conclusione, dunque, non deriva dal riconoscimento di una espressa riserva di legge costituzionale in materia, ma dal fatto che le suddette prerogative sono sistematicamente regolate da norme di rango costituzionale. Tali sono, ad esempio, le norme che attengono alle funzioni connesse alle alte cariche considerate dalla norma denunciata...”. E potrebbero citarsi, sempre per analogia, anche altri passi della predetta giurisprudenza costituzionale, così come sotto il profilo comparatistico potrebbe ricordarsi che istituti analoghi, come il recall o la decadenza in caso di trasmigrazione ad altro gruppo politico rispetto a quello di elezione, sono in genere previsti direttamente nelle Carte fondamentali dato il rilievo materialmente costituzionale della materia trattata.

Per questi motivi si propone di sollevare questione di legittimità costituzionale nei riguardi dell'articolo 3 del decreto n. 235 del 2012 per violazione dell'art. 138 Cost. con le motivazioni anzidette.

#### *VII) Profili sollevati ma non richiamati*

La difesa del senatore Berlusconi, seppur in atti diversi e con toni differenti, ha indicato ulteriori profili di possibili dubbi di legittimità costituzionale, sui quali però il relatore non ritiene opportuno richiamare l'attenzione della Giunta: la violazione dell'art. 66 Cost. da parte dell'art. 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012; l'irragionevolezza e la sproporzione degli effetti dell'incandidabilità (questione non rilevante perché il giudizio della Giunta riguarda l'incandidabilità sopravvenuta); l'irragionevolezza ed elusione della delega con la disciplina delle pene accessorie e

della determinazione della durata dell'incandidabilità (*idem*). Infine, non sono stati presi in considerazione ai fini dell'art. 117, primo comma, Cost., alcuni rilievi riguardanti la violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, tra cui il mancato rispetto dell'art. 3 del Protocollo n. 1, anche con riferimento all'art. 14 della CEDU, in quanto concernenti l'incandidabilità, nonché la violazione dell'art 13 della CEDU a causa della mancata possibilità di far valere una “doglianza” di illegittimità costituzionale, in quanto ad avviso del relatore tale facoltà può esser esercitata presso la Giunta del Senato, titolare del potere di sollevare questioni di legittimità costituzionali.

*E) Le singole questioni di legittimità costituzionalità*

Per quanto concerne l'articolazione dei prospettati rilievi di costituzionalità in puntuali questioni di legittimità costituzionalità, da sottoporre al giudizio della Corte di giustizia dell'Unione europea, il relatore ipotizza il seguente schema.

Per i motivi esposti la Giunta:

- 1) Dichiarà rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 1 2 e 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, per contrasto con l'articolo 65 della Costituzione, nella parte in cui prevedono l'istituto dell'incandidabilità e dell'incandidabilità sopravvenuta nei riguardi di parlamentari nazionali.
- 2) Dichiarà rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, per contrasto con l'articolo 76 della Costituzione, in relazione all'articolo 1, comma 64, lett. b) della legge 6 novembre 2012, n. 190, laddove prevede che non possono essere candidati “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”, mentre la predetta norma delegante fa riferimento a condanne “per i delitti previsti nel libro secondo, titolo II, capo I, del codice penale ovvero per *altri delitti* per i quali la legge preveda una pena detentiva superiore nel massimo a tre anni”, laddove è evidente l'*intentio legis* nel senso che anche quest'ultima categoria di delitti rilevanti ai fini dell'incandidabilità venga individuata dal delegato mediante una specifica elencazione e non un semplice riferimento al solo criterio dell' entità della pena comminata e della pena edittale prevista per il delitto accertato.
- 3) Dichiarà rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, per violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in termini di ragionevolezza, laddove prevede che non possono essere candidati “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”, laddove il solo riferimento all’entità della pena in concreto comminata nella sentenza di condanna e all’entità della pena edittale prevista comporta l’assenza di qualsiasi matrice unitaria nei delitti presi in considerazione, la quale invece dovrebbe giustificare in termini unitari di “indegnità morale” il sacrificio al diritto fondamentale di elettorato passivo e la cui mancanza può condurre a conseguenze in termini di incandidabilità del tutto casuali, sperequati ed irragionevoli.

- 4) Dichiarò rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, per contrasto con l'articolo 76 della Costituzione, in relazione all'articolo 1, comma 63, lett. m) della legge 6 novembre 2012, n. 190, laddove prevede la decadenza nei riguardi dei parlamentari da deliberare ai sensi dell'art. 66 della Costituzione, mentre la predetta norma delegante si riferisce solo al diverso istituto della “decadenza di diritto” non applicabile nei confronti di senatori e di deputati.
- 5) Dichiarò rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, per violazione dell'articolo 138 della Costituzione, in quanto viene prevista la decadenza dal mandato parlamentare mediante disposizione avente (solo) forza di legge ordinaria.
- 6) Dichiarò rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, per violazione degli articoli 25, secondo comma e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, approvata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella parte in cui non esclude dall'applicazione del decreto anche le sentenze di condanna relative a fattispecie concrete svoltesi prima dell'entrata in vigore del decreto stesso.
- 7) Dichiarò rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, per violazione degli articoli 24 e 111 della Costituzione, nella parte in cui non esclude dall'applicazione del decreto anche le sentenze di condanna emesse a seguito di processi svoltisi prima della sua entrata in vigore, ancorchè diventate definitive successivamente.
- 8) Dichiarò rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, per violazione degli articoli 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non prevede l'irretroattività delle sentenze anche di primo grado diventate definitive dopo l'entrata in vigore del decreto n. 235 del 2012, ma pronunciate in precedenza quando l'imputato parte non poteva valutare in tutti i suoi aspetti la convenienza processuale a scegliere il rito abbreviato di cui all'art. 444 del codice di

procedura penale e lo stesso giudice non ha potuto che effettuare un giudizio sulla congruità della pena, risultante poi necessariamente incompleto.

- 9) Dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3, del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, per contrasto con l'articolo 76 della Costituzione, in relazione all'articolo 1, commi 63 e 64 della legge 6 novembre 2012, n. 190, laddove prevede un aumento di un terzo della durata delle incandidabilità, nel caso in cui il delitto sia stato commesso con abuso dei poteri o in violazione dei doveri connessi al mandato elettivo o di governo, in totale assenza di una disposizione delegante sul punto.
- 10) Dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 - per contrasto con l'articolo 76 della Costituzione, in relazione all'articolo 1, comma 64, lett.e) della legge 6 novembre 2012, n. 190, per violazione del criterio direttivo ivi previsto del coordinamento tra le previsioni concernenti i due istituti -, laddove non prevede che l'incandidabilità e l'incandidabilità sopravvenuta si applichino a coloro che hanno riportato condanne definitive non solo alla pena detentiva ma anche alla pena accessoria se comminata.

\* \* \* \* \*

Sulla base di quanto esposto il relatore sottopone alla Giunta la proposta di sollevare una questione incidentale riferita ai descritti dieci diversi profili di illegittimità costituzionale, reputati rilevanti e non manifestamente infondati.

Il relatore propone infine che – in caso di approvazione della proposta - gli sia conferito mandato, sulla base della relazione illustrata e della conseguente discussione, di redigere l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale e di curare i successivi adempimenti formali.

**SEGUITO DELLA RELAZIONE SULLA VERIFICA DELLE ELEZIONI NELLA  
REGIONE MOLISE (3)**  
(rel. Sen. Augello)

**DECADENZA DEL SENATORE BERLUSCONI A SEGUITO DI INCANDIDABILITA'  
SOPRAVVENUTA**

**3. Proposta di rinvio pregiudiziale di tipo interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea**

*A) Fatto*

Come noto, in data 2 agosto 2013 la Procura generale della Corte di Appello di Milano ha inviato al Presidente del Senato l'estratto della sentenza di condanna nei riguardi del senatore Berlusconi – emessa dal tribunale ordinario di Milano in data 26 ottobre 2012 e diventata definitiva il 1° agosto 2013 – alla pena di quattro anni di reclusione con riferimento al reato di frode fiscale, di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, con riferimento a fatti svoltisi fino al 26 ottobre 2004 (come specificato in sentenza). A sua volta il Presidente del Senato ha in pari data trasmesso tale documentazione al Presidente della Giunta, che ne ha subito informato il relatore per la regione Molise.

In particolare, la Corte di Cassazione, sezione feriale, ha pronunciato il 1° agosto 2013, con la sola lettura del dispositivo, una sentenza nei riguardi del senatore Berlusconi, con cui è stata annullata la sentenza impugnata limitatamente alla statuizione concernente la condanna alla pena accessoria dell'interdizione temporanea per anni cinque dai pubblici uffici (per violazione dell'art. 12, comma due, del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74) ed è stata disposta la trasmissione degli atti ad altra sezione della Corte di appello di Milano ai fini della rideterminazione della pena accessoria nei limiti temporali previsti dal citato articolo 12, ai sensi dell'articolo 133 del codice penale, mentre rigettava nel resto il ricorso in Cassazione del senatore Berlusconi nei cui riguardi dichiarava irrevocabili tutte le altre parti della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 64, comma 2, del codice di procedura penale.

La Procura competente, nella nota di trasmissione della documentazione di cui sopra, ha fatto esplicito riferimento agli articoli 1 e 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, in materia di incandidabilità e di incandidabilità sopravvenuta. Al riguardo, effettivamente il citato articolo in materia di frode fiscale stabilisce quale pena edittale massima la reclusione fino a sei anni. Pertanto, essendo stato il senatore Berlusconi condannato alla pena della reclusione di quattro anni (di cui tre condonati in applicazione dell'indulto di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 2006) per tale reato, si pone il problema dell'eventuale applicabilità dell'istituto della decadenza per incandidabilità sopravvenuta per il combinato disposto dei citati articoli 1 e 3 del decreto n. 235 del 2012, che rendono rilevanti le “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”.

In data 7 agosto, il Presidente del Senato ha trasmesso al Presidente della Giunta copia dei testi integrali della citata sentenza del tribunale di Milano n. 10956 del 26 ottobre 2012 e della sentenza della Corte d'Appello n. 3232 del 23 maggio 2013 (comunicate dalla cancelleria della Corte di Cassazione), il cui invio era stato sollecitato dal relatore in quanto considerato più conforme al dettato dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012 – che stabilisce al riguardo “la comunicazione delle sentenze”, e non del mero estratto o del dispositivo – e più funzionale alla completezza dell'esame parlamentare.

