

## **La presunta incostituzionalità del Decreto Severino: tattica dilatoria o dubbio non manifestamente infondato?**

di *Andrea Severini* – Dottorando di Ricerca in diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi Roma Tre

**SOMMARIO:** *1. La disciplina dell'incandidabilità e della decadenza 2. Una questione pregiudiziale: la Giunta per le Elezioni è legittimata a sollevare il giudizio di costituzionalità? 3. I dubbi sulla legittimità costituzionale del D. Lgs. n. 235/2012. 3.1 Il decreto Severino ed il principio di irretroattività della legge penale 4. Rinviare la decisione alla Consulta o no? Questo è (era) il problema. 3.2 Altre questioni di legittimità costituzionale. 4. Rinviare la decisione alla Consulta o no? Questo è (era) il problema.*

### *1. La disciplina dell'incandidabilità e della decadenza*

Il decreto legislativo n. 235 del 31 dicembre 2012, meglio noto come “decreto Severino”, ha trascorso, da quando è entrato in vigore, due vite parallele: tanto osannato nei primi giorni di vigenza, quanto criticato ed addirittura ritenuto costituzionalmente illegittimo in queste ultime settimane.

Il motivo è evidente: è di questi giorni, infatti, la prima applicazione della sanzione della incandidabilità/decadenza ad un parlamentare, nella specie ad un senatore. Non si tratta certamente di un senatore qualunque, bensì di Silvio Berlusconi, il protagonista, nel bene e nel male, di un ventennio di storia politica italiana. Non stupisce, quindi, l'impatto mediatico che le questioni giuridiche suscitate dall'applicazione del decreto Severino hanno avuto e che meritano senza alcun dubbio un approfondimento, alla luce dei sei pareri dei noti giuristi consultati dallo stesso Berlusconi e del ricorso da questi depositato presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Prima di affrontare diffusamente i profili problematici, è opportuno descrivere sommariamente il quadro normativo di riferimento.

Con la legge n. 190 del 2012, il Parlamento ha delegato il Governo a provvedere, fra le altre cose, all'adozione di un decreto legislativo che regolasse la materia dell'incandidabilità alla carica di membro del Parlamento europeo, di deputato e di senatore della Repubblica.

L'esercizio del potere legislativo delegato è sfociato nella delibera e successiva pubblicazione del decreto legislativo n. 235 del 2012, che per comodità giornalistica porta il nome dell'allora Ministro della Giustizia. L'art. 1 del testo normativo individua i soggetti che non possono essere candidati e non possono comunque ricoprire la carica di deputato e senatore: si tratta di coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione per i delitti con finalità di terrorismo o di stampo mafioso; coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni per delitti contro la Pubblica Amministrazione; coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, a prescindere dalla tipologia del reato commesso.

L'art. 3 disciplina l'aspetto che qui maggiormente interessa, vale a dire l'ipotesi della causa di incandidabilità che colpisca un parlamentare già eletto e nel corso del mandato elettivo: si verifica in questa ipotesi la decadenza del soggetto interessato ai sensi dell'art. 66 Cost.<sup>1</sup>.

Da ultimo, l'art. 13 stabilisce la durata della sanzione, solo apparentemente legata alla previsione della pena accessoria dell'interdizione. Il primo comma, testualmente, dispone che *“l'incandidabilità alla carica di deputato, senatore e membro del Parlamento europeo spettante all'Italia, derivante da sentenza definitiva di condanna per i delitti indicati all'articolo 1, decorre dalla data del passaggio in giudicato della sentenza stessa ed ha effetto per un periodo corrispondente al doppio della durata della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici comminata dal giudice. In ogni caso l'incandidabilità, anche in assenza della pena accessoria, non è inferiore a sei anni”*.

Ad una prima lettura, il decreto Severino si caratterizza per alcuni aspetti problematici e di non facile interpretazione: siamo davanti ad un mero requisito per essere eletti oppure ad una vera e propria sanzione penale, per la quale varrebbe il principio di irretroattività *ex art. 25 Cost.*? L'indeterminatezza della durata può considerarsi lesiva del principio di legalità e di completezza del precetto penale?

---

<sup>1</sup> In ossequio al principio dell'autodichia, la disposizione citata sancisce che “ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità”. Come si può notare fin da ora, il testo normativo non prevede l'aspetto patologico dell'incandidabilità, e ciò crea non pochi problemi interpretativi circa questa sanzione.

Questi ed altri interrogativi vengono posti giornalmente ad insigni giuristi da qualsivoglia testata giornalistica da quando, l'1 agosto scorso, la sezione feriale della Corte di cassazione ha condannato il sen. Silvio Berlusconi alla pena della reclusione per quattro anni (di cui solamente uno da scontare per effetto dell'indulto) per il reato di dichiarazione infedele *ex art. 4, comma 2, d. lgs. n. 74/2000*.