Successivamente, il 28 agosto 2013, il senatore Berlusconi ha depositato la propria documentazione difensiva, entro il termine di venti giorni assegnatogli dalla Giunta stessa nella seduta del 7 agosto 2013 – in cui si è avuto un “celere avvio” del procedimento sull’incandidabilità sopravvenuta - in applicazione analogica e garantistica dell’art. 8 del Regolamento per la verifica dei poteri. In particolare, il senatore Berlusconi nella sua missiva ha preannunciato l’intenzione di presentare un ricorso alla Corte europea dei diritti dell’uomo sulla vicenda in esame, con riferimento all’art. 7 della CEDU, rinviando ai contenuti di sei pareri *pro veritate* che venivano depositati, tre dei quali redatti da esperti in materie penalistiche (i professori Pansini, Spragnher e Marandola e tre da esperti in diritto costituzionale (Guzzetta, Nania e - insieme - Caravita di Toritto, De Vergottini e Zanon).

In data 29 agosto 2013 si è avuta notizia del deposito del testo integrale della sentenza della Corte di Cassazione decisa il 1° agosto, di cui il relatore - ai sensi dell’art. 10, comma 4, del Regolamento per la verifica dei poteri -ha immediatamente chiesto l’acquisizione al Presidente della Giunta per il tramite del Presidente del Senato, che poi ha trasmesso formalmente la sentenza il 3 settembre 2013.

Infine, il 7 settembre, come preannunciato, il senatore Berlusconi ha fatto pervenire copia del testo del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 7 della CEDU.

Nella nota del Presidente della Repubblica del 13 agosto 2013 significativamente, proprio in relazione a questo caso, si afferma che “di qualsiasi sentenza definitiva e del conseguente obbligo di applicarla, non può che prendersi atto”. E proprio con questo spirito il relatore ha svolto il proprio compito, con scrupolo allo scopo di garantire un'applicazione – “secondo diritto”, se è consentita una locuzione forse un po' *retrò* – che doverosamente tenga conto di tutti i risvolti giuridici implicati in una fattispecie così complessa, la cui rilevanza (non solo politica ma nell'ottica del relatore soprattutto) giuridica è vieppiù esaltata dal rappresentare il primo precedente parlamentare applicativo della misura della decadenza per incandidabilità sopravvenuta, e quindi destinato “a fare scuola”.

Lo stesso segretario del PD Guglielmo Epifani, pur nella fermezza del suo convincimento circa la conseguenza della decadenza a seguito della definitività della sentenza in questione, tuttavia ha più volte ribadito la necessità di non conculcare i diritti della difesa del senatore Berlusconi (v. anche l'intervista al TG3 delle ore 19 del 29 agosto 2013), affermando significativamente : " La Giunta del Senato si riunirà e valuterà le ragioni della difesa, come è giusto che sia, e poi deciderà (v. "Il Tempo" del 30 agosto 2013).

*B) Diritto interno, la procedura parlamentare e la natura dell’incandidabilità sopravvenuta (esposizione per rinvio).*

Il relatore – per brevità espositiva e per economia degli atti – rinvia per quanto concerne il diritto interno, la procedura parlamentare e la natura dell’incandidabilità sopravvenuta agli appositi paragrafi della relazione n. 2 riguardante la proposta di sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale; paragrafi che pertanto si considerano come acclusi e facenti parte anche della presente relazione n. 3.

*C) Diritto dell’Unione europea*

Già dal dibattito svoltosi nella seduta della Giunta del 7 agosto 2013 sono emerse posizioni diverse circa la retroattività o meno della incandidabilità sopravvenuta nella fattispecie concreta del senatore Berlusconi. Certamente opinioni differenziate sul punto sono pienamente legittime e comprensibili. Tuttavia, è altrettanto certo che non si può nemmeno affermare per la incandidabilità sopravvenuta la non inerenza, al di là di ogni ragionevole dubbio, del principio transnazionale di civiltà giuridica del *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*, né appaiono sicuramente dirimenti le note sentenze più volte citate per le motivazioni anzidette.

Il relatore reputa altresì fuorviante ed inutilmente dilatorio aprire ora una riflessione sulla eventuale differente portata – anche con riferimento alle diverse formule lessicali – della tutela assicurata al predetto principio dell'irretroattività della pena dall'art. 25, comma secondo, Cost., dallo stesso art. 15 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale ultima sembra fra l'altro assumere una valenza più elastica ed inclusiva circa i profili sanzionatori da garantire. Non è infatti questa la sede, in quanto la proposta del relatore non è di tipo accademico, ma innanzitutto operativa, volta ad acquisire il parere di un organo sovranazionale – che quindi non può essere oggetto nemmeno di ipotetiche polemiche strumentali circa una presunta mancanza di serenità di giudizio, come forse è quanto mai opportuno in questo difficile momento politico – su una questione quanto mai delicata, che per il profilo considerato chiama in causa anche l'esigenza di un puntuale rispetto di una fonte che si può definire in senso atecnico “primaria” nell'ordinamento comunitario quale la Carta europea dei diritti fondamentali, che l'interprete ha il dovere di applicare *magis ut valeat*.

L'articolo 49, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una definitiva versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione) - la quale ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, ai sensi dell'art. 6, punto 1, del Trattato sull'Unione europea) e va interpretata anche alla luce dell'articolo 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della connessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – stabilisce che “nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

Circa i lavori preparatori, nel corso delle quattro versioni che hanno caratterizzato la stesura dell'attuale art. 49 della Carta europea, vi sono state varie modificazioni al primo periodo del primo comma, culminate con l'eliminazione del riferimento esplicito al diritto dell'Unione europea. Mentre il secondo periodo – che è quello di nostro interesse, riguardando il principio dell'irretroattività della “pena più grave” – non ha subito alcun cambiamento nemmeno lessicale tra testo iniziale e versione definitiva, a riprova dell'unanime consenso originalista sul principio fondamentale *de quo*, tant'è che non furono presentate proposte emendative per ridurne la portata. Da qui discende il dovere per l'interprete di darne la massima espansione esegetica possibile.

In ogni caso, anche prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza, la Corte di giustizia di Lussemburgo (v. ad esempio sentenze 10 luglio 1984, C 63/83 e 13 novembre 1990, C- 331/88) aveva più volte fatto riferimento al principio della irretroattività delle norme penali che, in quanto diritto fondamentale, costituisce uno dei principi generali dell'ordinamento comunitario.

Per quanto riguarda in generale le disposizioni della Carta europea dei diritti dell'Uomo, la Corte di giustizia dell'Unione europea vi ha subito fatto riferimento all'indomani dell'entrata in vigore nella sua stessa piena precettività (v. sentenze 23 dicembre 2009, C 403/09 e 19 gennaio 2010, C 555/07).

Infine, si ricorda, *ad adiuvandum*, a livello di trattati internazionali “di tipo universale” (per l'elevatezza del numero degli stati ratificatori) anche il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici – adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella sua risoluzione 2200 A (XXI) del 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976 e ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978 a seguito della legge 25 ottobre 1977, n. 881 –, che all'articolo 15 così recita: “1. Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne”.

D) *La giurisprudenza della Corte EDU*

Va poi ricordato, per l'appunto, l'articolo 7, primo comma, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950: "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". Anche tale disposizione, con la relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, può avere una sua rilevanza nell'ordinamento comunitario, innanzitutto in generale con riferimento all'articolo 6, punto 3, del trattato sull'Unione europea, in base al quale "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Se anche, come noto, la Corte costituzionale (v. fra le altre la sentenza n. 80 del 2011) non ha accolto, almeno per il momento, la tesi della pretesa piena "comunitarizzazione" della CEDU (come invece ritenuto nella nota sentenza del Consiglio di Stato, sezione IV, 2 marzo 2010, n. 1220 a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), tuttavia tale Convenzione e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo devono comunque essere tenute in considerazione nel caso specifico, se non altro per il combinato disposto del citato articolo 49 e dell'articolo 52, punto 3, della stessa Carta europea dei diritti fondamentali, il quale prevede che "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non osta al diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa".

La dottrina che ha approfondito l'ambito di applicazione delle garanzie in materia penale, previste dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, ha evidenziato lo spiccato e gradualmente sempre più accentuato "atteggiamento sostanzialistico" della Corte EDU, con riferimento in particolare agli articoli 6 e 7 della Convenzione, stabilendo che tali principi debbano trovare applicazione riguardo a tutti gli illeciti e le sanzioni che posseggano determinati contenuti di afflittività, procedendo quindi "oltre le apparenze" e le "etichette" di volta in volta rinvenibili nei singoli ordinamenti nazionali. Brevemente: dal momento che la Corte europea dei diritti dell'uomo procede di norma ad una qualificazione autonoma dell'illecito penale, si può dedurre che le nozioni di pena e di accusa penale di cui all'art. 7 CEDU vengono riferite anche a misure sanzionatorie che non rientrano necessariamente nelle pene in senso stretto, definite significativamente "pene camuffate", in ragione del loro collegamento ad un illecito penale e alla gravità della sanzione imposta.

Significative al riguardo sono le stesse parole pronunciate dal Presidente della Corte Costituzionale Franco Gallo, nel corso della conferenza tenuta a Bruxelles il 24 maggio 2012 sui rapporti fra le due Corti, quando ha evidenziato che "nella definizione dei concetti giuridici la Corte italiana segue un indirizzo formalista; la Corte di Strasburgo, dovendo distillare regole da applicarsi a 47 diverse tradizioni nazionali, ha invece un approccio necessariamente sostanzialista".

Il relatore ricorda sinteticamente che consolidata giurisprudenza della Corte EDU ha individuato tre criteri di massima per la definizione delle nozioni di materia penale, pena o sanzione penale, effetto penale e così via (a partire dalla sentenza sul caso *Engel* sopra citata). Il primo è la qualificazione dell'illecito operata dal diritto interno: si tratta di un criterio particolare, a doppia valenza, cioè l'autoqualificazione dell'illecito è condizione sufficiente per considerarlo tale, ma non indispensabile, nel senso che la autoqualificazione contraria non è decisiva per escludere la natura penale di una conseguenza dannosa.

Il secondo criterio è dato dalla "natura" dell'illecito, per la quale rileva che le prescrizioni siano rivolte ad una generalità di destinatari e che abbiano un contenuto sostanzialmente punitivo e/o una dimensione intrinsecamente afflittiva. Infine, il terzo criterio si fonda sulla "gravità" della

sanzione, che impone di valutare l'entità della sanzione concretamente inflitta e le sue ripercussioni sul soggetto che la subisce,

Il relatore non ha la presunzione di potersi sostituire alla Corte di Strasburgo, presso la quale pende ora il ricorso trasmesso alla giunta dal senatore Berlusconi il 7 settembre scorso, nel quale sono contenuti rilievi analoghi. Tuttavia, se sono ancora validi i criteri sopra esposti, risulta arduo negare la natura penale nella fattispecie in esame. Manca il primo elemento, è vero, ma non è considerato decisivo, Anche se va aggiunto che nel caso di specie il diritto interno di per sé non ne dà nemmeno una esplicita qualificazione contraria. Mentre appare indubbia la sussistenza degli altri due criteri, ed in particolare la dimensione intrinsecamente afflittiva della misura e la gravità della sanzione, sussistente nel caso di specie in termini sia di durata ella misura che di particolare "dannosità" delle conseguenze inflitte (la perdita del mandato parlamentare).

In questi giorni è stata citata a confutazione una pronuncia della Gran Camera concernente la Lituania (Corte Edu, sentenza 6 gennaio 2011, *Paksas*). Ma nonostante le apparenze, il richiamo appare non del tutto pertinente, in quanto in quel caso la Corte ha fatto notare che la decadenza dal mandato parlamentare non rilevava ai fini degli artt. 6 e 7 della CEDU, in quanto era stata dichiarata dal Parlamento a seguito di una condanna conseguente ad una procedura di *impeachment*, che non riguarda un'accusa penale e non si svolge davanti ad un giudice penale, Come noto, il senatore Berlusconi potrebbe sì essere dichiarato decaduto dal Senato, ma sulla base di una sentenza penale di condanna, pronunciata da un giudice penale, con riferimento ad una fattispecie espressamente qualificata come reato. Risulta francamente difficile reputare identiche le due situazioni, perché il punto di fondo di quella pronuncia (la natura dell'*impeachment*) è del tutto estraneo alla procedura in corso.

Parimenti anche una nota sentenza concernente la Francia (Corte Edu, sentenza 21 ottobre 1997, *Pierre Bloch*) non appare pertinente perché anche in questo la decadenza dal mandato parlamentare, legata al superamento dei tetti di spesa, nel caso concreto non derivava da un procedimento penale, che pur avrebbe potuto essere attivato. Pertanto, la fattispecie accertata e la sanzione della decadenza da comminare non erano la conseguenza di una valutazione avvenuta all'interno di un procedimento penale.

In particolare, quanto al concetto di "materia penale", la Corte EDU si è anche soffermata sulla distinzione fra natura "preventiva" e natura "afflittiva", per ipotesi, delle misure di sicurezza personali: se a quest'ultimo proposito sono prevalenti le caratteristiche di afflittività, ad esempio, la giurisprudenza della Corte impone di ricomprenderle nella "materia penale", con l'applicazione delle relative garanzie (v. Corte EDU, Grande Camera, 17 dicembre 2009, M. contro Germania). E forse valorizzando e sviluppando appieno tale giurisprudenza potrebbe distinguersi, ai fini della garanzia dell'irretroattività per la "materia penale", tra incandidabilità originaria (dove forse sono prevalenti le finalità preventive) e decadenza per incandidabilità sopravvenuta, il cui carattere afflittivo non sembra possa essere messo in discussione.

Infine, proprio alla stregua del ricordato approccio sostanzialistico, con riferimento all'Italia, sono stati ricompresi in ambito penale, con le connesse garanzie, istituti e fattispecie che nell'ordinamento italiano, sotto il profilo della nomenclatura formale, erano stati da sempre considerati estranei a quell'ambito (ad esempio, con riferimento alle diverse tipologie di confisca: Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi S.r.l. c. Italia*).

Quale ulteriore elemento di ausilio ermeneutico, il relatore rammenta che la più recente giurisprudenza della Corte EDU ha dato una lettura quanto mai espansiva del ricordato articolo 7 anche da un punto di vista generale, ben oltre la *littera legis*: in particolare, includendo nel principio di legalità dei delitti e delle pene, con i corollari dell'esigenza di determinatezza delle previsioni punitive e del divieto di analogia *in malam partem*, anche il principio della retroattività della legge penale più mite (Corte Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*; 7 giugno 2011, *Agrati c. Italia*); oppure ritenendo rilevante ai fini della nozione di "legalità penale" e del connesso divieto di retroattività anche il diritto di formazione giurisprudenziale e non solo quello di produzione legislativa, anche negli ordinamenti di *civil law*

(v. già Corte Edu, Grande Camera, 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia* e poi soprattutto sentenza cit. del 17 settembre 2009).

Comunque sia, la stessa Corte costituzionale italiana (sentenza 4 giugno 2010, n. 196) ha incisivamente affermato: “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”.

Riassuntivamente e significativamente sia consentito citare un passo di una recente sentenza della Corte di Cassazione (SS. UU. Penali, 17 aprile 2012, n.14484): “Sul punto deve aggiungersi che la Corte EDU applica il principio di cui all’art. 7 CEDU all’intera materia penale ricomprendendo in questa tutte le infrazioni e sanzioni che, a prescindere dalla denominazione formale utilizzata da ciascun Stato membro, risultano caratterizzate da un contenuto sostanzialmente punitivo e da una dimensione intrinsecamente afflittiva. L’illecito punitivo amministrativo viene configurato come *un’entità diversa dal reato per grado ma non per sostanza* (v. Corte EDU, 06/08/1976, *Engel c. Olanda*; Corte EDU, 25/08/1987, *Lutz c. Germania*).

#### *E) Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE*

Sulla base di queste argomentazioni il relatore sottopone all'attenzione della Giunta la proposta – che reputa innanzitutto ragionevole e forse indispensabile ai fini della massima serenità nell'affrontare la fattispecie in esame – di sollevare un rinvio pregiudiziale di tipo interpretativo alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, lettera *b*), del Trattato sull'Unione europea e dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché – in ambito nazionale – dell'articolo 3, primo comma, della legge 13 marzo 1958, n. 204.

Come noto, la finalità del rinvio pregiudiziale è soprattutto quella di assicurare una forma di controllo, seppur indiretta, sulla compatibilità degli atti interni da applicare rispetto al diritto dell'Unione europea. Tale rinvio, come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale (v. da ultimo sentenza n. 75 del 2012), si presenta come doveroso ogni qualvolta un giudice ritenga che una disposizione di diritto nazionale possa non dover essere applicata in quanto contrastante con una norma dell'Unione europea stessa, anche prima di sollevare questione di legittimità costituzionale qualora non possa ricorrere direttamente alla disapplicazione. In queste circostanze, il giudice nazionale ricorre al rinvio pregiudiziale al fine di acquisire una pronuncia della Corte di Lussemburgo circa la corretta interpretazione di una norma dell'Unione europea; pronuncia da cui consegue di fatto anche la valutazione se tale interpretazione sia di ostacolo o meno all'applicazione della norma nazionale *de qua*.

È essenziale rilevare che la stessa Corte di giustizia dell’Unione europea ha affermato che “risulta ugualmente dalla giurisprudenza costante della Corte che, dal momento che una normativa nazionale entra nel campo di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto, quali essi risultano, in particolare, dalla Cedu (v., segnatamente, sentenze 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, Racc. pag. I-2925, punto 42, e 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, Racc. pag. I-4685, punto 31)” (nel noto caso *Roquette Frères*: Corte di giustizia., 22 ottobre 2002, causa C-94/00 ). E ad avviso del relatore la Giunta si trova proprio a dover applicare una normativa nazionale che, per le conseguenze che avrà nell’ordinamento italiano la sua pronuncia sulla decadenza per incandidabilità sopravvenuta del

senatore Berlusconi, entrerà nel campo di applicazione del diritto comunitario con riferimento alle prossime elezioni del Parlamento europeo.

Una ricerca relativa alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sul predetto articolo 49 della Carta non ha potuto che produrre risultati esigui, com'era prevedibile dal momento che la Carta stessa è stata inserita nel Trattato di Lisbona, che è entrato in vigore solo il 1° dicembre 2009. Ma proprio per questo si propone il rinvio pregiudiziale, in quanto è stata la stessa Corte costituzionale (ordinanza 16 giugno 1994, n. 244) a precisare che si deve adire la Corte di Giustizia solo in assenza di una precedente puntuale pronuncia, che dia “una interpretazione certa e affidabile” sulla rilevanza effettiva e non manifesta infondatezza della questione”.

Può tutt'al più rinvenirsi uno spunto specifico, sotto un profilo (quello della “proporzionalità”) diverso, ma ad avviso del relatore estremamente significativo, nella decisione della Corte del 25 settembre 1984 (caso *Koeneke*: 117/83, Rec. p. 3291, *point* 11), secondo cui una sanzione, anche di carattere non penale, non può essere inflitta se non alla luce di una norma giuridica chiara e non ambigua. Più in generale, quale elemento sintomatico di una tendenza “estensiva” della Corte lussemburghese, può citarsi la famosa sentenza del 3 maggio 2005 (cause riunite C-387/02, C 391/02 e C 403/02), in cui ha stabilito che il principio dell'applicazione della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”.

In ogni caso, proprio l'assenza di specifici precedenti chiarificatori nella giurisprudenza della Corte di giustizia, nel sistema del rinvio pregiudiziale, è il presupposto per sollecitare il parere di conformità; se invece fossero rinvenibili precedenti univoci in un senso o nell'altro, allora *a contrario* il rinvio sarebbe pleonastico ed al limite dell'inammissibilità.

Ad avviso del relatore la Giunta si trova esattamente nella prescritta situazione di dubbio circa il fatto che una norma interna possa non dover essere applicata perché produrrebbe conseguenze in contrasto con il diritto dell'Unione Europea (cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984 e sostanzialmente nello stesso senso già Corte di giustizia, sentenza 28 giugno 1978, causa 70/77, caso *Simmenthal SA*). In tale circostanza, occorre far ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea per ottenere una pronuncia sulla interpretazione di questa disposizione comunitaria, al fine di dare o meno applicazione ad una norma interna che non appare del tutto coerente con la prima che è sovraordinata.