Nel momento in cui scriviamo, la Giunta per le elezioni del Senato, che ha attivato la procedura ai sensi dell'art. 3 del decreto Severino sopra citato, ha respinto le questioni pregiudiziali poste dal relatore Augello, il quale aveva richiesto il rinvio alla Consulta ponendo la questione di legittimità costituzionale, oppure alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. A nulla, quindi, sembrano essere serviti i pareri ed il ricorso alla Corte EDU depositati dallo stesso Berlusconi.

Con la nuova deliberazione del 4 ottobre, la Giunta ha votato a favore della decadenza di Silvio Berlusconi, rimettendo la questione all'Assemblea per la deliberazione finale<sup>2</sup>.

Nonostante gli ultimi sviluppi, la questione suscita comunque un notevolissimo interesse giuridico, che ci porta ad analizzarla con un grado di approfondimento strettamente proporzionato alle esigenze di sintesi del presente scritto.

## *2. Una questione pregiudiziale: la Giunta per le Elezioni è legittimata a sollevare il giudizio di costituzionalità?*

Il primo profilo meritevole di interesse è la legittimazione, o meno, della Giunta per le Elezioni a sollevare il giudizio di legittimità costituzionale. In altri termini, l'organo del Senato può essere considerato alla stregua di un giudice *a quo* con il potere di ricorrere incidentalmente al sindacato della Corte?

Della questione si occupa, nello specifico, il parere del prof. Roberto Nania, il quale dà inizio alla sua analisi citando l'art. 23 della legge n. 87 del 1953, che si riferisce espressamente al caso del "*giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale*". Nei primi anni di attività, poi dando vita ad un

---

<sup>2</sup> Il dibattito politico si sta concentrando in questi giorni sulla modalità di votazione in Assemblea. A tal proposito, l'art. 113 del regolamento del Senato, prescrive, al terzo comma, che "sono effettuate a scrutinio segreto le votazioni comunque riguardanti persone e le elezioni mediante schede". Il rischio del ritorno dei franchi tiratori, che si sono palesati durante le ultime elezioni del Presidente della Repubblica, tengono in ansia lo schieramento che vorrebbe vedere applicato lo scrutinio palese alla votazione in questione.

orientamento consolidato, la Corte costituzionale ha interpretato estensivamente i concetti di “*giudice*” e di “*giudizio*”, con la finalità di ampliare il più possibile la propria area di intervento e di portare proficuamente a termine la propria opera di eliminazione delle norme incostituzionali.

A tal proposito, è sufficiente che ricorrano i requisiti soggettivi ed oggettivi<sup>3</sup> propri dell’organismo di giustizia: da un lato, l’appartenenza dell’organo all’ordine giudiziario; dall’altro, l’esercizio di una funzione obiettivamente giurisdizionale. In una notissima sentenza<sup>4</sup>, la stessa Corte ha precisato che si possono considerare “*autorità giurisdizionali*” anche “*organi che, pur estranei all’organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l’obiettiva applicazione della legge, ed all’uopo posti in posizione super partes*”. In altri termini, si può ritenere sufficiente lo svolgimento di un’attività oggettivamente giurisdizionale anche da parte di un soggetto che non appartiene all’ordinamento giudiziario per ritenerlo legittimato a sollevare la questione di legittimità costituzionale.

L’indirizzo giurisprudenziale appena citato si pone, quindi, l’obiettivo di evitare che rimangano alcune c.d. “zone grigie” sottratte al controllo di costituzionalità, e con esse interi settori dove trovano applicazione norme che altrimenti non verrebbero mai portate all’attenzione del giudice della legittimità costituzionale.

Se queste sono le coordinate da seguire, bisogna vedere come si possano applicare nel caso di specie. Viene in soccorso, è il caso di dirlo, la stessa Consulta, che in una pronuncia del 2006<sup>5</sup> ha definito la Giunta per le Elezioni della Camera dei Deputati un “*organo giurisdizionale*”. Non si vede allora perché non si possa declinare allo stesso modo l’equivalente organismo presente al Senato.