Come ha specificato la stessa Corte costituzionale (v. in particolare sentenza n. 270 del 2008), anche prima di sollevare un'eventuale questione di legittimità costituzionale per violazione degli articoli 11 e 117, primo comma, Cost. per violazione del diritto dell'Unione europea (nel caso particolare in cui non sia possibile ricorrere direttamente alla disapplicazione della norma interna), occorre promuovere un rinvio pregiudiziale, in quanto l'onere di fornire “un'interpretazione certa ed affidabile che assicuri l'effettiva (e non già ipotetica e comunque precaria) rilevanza e non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale” deve essere assolto dal giudice nazionale o facendo riferimento per tale interpretazione ad una precedente sentenza della Corte di giustizia (che nel caso di specie è assente), oppure, in mancanza di precedenti, promuovendo un rinvio pregiudiziale. Ed è proprio questa la situazione in cui versa la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato, poiché a fronte di un dubbio di compatibilità che avrebbe per le sue conseguenze l'applicazione del diritto interno nell'ambito dell'ordinamento comunitario non è stato possibile rinvenire precedenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione Europea chiarificatrici in un senso o nell'altro.

## *F) La struttura e le ragioni del rinvio pregiudiziale*

### **I. Quadro giuridico dell'Unione**

Il 20 settembre 1976, il Consiglio ha adottato la decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom, concernente l'*Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nell'Assemblea a suffragio universale diretto* (G.U. dell'Unione europea L 278, pag. 1), che figura nell'allegato alla suddetta decisione.

Nella sua versione attualmente in vigore, tale Atto stabilisce all'art. 7, par. 1, diverse condizioni di incompatibilità con la carica di membro del Parlamento europeo. All'art. 7, par. 3, esso prevede però che «ogni Stato membro può (...) estendere le incompatibilità applicabili sul piano nazionale, alle condizioni di cui all'art. 7». In altri termini, ogni Stato membro ha diritto di aggiungere altre condizioni di incompatibilità ad assumere la carica di parlamentare europeo rispetto a quelle già previste dall'art. 7, par. 1.

Successivamente va ricordata la Decisione del Consiglio del 25 giugno 2002 e del 23 settembre 2002 (2002/772/CE, Euratom), che modifica l'Atto del 1976 (*Gazzetta ufficiale n. L 283 del 21/10/2002, pag. 0001 – 0004*), il quale tra l'altro, novellando l'art 12, ha stabilito che “Quando la legislazione di uno Stato membro stabilisce espressamente la decadenza del mandato di un membro del Parlamento europeo, il suo mandato scade in applicazione delle disposizioni di tale legislazione. Le autorità nazionali competenti ne informano il Parlamento europeo”.

Fondamentale rilevanza riveste poi la Direttiva 93/109/CE del Consiglio, del 6 dicembre 1993, relativa alle modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non sono cittadini (*Gazzetta ufficiale n. L 329 del 30/12/1993 pag. 0034 – 0038*), la quale in particolare all'art. 6 prevede: “1. Ogni cittadino dell'Unione che risiede in uno Stato membro senza averne la cittadinanza e che, per effetto di una decisione individuale in materia civile o penale, è decaduto dal diritto di eleggibilità in forza del diritto dello Stato membro di residenza o di quello dello Stato membro d'origine, è escluso dall'esercizio di questo diritto nello Stato membro di residenza in occasione delle elezioni al Parlamento europeo. 2. La candidatura di ogni cittadino dell'Unione alle elezioni del Parlamento europeo nello Stato membro di residenza è dichiarata inammissibile qualora detto cittadino non possa presentare l'attestato di cui all'articolo 10, paragrafo 2”, vale a dire un attestato delle autorità amministrative competenti dello Stato d'origine che certifichi che egli non è decaduto dal diritto di eleggibilità in tale Stato o che a dette autorità non risulta che il cittadino sia decaduto da tale diritto.

Anche tale Direttiva è stata di recente modificata dalla Direttiva 2013/1/UE del Consiglio, del 20 dicembre 2012 ( *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 26/27 del 26 gennaio 2013*). Si richiama l'attenzione sull'art.6, paragrafo 2, così novellato: «2. Lo Stato membro di residenza verifica che il cittadino dell'Unione che abbia manifestato l'intenzione di esercitare il proprio diritto di eleggibilità non sia decaduto da tale diritto nello Stato membro d'origine per effetto di una decisione giudiziaria individuale o di una decisione amministrativa, purché quest'ultima possa essere oggetto di ricorso giurisdizionale.»

## **II. Quadro giuridico nazionale**

La L. 27 marzo 2004, n. 78 - Disposizioni concernenti i membri del Parlamento europeo eletti in Italia, in attuazione della decisione 2002/772/CE, del Consiglio (G.U. n. 74 del 29 marzo 2004), ha recepito in diritto interno le modifiche apportate in ambito comunitario da tale decisione, individuando le funzioni che sono incompatibili *de iure* con la carica di membro del Parlamento europeo a partire dalle elezioni del 2004. Si tratta in sostanza delle stesse cause indicate dall'art. 7, par. 1, dell'Atto succitato.

Il combinato disposto degli artt. 1 e 4 del D. Lgs. 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'art. 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (G.U. n. 3 del 4 gennaio 2013), ha introdotto in Italia una serie di cause di incandidabilità *ex lege* alla carica di membro del Parlamento europeo spettante all'Italia.

Il decreto-legge 24 giugno 1994, n. 408, convertito con modificazioni nella legge 3 agosto 1994, n. 483, ha dato attuazione alla Direttiva del 1993, relativa alle modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non sono cittadini. Tra l'altro, novellando l'art. 4, secondo comma, della legge n. 18 del 1979, si prevede che “sono inoltre eleggibili alla medesima carica i cittadini degli altri Paesi membri dell'Unione che risultino in possesso dei requisiti di eleggibilità al Parlamento europeo previsti dall'ordinamento italiano e che non siano decaduti dal diritto di eleggibilità nello Stato membro di origine”.

La recente legge 6 agosto 2013, n. 96 ha previsto una delega al Governo per l'attuazione della Direttiva del 2013 prima citata (ancora non esercitata).

Quanto al recente decreto legislativo n. 235 del 2013 - mediante l'approvazione sofferta di un apposito emendamento, della cui stessa ammissibilità per difficile compatibilità con la normativa comunitaria forse non a caso si era dubitato (v. seduta delle Commissioni permanenti I e II della Camera del 25 ottobre 2011) - è stato esteso tout court il regime dell'incandidabilità e dell'incandidabilità sopravvenuta anche alle elezioni per i rappresentanti italiani al Parlamento europeo, nel senso che le stesse disposizioni sostanziali, addirittura i medesimi enunciati normativi, contemplano le tre tipologie di condanna da cui scaturiscono l'incandidabilità e l'incandidabilità sopravvenuta dei parlamentari nazionali e dei rappresentanti italiani al Parlamento europeo, tra l'altro solo con riferimento ai quali è prevista espressamente la misura della decadenza, mentre per i parlamentari italiani può essere presunta sulla base di quanto previsto per quelli europei, ad ulteriore riprova dell'intreccio normativo delle disposizioni relative agli uni e agli altri.

### **III. Considerazioni giuridiche rilevanti**

#### **3.1 Il requisito soggettivo**

Ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo può essere sollevato da un “organo giurisdizionale di uno degli Stati membri” (da “giudice a giudice”, secondo la formula gergale della prassi). È noto che il requisito della giurisdizionalità è una nozione unitaria di diritto dell'Unione Europea, per cui non è rilevante, ad esempio, il *nomen iuris* o la qualificazione di cui al diritto nazionale, tant'è che a volte la Corte di giustizia ha affermato la sussistenza del requisito della giurisdizionalità rispetto ad organi che, nell'ordinamento dello Stato membro, non venivano considerati giurisdizionali. Tale valutazione avviene caso per caso, con una certa elasticità al fine prioritario di favorire l'utilizzazione della procedura di rinvio onde garantire quanto più possibile l'uniformità dell'interpretazione del diritto dell'Unione, attraverso l'applicazione più lata possibile del principio del cosiddetto “soccorso giudiziale”.

È noto che la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea è stata quanto mai “largheggiante” in materia di ammissibilità dei ricorsi per sussistenza dei requisiti soggettivi dell'istante. A titolo esemplificativo la Corte di Giustizia ha ritenuto ad ogni effetto giudice: magistrato in sede cautelare (sentenza. del 24 maggio 1977, causa C- 107/76, *Hoffmann-La Roche* ); Pretore (sentenza. dell'11 giugno 1987, causa C- 14/86, *Pretore di Salò* ); Giudice per le indagini preliminari (sentenza. del 16 giugno 2005, causa C- 105/03, *Pupino*); Ufficio aggiudicazione appalti (sentenza. del 4 febbraio 1999, causa C- 103/97, *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG e Atzwanger AG c. Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz*); Tribunale amministrativo-economico spagnolo, inquadrato nell'organizzazione del Ministero delle Finanze (sentenza. del 21 marzo 2000, cause riunite C- 110/98 a 147/98, *Gabalfrisa SL e a. c. Agencia Estatal de Administración*

*Tributaria*); Tribunale arbitrale olandese (sentenza. del 30 giugno 1966, causa C- 61/65, *Vaassen-Gobbels c. beamttenfonds voor het Mijnbedrijf*); Commissione federale tedesca di sorveglianza sull'aggiudicazione degli appalti (sentenza. del 17 settembre 1997, causa C- 54/97, *Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft mbH c Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*); Organi professionali, come la Commissione dei ricorsi per la medicina generica (sentenza. del 6 ottobre 1981, causa C- 246/80, *Broekmeulen c. Huisarts Registratie Commissie*).

Sulla base di questo indirizzo giurisprudenziale, il relatore sottolinea precipuamente le funzioni di autodichia svolte dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari e a richiamare le pronunce della Corte costituzionale (v. il secondo “considerato” dell’ordinanza n. 117 del 2006) e della Corte di Cassazione (v. Sez. Un. civ., sentenze nn. 9151, 9152 e 9153 del 2008) circa la giurisdizionalità delle funzioni svolte dalle Assemblee e dai loro organi istruttori in materia di verifica dei poteri.

In particolare, la Corte costituzionale - fra le argomentazioni della predetta ordinanza - ha rilevato che “la definitiva dichiarazione di volontà, declinatoria della sua *giurisdizione*, è stata emessa dalla Camera dei Deputati (*Giunta per le elezioni*) quale organo avente natura *giurisdizionale*”. Mentre la Corte di Cassazione, nelle citate sentenze “gemelle”, ha richiamato la “*natura giurisdizionale* delle funzioni di autodichia svolta in proposito dalle Camere del Parlamento attraverso *propri organi*” (il corsivo è stato inserito ora, *ndr*).

Più in generale, la stessa Corte costituzionale (sentenza 19 ottobre 2009, n. 259) ha affermato che “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., è pacificamente riconosciuta, nelle ipotesi di contestazioni, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, *quale unica eccezione al sistema generale di tutela giurisdizionale in materia di elezioni* (sentenza n. 113 del 1993)”.