La stessa funzione svolta in tale consesso, ai sensi del già citato art. 66 Cost., è stata definita di natura giurisdizionale, in ossequio alla finalità della conservazione dell’autodichia ivi svolta<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Per il caso dell’operatività disgiunta dei due requisiti, si veda CICCONE, Lezioni di giustizia costituzionale, 2010, Giappichelli, 56 e segg., secondo cui “soltanto in casi eccezionali è stata ritenuta sufficiente la ricorrenza alternativa della qualità di giudice o dell’esercizio soggettivo della giurisdizione [...]. Pertanto, può essere ritenuto ‘giudice a quo’, ogni organo, anche non incardinato in un ordine giudiziario, che risulti legittimato a decidere definitivamente sull’applicazione di una norma, in posizione di radicale terzietà rispetto alle parti ed in contraddittorio con esse. L’esercizio della giurisdizione deve inoltre essere attuale, non potendo essere sollevata questione in ordine a norme che dovranno essere applicate in fasi successive del giudizio o che sono già state applicate in fasi precedenti”.

<sup>4</sup> Si tratta di Corte Cost., 2 luglio 1966, n. 83, in Foro it., 1966, I, 2367.

<sup>5</sup> Corte Cost., 23 marzo 2006, n. 117, in Foro it., 2006, II, 1784.

<sup>6</sup> In tal senso si veda Corte Cost., 19 ottobre 2009, n. 259, in Foro it., 2009, I, 3271.

Qualche dubbio ancor più fondato potrebbe residuare circa la posizione di terzietà della Giunta, trattandosi di organismo che rispecchia le maggioranze e minoranze politiche e comunque legato ad una discrezionalità ben più ampia rispetto a quella dei giudici, che sono subordinati solamente alla legge. Nel proprio parere, il prof. Nania affronta diffusamente questo aspetto, facendo notare che è lo stesso regolamento del Senato a dotare di una posizione terza ed imparziale il procedimento di verifica dei poteri, rievocando istituti tipici del processo penale: garanzia del contraddittorio in forma orale e scritta (artt. 13-16 reg. Sen. per la verifica dei poteri); apposita udienza pubblica della Giunta (artt. 14, 16 *ivi*); ammissione alla camera di consiglio per l'assunzione della decisione dei soli componenti della Giunta che abbiano preso parte alla seduta pubblica (art. 17, comma 2, *ivi*). Sembrano quindi riproposte le linee guida più importanti contenute nell'art. 111 Cost., dal principio del contraddittorio all'impossibilità di distogliere l'imputato dal proprio giudice naturale, terzo, imparziale e precostituito. Appaiono altresì limitate le logiche politiche, per natura dettate da interessi di parte, che potrebbero essere sottese al raggiungimento di una decisione così complicata. Da ultimo, le Camere sono l'unico organo competente ad applicare la legislazione in materia di decadenza dal mandato rappresentativo e ciò, in ossequio alla teoria delle "zone grigie" di cui si è dato conto poc'anzi, porta a guardare con favore alla proponibilità, da parte di queste, della questione di legittimità costituzionale<sup>7</sup>.

Sul punto, si deve dar conto dell'orientamento contrario, sostenuto dall'avv. Di Pardo, che ha rappresentato l'onorevole Di Giacomo, vale a dire colui che subentrerebbe in Senato a Berlusconi in caso di decadenza di quest'ultimo dalla carica di senatore. Questa tesi nega la legittimazione attiva della Giunta a sollevare questione di legittimità costituzionale, in quanto ciò comporterebbe un effetto sospensivo dell'efficacia della norma. In sostanza, si attribuirebbe alla Giunta il potere di sospendere, fino alla pronuncia della Corte, gli effetti di una norma approvata dal Parlamento, valida ed efficace per tutti. Secondo questa teoria, la Giunta non avrebbe il potere di sospendere gli effetti di una norma di legge, potere che spetta solo ed esclusivamente alla Corte costituzionale. In altri termini, la Giunta non potrebbe interrompere l'*iter* procedimentale che dovrebbe concludersi con la presa d'atto della incandidabilità sopravvenuta del condannato. Conformandosi a questa tesi,

---

<sup>7</sup> Dello stesso avviso è anche il prof. Gustavo Pansini, il quale, nel parere da lui redatto, afferma che la Giunta per le elezioni emana una vera e propria deliberazione, alla cui base vi è un potere decisionale, che presuppone una valutazione che non può essere di natura amministrativa poiché, altrimenti, sarebbe impugnabile davanti al Tar ed al Consiglio di Stato. Non resta quindi che ritagliare all'organo parlamentare una funzione di giudice e, in quanto tale, titolare del potere di devolvere la questione alla Corte costituzionale.

la Giunta ha rimesso la questione all'Assemblea senza sottoporla alla Consulta, come si è già anticipato in precedenza.