Infine, non sembri semplicistico voler valorizzare appieno le formulazioni letterali della stessa Costituzione, quale primo elemento esegetico dell’intento originalistico sotteso alle diverse disposizioni costituzionali: In quest’ottica si fa notare che il sintagma dell’art. 66 Cost stabilisce che “ciascuna Camera *giudica* dei titoli di ammissione dei propri componenti,,,” laddove il predicato verbale utilizzato – a differenza di altre possibili espressioni alternative (come *controlla*, *verifica* o *analizza*) – non può non avere ripercussioni sull’individuazione stessa della natura delle funzioni (per l’appunto, *giurisdizionali*) svolte dalle Camere in materia elettorale. E la lettera formale dell’art. 66 Cost. in questo caso coinciderebbe poi con la natura sostanziale delle funzioni (come a suo tempo riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale per le analoghe funzioni svolte dai consigli comunali e provinciali, i quali potevano perciò sollevare questione di legittimità costituzionale in sede di contenzioso elettorale: v. sentenze nn. 42, 43 e 44 del 1961, nonché n. 52 del 1962).

La stessa Corte costituzionale italiana (v. ordinanza n. 103 del 15 aprile 2008) ha ritenuto doveroso – anche se la Corte di Lussemburgo in varie occasioni si era occupata di casi analoghi, ma non esattamente corrispondenti a quello oggetto della sua cognizione – sollevare questioni interpretative pregiudiziali davanti alla Corte di giustizia UE, qualificandosi come organo giurisdizionale in unica istanza nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale, affermando che in questi ultimi, a differenza di quelli promossi in via incidentale, la Corte è l’unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia e che conseguentemente deve considerarsi possibile in tali giudizi effettuare il rinvio pregiudiziale, altrimenti risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia UE. Gran parte di queste argomentazioni può avere una sua validità per analogia anche nell’odierna procedura di verifica elettorale.

Infine – ma più che altro per completezza di analisi – resta da chiarire un ultimo punto, che forse non dovrebbe nemmeno essere affrontato, in quanto sarebbe fuorviante ritenere equivalenti il sollevare una questione di legittimità costituzionale e il presentare una richiesta di parere preventivo alla Corte di giustizia e quindi equiparare i relativi requisiti di ammissibilità. In ogni caso, a scopo del tutto tuzioristico, il relatore dichiara di considerare ormai superata la *querelle* (risalente ai primi

anni Sessanta) sulla necessità che nel contenzioso elettorale eventualmente debba essere l'Assemblea e non la Giunta a sollevare questioni incidentali, di costituzionalità o (nel caso di interesse) di rinvio pregiudiziale interpretativo. Sarà sufficiente ricordare le successive pronunce della Corte costituzionale sulla legittimazione del giudice istruttore civile (sentenza 10 giugno 1966, n. 62) o della stessa sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (sentenza 2 febbraio 1971, n. 2) a proporre questioni di legittimità costituzionale.

Sotto il profilo più squisitamente gius-parlamentaristico innanzitutto si fa presente che per prassi consolidata (v. da ultimo seduta della Giunta del 26 giugno 2013) il numero legale richiesto per le sedute di Giunta dedicate alla verifica dei poteri è quello della maggioranza assoluta dei componenti, vale a dire il *quorum* richiesto dal Regolamento generale (art. 30) per le sedi deliberanti e non meramente referenti, “data la natura virtualmente deliberativa delle pronunce della Giunta” (come specificato dallo stesso Presidente della Giunta nella citata seduta). Lo stesso art. 11, comma 2, del Regolamento per la verifica dei poteri prevede che (non le proposte di convalida ma) “le deliberazioni di convalida sono immediatamente comunicate al Presidente del Senato, ad ulteriore conferma delle funzioni virtualmente decisorie e definitive della Giunta in tale ambito. Tale “virtualità” è stata ulteriormente rafforzata con l'introduzione (nella seduta del Senato del 23 gennaio 1993) dello stesso art. 135-ter del Regolamento del Senato, che ha connotato le proposte della Giunta (addirittura anche quelle di decadenza) di “una resistenza passiva particolarmente rafforzata”, visto che l'Assemblea ne prende meramente atto, salvo ordine del giorno in dissenso (che deve essere motivato, presentato prima della fine della discussione generale e sottoscritto dal *quorum* elevato di venti senatori).

Comunque sia, probabilmente sono dirimenti i contenuti della citata ordinanza della Corte costituzionale n.117 del 2006, che ha considerato la Giunta dei due rami del Parlamento organi idonei a dichiarare “definitivamente” la volontà della Camera di appartenenza ai fini della declaratoria della propria “giurisdizione”.

Se poi ha un senso il dialogo fra le Corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo – forse anche positivizzato dal Trattato di Lisbona –, allora non può non essere ricordata la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (28 aprile 2009 – Ricorsi nn. 17214/05, 20329/05, 42113/04 – Savino ed altri c. Italia), la quale ha affermato, in riferimento all'art. 6 CEDU, la natura giurisdizionale degli organi di autodichia della Camera, come noto composti esclusivamente da deputati. In particolare, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che “il mero fatto che i membri dei due organi giurisdizionali della Camera dei deputati siano scelti tra i deputati membri della Camera non può far dubitare dell'indipendenza di questi organi giurisdizionali”. Ed anche questa è una pronuncia che ha un peso specifico ai nostri fini.

La problematica comunque si ridimensiona anche in considerazione dei contenuti della richiesta alla Corte dell'Unione europea: si tratta di un parere, di un interpello per un ausilio informativo, come dice la dottrina, di un “soccorso giudiziale” ai fini di fugare dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario da parte di un organo che deve applicare il diritto in determinate condizioni di terzietà. Diversa è la situazione invece dell'incidente di costituzionalità, in cui è più marcata la giurisdizionalità dell'attività compiuta a tal fine dall'organo *a quo*, il quale deve valutare la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità stessa, e quindi in un certo senso svolgere un'attività di controllo diffuso di costituzionalità. Per cui evidentemente la giurisdizionalità dell'organo *a quo* acquista contorni differenti nell'uno e nell'altro caso. Inoltre, trattandosi di un interpello e non di un ricorso che deve direttamente contestare la costituzionalità di una legge, il rinvio pregiudiziale evidentemente appare del tutto consono ad una fase istruttoria come l'attuale in corso di svolgimento davanti alla Giunta.

Del resto, vi sono noti precedenti che impongono di non appiattirsi ai fini di un giudizio prognostico sulla valutazione di ammissibilità della Corte di giustizia. Sarà sufficiente ricordare la vicenda del Consiglio di Stato in sede consultiva per l'emissione di un parere ai fini di un ricorso straordinario, che la Corte di giustizia dell'Unione europea (sez. V, sentenza 16 ottobre 1997, cause riunite da C 69/96 a C 79/96) aveva considerato abilitato a sollevare questioni pregiudiziali

comunitarie, in quanto organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (adesso art. 234). Di un certo interesse i criteri individuati proprio in quell'occasione dalla Corte di Giustizia ai fini della sussistenza del requisito della "giurisdizionalità", come l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la garanzia del contraddittorio fra le parti, l'applicazione di norme giuridiche in posizione di indipendenza e (in quel caso) l'alternatività del rimedio alla tutela in sede giurisdizionale (mentre per la verifica dei poteri si tratterebbe addirittura della "esclusività" del rimedio giustiziale). Invece, la Corte costituzionale (con sentenza n. 254 del 2004, quindi successivamente) ha negato al Consiglio di Stato la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità in questa sede consultiva.

Circa il rilievo che poi potrebbe avere la giurisprudenza della Corte EDU, relativa al fatto che i procedimenti riguardanti il contenzioso elettorale esulano dal campo di applicazione dell'articolo 6 della CEDU (v. ad esempio con riferimento all'Italia Comm. Europea dir. Uomo, 19 gennaio 1998, *Ricci*) in quanto riguardano l'esercizio di diritti a carattere politico e che non sono dunque relativi a "diritti e doveri di carattere civile" oppure la "fondatezza di un'accusa penale", occorre innanzitutto precisare che differenti potrebbero essere le conclusioni sul punto della Corte di giustizia dell'Unione Europea. Inoltre, potrebbe anche essere richiamata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui l'articolo 3 del Protocollo n. 1 implica dei diritti soggettivi, trattando in primo luogo del diritto di voto e di quello di candidarsi alle elezioni. Infine e soprattutto, ad un'attenta lettura della giurisprudenza sul citato articolo 6, emerge che il medesimo non impone che il contenzioso elettorale sia trattato da un organo giurisdizionale, ma non esclude né tanto meno fa divieto a che questo tipo di controversie sia affidato ad organi giurisdizionali, come del resto dimostra il fatto che non può certo essere disconosciuta la natura giurisdizionale del giudice civile o del giudice amministrativo quando sono investiti di controversie concernenti lo *status* dei consiglieri locali oppure le operazioni per le relative elezioni.

### 3.2 La pertinenza normativa

Le summenzionate cause di incandidabilità *ex lege* si cumulano, quanto agli effetti prodotti, alle condizioni di incompatibilità recepite dalla L. 27 marzo 2004, n. 78 ed operano in sostanza - come si ricava anche dalla lettura del titolo del Capo I - alla stregua di vere e proprie *cause ostative all'assunzione* della carica di membro del Parlamento europeo spettante all'Italia.

Ebbene, tali cause ostative sembrano costituire condizioni di incompatibilità nazionali ulteriori rispetto a quelle già previste dall'art. 7, par. 1, dell'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nell'Assemblea a suffragio universale diretto. Il legislatore italiano avrebbe cioè utilizzato la facoltà riconosciuta agli Stati membri dall'art. 7, par. 3, di tale Atto, ampliando il novero delle condizioni di incompatibilità applicabili sul piano nazionale.

In tale prospettiva, si può ritenere che *la disciplina contenuta nel combinato disposto degli artt. 1 e 4 del D. Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 si presenti come attuazione della previsione di cui all'art. 7, par. 3, dell'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nell'Assemblea a suffragio universale diretto.*

Inoltre, tale normativa incide, da un lato, sulla possibilità di un cittadino italiano di candidarsi alle elezioni per il Parlamento europeo nello Stato membro di residenza, nonché dall'altro lato sulla analoga facoltà di un cittadino di un altro Stato membro che voglia candidarsi in Italia quale Stato di residenza e si ritrovi in una delle situazioni di incandidabilità prevista dal decreto legislativo n. 235 del 2012 per una condanna ricevuta nel nostro Paese. E pertanto essa è destinata ad incidere sull'istituto della cittadinanza dell'Unione, sul principio di non discriminazione fra cittadini per origine e altri cittadini e sullo stesso diritto di libera circolazione e di soggiorno, vale a dire su quei valori e principi che l'ordinamento dell'Unione ricollega al diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo nello Stato membro di residenza.

Infine, la normativa si incrocia anche con le prescrizioni in tema di decadenza dal mandato di parlamentare europeo, di cui alla ricordata Decisione del Consiglio del 2002.

Se così fosse, detta disciplina rientrerebbe nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, e sarebbe di conseguenza assoggettata al rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (di seguito, la «Carta»), che ha lo stesso valore dei trattati comunitari (art. 6 del Trattato sull'Unione europea), nonché dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione.

Si ricorda infatti al riguardo che, come risulta dalla chiara giurisprudenza della Corte, l'ambito di applicazione della Carta, per quanto riguarda l'operato degli Stati membri, è definito all'art. 51, paragrafo 1, della medesima, ai sensi del quale le disposizioni della Carta *si applicano anche agli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione* (sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Akerberg Fransson*, punto 17).

Tale definizione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione è confermata dalle spiegazioni relative all'art. 51 della Carta, le quali, conformemente all'art. 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e all'art. 52, paragrafo 7, della Carta, debbono essere prese in considerazione per l'interpretazione di quest'ultima (sentenza 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, punto 32).

Di conseguenza, dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non possono esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. *L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta.*(ancora sentenza *Akerberg Fransson*, citata, punto 21)-

In ogni caso, a chiusura del ragionamento, ad avviso del relatore è del tutto dirimente, se mai ve ne fosse bisogno, proprio tale sentenza del 26 febbraio 2013 della Corte di giustizia dell'UE (Grande sezione), nella quale - non condividendo le conclusioni dell'Avvocato Generale - è stata affermata la propria competenza, ritenendo sussistente la "condizione" stabilita nell'art. 51, punto 1, della Carta europea dei diritti fondamentali, in base alla quale essa si applica agli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" (in quel caso era in questione il principio del *ne bis in idem*). Nello specifico particolare, la Corte di Lussemburgo ha reputato che le "fattispecie sostanziali di diritto interno", che hanno rappresentato le basi normative, da un lato, per l'applicazione (in quella fattispecie dedotta) delle sovratasse e, dall'altro lato, per l'instaurazione di un procedimento penale per frode fiscale (non ancora definito) nei confronti della stessa persona, sono entrambe "attuative" del diritto dell'Unione, pur non essendo il frutto di una "trasposizione" (punto 28). Ne è conseguita una lettura tendenzialmente estensiva del citato art. 51, punto 1, della Carta, destinata ad ampliare l'ambito di operatività dei diritti sanciti dalla Carta, come è stato sottolineato anche nei primi commenti della dottrina alla sentenza in oggetto. In sintesi, secondo Corte lussemburghese:

1) in una situazione in cui "l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione", il giudice nazionale, qualora sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali della disciplina interna attuativa del diritto dell'Unione, può applicare gli "standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione" (punto 29).

2) è sufficiente un legame attuativo "debole" tra diritto interno e diritto dell'Unione per non escludere l'operatività della Carta europea dei diritti dell'uomo, per cui se necessario prevale, in caso di divergenza, anche sullo stesso standard nazionale.

### 3.3 La rilevanza oggettiva

Circa il requisito della "rilevanza" della questione dedotta rispetto alla definizione della fattispecie concreta, nella ormai sterminata e disparata giurisprudenza della Corte di giustizia

dell'Unione europea in tema di ricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale è ormai consolidato il principio della “presunzione di pertinenza”, di cui godrebbero le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che egli individua sotto la propria responsabilità, del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza (v. per tutti sentenza 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, van der Weerd e a., punto 22). Accanto ad esso si è anche consolidato l'atro principio della “eccezionalità” (che non può che avere una valenza restrittiva) delle ipotesi invece in cui la Corte procede ad Corte esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale (v. *ex pluribus* sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/98, Preussen Elektra, Racc. pag. I-2099, punto 39). Infine, può citarsi un altro principio ormai acclarato, che in un certo senso “chiude il cerchio” sulla questione della ricevibilità, vale a dire quello della “manifesta estraneità” che sola rende possibile il rifiuto, da parte della Corte, di pronunciarsi su una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice nazionale: “qualora appaia in modo *manifesto* che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con l'effettività o l'oggetto della causa principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico, oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (v. per tutti sentenza 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, Melki e Abdeli). Quindi non sarebbe sufficiente adombrare dubbi sugli effetti indotti o dissertare sulla rilevanza più o meno diretta o indiretta della pronuncia della Giunta, in quanto dovrebbe invece emergere una manifesta estraneità.

Ebbene: al riguardo il relatore ritiene di poter far ricorso alla identica formula utilizzata dalla stessa Corte di Lussemburgo in un'occasione: “E' giocoforza rilevare che, nella fattispecie, non risulta manifestamente che le questioni poste dal giudice del rinvio rientrino in una delle ipotesi cui si riferisce la giurisprudenza richiamata al punto precedente” per escluderne la rilevanza (v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, punto 34). Ai fini dell'irricevibilità pertanto non basta un dubbio, ma deve esservi un manifesta non ricomprendibilità della fattispecie dedotta nelle categorie escludenti sopra richiamate.

Occorre infatti considerare nel suo complesso gli effetti interni ed esterni della pronuncia del Senato sulla decadenza per incandidabilità sopravvenuta. Infatti, un'eventuale decisione in senso favorevole, ad esempio, all'applicabilità dell'incandidabilità sopravvenuta al senatore Berlusconi per condotte tenute prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 235 del 2012 non potrà non riflettersi – come una sorta di “giudicato esterno” riverberantesi sulle questioni concernenti lo stesso bene – nell'ordinamento italiano sulla fase di ammissione delle candidature alle ormai prossime elezioni del Parlamento europeo del 2014, che in Italia viene gestita da Uffici elettorali facenti capo al Ministero dell'interno, i quali hanno natura amministrativa (come affermato dalla stessa Corte costituzionale) e quindi, ad esempio, non potrebbero rivolgere analogo quesito alla Corte di Lussemburgo.

Del resto appartiene alla prassi che gli uffici elettorali si attengano alla pronunce delle Giunte delle elezioni delle due Camere, con riferimento anche ad eventuali reclami, addirittura nella fase delle proclamazioni: v. ad esempio il verbale dell'Ufficio circoscrizionale della Regione Sicilia relativo alle elezioni del Senato del 2013, che così ha motivato il non accoglimento di un'istanza del MPA.

Né si potrebbe considerare alternativamente efficace l'eventuale domanda di rinvio pregiudiziale da parte del tribunale amministrativo competente, investito per ipotesi di un ricorso sulla esclusione di una candidatura al Parlamento europeo sulla base di un'interpretazione retroattiva del decreto legislativo n. 235 del 2012, perché evidentemente i prevedibili tempi del contenzioso amministrativo e delle stesse procedure del rinvio interpretativo presso la Corte di Lussemburgo rendono sostanzialmente impossibile affidarsi per risolvere la questione ermeneutica *de qua* alla fase giurisdizionale successiva alla attività amministrativa di ricezione delle candidature. Tanto più che, come noto, il 14 giugno scorso il Consiglio dei ministri UE ha anticipato dal mese di giugno al 22-25 maggio 2014 la data per il rinnovo del Parlamento europeo, riducendo quindi il periodo utile ai fini dell'espressione dell'eventuale parere interpretativo. Anche

per queste ulteriori puntualizzazioni il giudizio della Giunta appare veramente quello “ultimo” e “decisivo” in vista delle ormai imminenti elezioni europee.

Pertanto, quella del Senato sarebbe la prima pronuncia in Italia sull'incandidabilità a livello nazionale, introdotta per la prima volta relativamente ai parlamentari nazionali ed ai rappresentanti italiani al Parlamento europeo solo di recente dal decreto legislativo n. 235 del 2012 entrato in vigore il 5 gennaio 2013. Tra l'altro la disciplina è perfettamente identica, salvo le procedure applicative che ovviamente sono diverse dati i diversi livelli istituzionali dei due Consessi.

Il relatore ha inteso pertanto fondare il requisito della cosiddetta “rilevanza oggettiva” della pronuncia della Giunta valorizzando quella “portata rafforzata” della giurisprudenza, che proprio a livello europeo è emersa più di recente anche riguardo agli ordinamenti continentali (ad esempio, nel caso emblematico dell'irretroattività della sopravvenuta giurisprudenza più severa nei confronti di una stessa situazione).

Riassumendo: la decisione sulla incandidabilità sopravvenuta del senatore Berlusconi non potrà non riverberare effetti estesi nell'ordinamento italiano data la medesimezza della normativa italiana sull'incandidabilità alle Camere ed al Parlamento europeo. In particolare, avrà un effetto riflesso sulla possibilità o meno dello stesso Berlusconi di candidarsi al Parlamento europeo, perché è evidente che dopo una pronuncia di decadenza del Senato egli non avrebbe alcuna scelta in proposito. Ma, a ben guardare, vi saranno effetti di fatto anche sulla possibilità o meno di candidarsi da parte dei cittadini italiani i quali si trovino in situazioni analoghe alle sue, in quanto i citati Uffici elettorali dalla conclamata natura amministrativa non potranno che prendere atto della pronuncia del Senato e decidere di conseguenza sulla applicazione retroattiva o meno della normativa *de qua*.

Ed effetti di fatto anche più vasti potrebbero aversi anche in termini di compressione indiretta del principio della libertà di circolazione e di stabilimento dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, laddove come noto l'ordinamento

comunitario lega il diritto di voto anche nello Stato di residenza al predetto principio basilare, in quanto il cittadino italiano che voglia candidarsi in un altro Stato membro ove sia residente deve essere non solo in possesso dei requisiti di eleggibilità al Parlamento europeo previsti nello Stato ospitante, ma anche che non sia decaduto dal diritto di eleggibilità nello Stato membro di origine. Analogamente per quanto concerne il cittadino di un altro Stato membro residente in Italia, che voglia candidarsi in Italia, ma che si trovi in una situazione di incandidabilità a causa dell'applicazione del decreto legislativo n. 235 del 2012 di tipo retroattivo.

3.3 Così definito il collegamento tra la fattispecie in esame e il diritto dell'Unione europea, si può allora valutare la stessa alla luce di tale diritto e in particolare della Carta.

Al riguardo, si ricorda che nell'ordinamento dell'Unione vige con assoluta certezza e rigore il principio generale dell'*irretroattività della legge penale più sfavorevole*, corollario del principio di legalità, sancito all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e ribadito anche dall'art. 49 della Carta, secondo cui «nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso» (sul rilievo di tale principio, si cfr. Corte giust. 10 luglio 1984, causa 63/83, *Kirk*, punto 22; 8 febbraio 2007, causa C-3/06 P, *gruppo Danone c. Commissione*, punto 87).

Ora, si potrebbe ritenere che la disciplina contenuta negli artt. 1 e 4 del D. Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 introduca una sanzione di carattere penale - ostativa all'assunzione della carica di membro del Parlamento europeo spettante all'Italia - che non era prevista nell'ordinamento giuridico italiano al momento della commissione del reato accertato nella sentenza definitiva di condanna da parte del cittadino dell'Unione interessato.

Ma, allo stesso modo, si potrebbe considerare violato anche il principio del *ne bis in idem*, attualmente cristallizzato dall'art. 50 della Carta, secondo cui «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge» (In giurisprudenza si veda, ad es., Corte giust. 5 maggio 1966, cause 18/65 e 35/65, *Gutmann c. Commissione*; 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhem*; e più recentemente *Akerberg Fransson*, citata.)-

La regola, come noto, vieta il cumulo di due sanzioni penali della stessa natura per uno stesso comportamento. Ebbene, gli artt. 1 e 4 del D. Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 producono nel caso in esame proprio l'effetto perverso di cumulare una sanzione di carattere penale (la succitata "incompatibilità") a quella già prevista dall'art. 12 del D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 - Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'art. 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205 (*G. U. n. 76 del 31 marzo 2000*), il quale disciplina espressamente, tra le pene accessorie, l'interdizione dai pubblici uffici in caso di condanna per gli stessi, identici, delitti.

#### 4 Conclusione

Le violazioni dei diritti fondamentali summenzionati da parte degli artt. 1 e 4 del D. Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 sono suscettibili di provocare *una lesione attuale e concreta* della posizione giuridica di derivazione comunitaria dell'interessato (ma non solo), laddove fosse a lui applicata la disposizione di cui all'art. 1 del D. Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235.

A parte le conseguenze previste dall'art. 3 del D. Lgs. sull'accertamento della sopravvenuta incandidabilità alla carica di parlamentare nazionale, una simile decisione, invero, determinerebbe l'applicazione automatica anche e soprattutto degli effetti stabiliti dall'art. 4 del D. Lgs. relativamente alle condizioni di candidabilità a membro del Parlamento europeo.

Ora, ai sensi dell'art. 267 del Trattato di Lisbona e per costante giurisprudenza, qualora una normativa nazionale rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, i giudici nazionali (*e tutti gli organi aventi simile natura*) possono (se non sono di ultimo grado) o *debbono* (se, come nella specie, di tratta appunto *di una sola ed ultima istanza*) rinviare la questione alla Corte di Lussemburgo in via pregiudiziale perché questa fornisca tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione da parte del giudice nazionale della conformità della normativa nazionale in causa con i diritti fondamentali di cui detta Corte garantisce il rispetto.

Anche sulla base di quanto affermato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 117 del 2009 per quanto concerne l'idoneità delle Giunta delle elezioni ad esprimere la definitiva volontà dell'organo parlamentare quanto alla declaratoria di giurisdizione, forse data la non manifesta infondatezza del dubbio prospettato si potrebbe ritenere che la Giunta sia tenuta a decidere un rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Lussemburgo.

#### **IV.I quesiti interpretativi**

Per tali ragioni, si potrebbe proporre di sospendere il procedimento nazionale e sottoporre alla Corte di giustizia, in virtù dell'art. 267 TFUE, i seguenti quesiti pregiudiziali, così sintetizzabili:

- 1) Il principio generale *dell'irretroattività della legge penale più sfavorevole*, riconosciuto dall'art 49 della Carta, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina nazionale, quale quella contenuta negli artt. 1 e 4 del D. Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, nella misura in cui introduce una sanzione di carattere penale (o anche amministrativa alla luce della giurisprudenza della Corte EDU) - ostativa all'assunzione della carica di membro del Parlamento europeo spettante all'Italia - che non era prevista

- nell'ordinamento giuridico italiano al momento della commissione del reato accertato nella sentenza definitiva di condanna da parte del cittadino dell'Unione interessato?
- 2) Qualora si riconoscesse la natura penale della misura dell'incandidabilità, il principio generale del *ne bis in idem*, riconosciuto dall'art. 50 della Carta, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina nazionale, quale quella contenuta negli artt. 1 e 4 del D. Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, che cumula una sanzione di carattere penale - ostativa all'assunzione della carica di membro del Parlamento europeo spettante all'Italia - a quella già prevista (la pena accessoria all'interdizione dai pubblici uffici) dall'art. 12 del D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 in caso di commissione degli stessi delitti?
  - 3) Lo standard consolidato sui diritti di difesa induce a ritenere che si tratti di principi immanenti l'ordinamento internazionale e quindi comunitario (anche con riferimento all'art. 48, comma 2, della Carta europea), che inevitabilmente vengono in rilievo nel caso di una violazione posta in essere nell'area dell'Unione Europea. Ma si può ritenere siano stati rispettati appieno i diritti della difesa qualora un cittadino di uno Stato membro subisca una condanna penale, che comporta *ex lege* una restrizione di un diritto fondamentale e centrale in democrazia (l'impossibilità a candidarsi al Parlamento europeo), a causa di una sentenza che poi nell'*iter* processuale diventa definitiva (come nel caso di specie), ma che fu pronunciata nel corso di un processo in cui l'imputato non ha potuto coltivare in modo completo i suoi diritti di difesa, non avendo evidentemente potuto orientare la propria strategia defensionale anche allo scopo di evitare una condanna che comportasse questa misura interdittiva, non essendo ancora in vigore la normativa che la contempla?
  - 4) Infine, vi sono poi questioni sollevate dal senatore Berlusconi nel ricorso presentato alla Corte EDU il 7 settembre 2013 e riferite al mancato soddisfacimento dei requisiti di legalità e di proporzionalità, nonché alla violazione del divieto di discriminazione, a seguito della restrizione del diritto di elettorato passivo discendente dall'incandidabilità di cui al decreto legislativo n. 235 del 2012.

Per quanto concerne la loro articolazione in quesiti giuridici di tipo interpretativo, da sottoporre al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea, il relatore ipotizza il seguente schema.

- 1) Con riferimento alla determinazione da parte dello Stato membro delle cause di incandidabilità di un parlamentare europeo, se il diritto dell'Unione, e in particolare il principio generale di diritto dell'Unione che tutela il divieto di retroattività delle sanzioni penali più gravi, quale garantito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, osti all'adozione di una normativa nazionale che preveda in modo automatico l'incandidabilità per tutti coloro che abbiano riportato condanne definitive 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, anche quando tali condanne riguardino fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della normativa medesima.
- 2) Con riferimento alla determinazione da parte dello Stato membro delle cause di incandidabilità di un parlamentare europeo, laddove la normativa nazionale preveda in modo automatico l'incandidabilità per tutti coloro che abbiano riportato condanne definitive 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, se il diritto dell'Unione, e in particolare il principio generale di diritto dell'Unione che tutela il divieto di retroattività delle sanzioni penali più gravi, quale garantito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo

e delle libertà fondamentali, nonché dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, osti ad un'interpretazione della predetta normativa nazionale che ne estenda gli effetti alle condanne riguardanti fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della normativa medesima.

3) Con riferimento alla determinazione da parte dello Stato membro delle cause di incandidabilità di un parlamentare europeo, se il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il divieto di retroattività delle sanzioni penali più gravi, osti all'adozione di una normativa nazionale che preveda in modo automatico l'incandidabilità per tutti coloro che abbiano riportato condanne definitive 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, anche quando tali condanne riguardino fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della normativa medesima.

4) Con riferimento alla determinazione da parte dello Stato membro delle cause di incandidabilità di un parlamentare europeo, laddove la normativa nazionale preveda in modo automatico l'incandidabilità per tutti coloro che abbiano riportato condanne definitive 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, se il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il divieto di retroattività delle sanzioni penali più gravi, osti ad un'interpretazione della predetta normativa nazionale che ne estenda alle condanne rese per fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della normativa medesima.

5) Con riferimento alla determinazione da parte dello Stato membro delle cause di incandidabilità di un parlamentare europeo, se il diritto dell'Unione, e in particolare il principio generale di diritto dell'Unione che tutela il principio di legalità delle sanzioni penali ed il divieto di discriminazione, quale garantito, rispettivamente, dall'art. 7 e dall'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, osti all'adozione di una normativa nazionale che preveda in modo automatico l'incandidabilità per un periodo minimo di sei anni, per tutti coloro che abbiano riportato condanne definitive 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, anche nel caso in cui non sia applicata la pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici.

6) Con riferimento alla determinazione da parte dello Stato membro delle cause di incandidabilità di un parlamentare europeo, se il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il principio di proporzionalità delle sanzioni penali, l'art. 21 della Carta medesima, che sancisce il divieto di discriminazione, nonché l'art. 22, comma 2, TFUE, osti all'adozione di una normativa nazionale che preveda in modo automatico l'incandidabilità per un periodo minimo di sei anni, per tutti coloro che abbiano riportato condanne definitive 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, anche nel caso in cui non sia applicata la pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici.

7) Con riferimento alla determinazione da parte dello Stato membro delle cause di incandidabilità di un parlamentare europeo, se il diritto dell'Unione, e in particolare il principio generale di diritto dell'Unione che tutela il diritto di elettorato passivo, quale garantito dall'art. 3 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, osti all'adozione di una normativa nazionale che preveda in modo automatico l'incandidabilità per un periodo pari al doppio dell'eventuale pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici e, comunque, per un periodo minimo di sei anni, per tutti coloro che abbiano riportato condanne definitive 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, anche indipendentemente dall'applicazione della pena accessoria dell'interdizione temporanea.

8) Con riferimento alla determinazione da parte dello Stato membro delle cause di incandidabilità di un parlamentare europeo, se il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 20, comma 2, lett. f), e l'art. 39 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il diritto di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo, osti all'adozione di una normativa nazionale che preveda in modo automatico l'incandidabilità per un periodo pari al doppio dell'eventuale pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici e, comunque, per un periodo minimo di sei anni, per tutti coloro che abbiano riportato condanne definitive 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, anche indipendentemente dall'applicazione della pena accessoria dell'interdizione temporanea.

9) Con riferimento alla determinazione da parte dello Stato membro delle cause di incandidabilità di un parlamentare europeo, se il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, il quale garantisce il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato, laddove contempla anche come divieto di cumulo di due sanzioni penali della stessa natura per uno stesso comportamento, deve essere interpretato, osti all'adozione di una normativa nazionale che cumuli una sanzione di carattere penale ed afflittivo come l'incandidabilità (preclusiva all'assunzione della carica di membro del Parlamento europeo spettante all'Italia), prevista dagli articoli 1 e 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235) con la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici (anch'essa preclusiva all'assunzione della carica di membro del Parlamento europeo spettante all'Italia) prevista dall'art. 12 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, in caso di condanna definitiva, applicabile al caso concreto dedotto.

10) Con riferimento alla determinazione da parte dello Stato membro delle cause di incandidabilità di un parlamentare europeo, se il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 48, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che garantisce ad ogni imputato il diritto di difesa, osti all'adozione di una normativa nazionale che preveda in modo automatico l'incandidabilità per tutti coloro che abbiano riportato condanne definitive 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, anche quando tali condanne derivino da sentenze (che poi diventano definitive nel corso dei vari gradi di giudizio) pronunciate in processi in cui l'imputato non ha avuto modo di coltivare i diritti della difesa in modo completo, anche con riferimento a tale conseguenza interdittiva che restringe un diritto fondamentale di democrazia (la partecipazione alle elezioni del Parlamento europeo), in quanto non prevista all'epoca dello svolgimento del processo.

#### *G) Necessità ed urgenza di diritto interno del rinvio pregiudiziale*

In primo luogo, come accennato, il giudice di ultima istanza ha l'obbligo di sollevare un rinvio pregiudiziale ogni qual volta si appalesi un dubbio interpretativo circa il rischio di una possibile violazione del diritto comunitario legata alla decisione in via di assunzione. Infatti, l'art. 267, terzo comma, del TFUE sancisce che "quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte".

E non sembri peregrino rilevare che la violazione di tale obbligo è stato ritenuto fondativo di possibile responsabilità risarcitoria di tipo extracontrattuale da parte dello Stato nei riguardi del cittadino che abbia subito danni conseguenti (v. ad esempio Tribunale di Genova, VI Sez. Civile, sentenza 27 febbraio 2009, n. 1329 per la mancata presentazione da parte della Corte suprema di cassazione di una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte UE). Infatti, la stessa Corte di giustizia UE ha affermato: "Il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i

danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto [dell'UE] che sono loro imputabili si applica anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado» (sentenza 30 settembre.2003, *Köbler*, C-224/01).

Tra l'altro un interpello alla Corte di giustizia dell'Unione europea – “pre-interpretativo” rispetto alla prima applicazione della normativa nazionale sull'incandidabilità, anche in vista delle prossime elezioni europee – potrebbe anche essere utile al fine di evitare il rischio dell'apertura in futuro di eventuali procedure di infrazione (ai sensi degli articoli 258 e 259 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) presso la stessa Corte da parte della Commissione europea, che come noto spesso agisce anche su impulso di interrogazioni di deputati del Parlamento europeo e di denunce di privati cittadini, a causa dell'applicazione retroattiva o per possibili violazioni del principio del *ne bis in idem* in materia di sanzioni penali. Come noto, anche la violazione dell'obbligo di sollevare un rinvio pregiudiziale può di per sé comportare l'apertura di una procedura di infrazione (Corte giustizia UE., sentenze 12 dicembre.1996, *Accrington Beef Co. Ltd e a.*, C-241/95, e 23 febbraio 2006, *Atzeni e a.*, C-346/03 e C-529/03,).

In secondo luogo, sotto il profilo più squisitamente tecnico, ma con un'indubbia valenza politica, il relatore propone che la Giunta (onde evitare prevedibili spaccature in punto di merito) non esprima un preciso punto di vista quale giudice del rinvio, data la sua facoltatività, ai sensi dell'art. 94 del regolamento di procedura del 2012 della Corte di giustizia e del punto 26 delle stesse Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali per la presentazione delle domande di pronuncia pregiudiziale (v. *Gazzetta Ufficiale*, C n. 338 del 6 novembre 2012).

In terzo luogo, , sempre da un punto di vista tecnico: ai sensi dell'art. 105 del regolamento di procedura, il relatore propone che la Giunta richieda che il rinvio pregiudiziale sia sottoposto a procedimento accelerato, in deroga alle disposizioni regolamentari, innanzitutto perchè - dati i presupposti della richiesta di rinvio - il parere possa essere reso quanto prima in vista delle complesse procedure preparatorie per la convocazione dei comizi elettorali per l'elezione del al Parlamento europeo , in ragione dei requisiti di eleggibilità non solo del senatore Berlusconi, ma anche dei cittadini italiani e degli stessi cittadini di altri Stati residenti nella Penisola.

Inoltre, vi sono ragioni oggettive legate alla particolare natura della causa, che incide sullo *status* di un parlamentare in carica e dell'eccezionale rilevanza politica della vicenda, che riguarda un *leader* politico indicato nelle ultime elezioni politiche come capo di una coalizione (che ha ottenuto centinaia di eletti) ai sensi dell'art. 14-*bis*, comma 3, del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361.

Inoltre, sempre ai fini della massima urgenza, va ricordato che la pronuncia oggetto di rinvio pregiudiziale potrebbe avere una rilevanza seppur indiretta sul futuro regime di esecuzione della pena detentiva da parte dello stesso senatore Berlusconi, vista la possibilità astratta di richiedere appositi permessi per partecipare alle attività parlamentari, per cui si potrebbe far riferimento per analogia “sostanziale” all'ultimo comma dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in base al quale quando una questione pregiudiziale “è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile”.

Il relatore si rende pienamente conto che la strada proposta è quella classica di un *leading case*, che però a suo avviso è quasi un atto dovuto - non solo sotto il profilo giuridico per la ricordata obbligatorietà (prevista dal Trattato) da parte del giudice di ultima istanza se solo la questione viene sollevata – ma anche da un punto di vista procedurale e sostanziale.

Infatti, sotto il profilo procedurale, il rinvio pregiudiziale di tipo interpretativo, "da giudice a giudice", è previsto solo con riferimento alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, mentre assume caratteristiche del tutto diverse il parere consultivo della Corte di Strasburgo ai sensi dell'articolo 47 della CEDU. La difesa del senatore Berlusconi, con il ricorso alla Corte Edu depositato il 7 settembre scorso, ha posto alla Giunta problematiche di rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma la Giunta stessa per avere certezze, a fronte di opinioni prevedibilmente discordi, non potrebbe ad esempio preventivamente rivolgersi alla Corte di Strasburgo, almeno fino a quando non sarà data attuazione al punto 12, lett. d), della Dichiarazione

della Conferenza di Brighton del 20 aprile 2012, in cui si auspica l'introduzione di una procedura che consenta alla Corte di esprimersi su richiesta di pareri consultivi relativi all'interpretazione della Convenzione nel contesto di una causa specifica a livello nazionale. Ma attualmente un giudice si può solo rivolgere preventivamente, ricorrendone i presupposti, alla Corte di Lussemburgo.

Ma è soprattutto da un punto di vista sostanziale che la proposta di *leading case* ha le maggiori ambizioni, nel senso che a fronte di un problema posto dalla difesa del sen. Berlusconi che nei suoi confronti sia garantito il rispetto del principio dell'irretroattività delle pene, questo sì appartenente alle tradizioni costituzionali comuni e presente come noto in rilevanti atti sovranazionali, la Giunta quale organo giurisdizionale deve individuare la fonte in grado di offrire la migliore tutela al principio *de quo*, o se si preferisce, la tutela più intensa, anche alla luce dei contenuti della sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009. Ed in linea generale ed astratta, ricorrendone i presupposti applicativi, è proprio la Carta Europea dei diritti fondamentali, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, a poter, da un punto di vista generale ed astratto, garantire il più alto livello di intensità al principio in questione, alle quale pure l'articolo 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, garantisce una sfera più ampia di applicazione rispetto all'articolo 25, secondo comma, della Costituzione italiana, come interpretato dalla Corte costituzionale. Ma circa i rapporti tra Carta Europea dei diritti e CEDU, in particolare dopo il Trattato di Lisbona, si può affermare che i due testi sui diritti fondamentali "marcano uniti" per garantire il trattamento migliore più avanzato possibile, anche se - ed è questo un punto decisivo per il relatore - gli articoli 52 e 53 della Carta europea contengono non solo una "clausola di non regresso" della stessa rispetto alla Convenzione del 1950, ma soprattutto una disposizione "propulsiva" per cui la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo non solo non può discostarsi da quella della Corte di Strasburgo, ma può anche sancire un trattamento più favorevole al soggetto di un diritto fondamentale (data la "non preclusione" a che il diritto dell'Unione europea conceda una protezione più estesa: art. 52, punto 3, ultimo periodo).

Occorre responsabilmente essere consapevoli che, qualora la Giunta non risolvesse *sine aliquo dubio* la questione dell'assenza o meno di problematiche concernenti l'applicazione della decadenza dal mandato parlamentare per incandidabilità sopravvenuta anche con riferimento a fatti precedenti il 5 gennaio 2013, inevitabilmente nelle analoghe fattispecie future che dovessero verificarsi a livello di Parlamento nazionale ed anche di Parlamento europeo non potrebbe che essere riproposta tale problematica, che sarebbe rimasta colposamente "aperta" pur dopo la conclusione della vicenda in esame.

\* \* \* \* \*

Sulla base di quanto esposto il relatore sottopone alla Giunta la proposta di deliberare un rinvio pregiudiziale di tipo interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

Il relatore propone altresì che – in caso di approvazione della proposta - la Giunta richieda la procedura accelerata di cui all'art. 105 del regolamento della Corte di giustizia dell'Unione europea per le motivazioni esposte e che l'organo non si avvalga della facoltà di esprimere un punto di vista di merito sulla questione interpretativa sollevata, ai sensi dell'art. 94 del regolamento medesimo.

Il relatore propone infine che gli sia conferito mandato, sulla base della relazione illustrata e della conseguente discussione, di redigere l'atto di rinvio pregiudiziale e di curare i successivi adempimenti formali.