L'assunto favorevole al rinvio della questione di legittimità in via incidentale, caratterizzato da un notevole pregio e dal fatto di essere sostenuto da orientamenti giurisprudenziali ormai maggioritari e pacifici, si pone, però, in una posizione di potenziale contrasto con la strategia difensiva del soggetto interessato dal procedimento in corso, vale a dire il sen. Silvio Berlusconi, che nelle more del giudizio ha presentato un ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Come noto, l'art. 34 Cedu dispone che *“la Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli [...]”*. Il seguente art. 35 disciplina le condizioni di ricevibilità del ricorso, affermando che *“la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi del diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione definitiva”*.

Appare evidente la contraddizione: se la Giunta per le Elezioni è da ritenersi un “giudice” in grado di sollevare la questione di legittimità costituzionale, la pendenza del giudizio in tale sede dovrebbe escludere la proponibilità del ricorso alla Corte EDU in quanto non sono esaurite le vie di ricorso interne. L'argomentazione fornita sul punto dal ricorrente<sup>8</sup> si basa sull'inesistenza di una forma di ricorso dinanzi ad un organo terzo ed imparziale, *“né la Giunta del Senato (e lo stesso Senato cui spetta la decisione definitiva al traguardo) può considerarsi una ‘istanza nazionale’ dotata dei necessari requisiti di ‘effettività’ ai fini dell'applicazione della regola del previo esaurimento”*.

La considerazione appena svolta non può che stridere con quanto sostenuto nei pareri presentati dallo stesso senatore alla Giunta per le Elezioni nonché con l'applicazione dell'art. 35 CEDU. Nonostante l'argomento meriti un maggiore approfondimento, impossibile in questa sede per ragioni di sintesi, basta pensare che la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha frequentemente sottolineato<sup>9</sup> che bisogna applicare la regola dell'esaurimento dei ricorsi interni con una certa elasticità, ma anche che i ricorrenti sono tenuti a esaurire unicamente le vie di ricorso interne disponibili ed effettive sia in teoria che in pratica all'epoca dei fatti, cioè che erano

---

<sup>8</sup> Ci si riferisce al testo del ricorso presentato da Silvio Berlusconi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in data 7 settembre 2013, pp. 25 e ss.

<sup>9</sup> Si veda, per tutte, la decisione *Sejdovic c. Italia*, § 46, in *Foro it.*, 2008, IV, 244.

accessibili, in grado di offrire loro la riparazione alle loro doglianze e che presentavano delle prospettive ragionevoli di successo.

Un eventuale diniego della Giunta o del Senato alla decadenza della carica da senatore, sulla base delle argomentazioni che si approfondiranno di seguito, ben potrebbe soddisfare le doglianze del ricorrente.

Ad ogni modo, è bene rilevarlo, il ricorso alla Corte EDU appare comunque irricevibile, poiché presentato in una fase in cui la Giunta ancora non aveva deciso sul rinvio, o meno, della questione alla Corte costituzionale, non essendo quindi, potenzialmente, esauriti i ricorsi interni.

### *3. I dubbi sulla legittimità costituzionale del D. Lgs. n. 235/2012*

#### *3.1 Il decreto Severino ed il principio di irretroattività della legge penale*

I dubbi di costituzionalità che sono stati avanzati sul decreto Severino riguardano, soprattutto, il momento applicativo del testo normativo o, ancora meglio, la sua efficacia retroattiva o meno. Come noto, si tratta di una misura che consegue al passaggio in giudicato di una sentenza penale di condanna, con le precisazioni di cui all'art. 1 e di cui si è già dato conto in precedenza. Ci si trova in presenza di una vera e propria sanzione penale o no?

Il dibattito è aperto e conduce a due soluzioni opposte: qualora infatti la decadenza, o l'incandidabilità, fossero effetti di natura penale, dovrebbero uniformarsi al dettato dell'art. 25 Cost., secondo comma, secondo cui *“nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”*, interpretato estensivamente, come si approfondirà nel corso della trattazione; nel caso in cui, al contrario, ci trovassimo di fronte ad un mero requisito per esercitare il diritto all'elettorato passivo, questo dovrebbe essere applicato automaticamente senza porre alcun problema di coordinamento con il testo costituzionale.

Sul punto si concentra l'attenzione della maggior parte dei pareri forniti dai giuristi interpellati dal destinatario della decadenza, e la conclusione da questi raggiunta è quasi unanime: siamo davanti ad una norma penale a tutti gli effetti.

Il primo indizio che conduce in questa direzione è la presenza di numerosi elementi propri del diritto penale, processuale e sostanziale, nella disciplina *de qua*. Nel suo parere, il prof. Giorgio Spangher evidenzia lo stretto collegamento fra la misura della decadenza dalla carica di parlamentare e gli istituti dell'interdizione perpetua e temporanea. Non a caso, il decreto Severino

prevede che l'incandidabilità/decadenza si debba applicare anche qualora manchino le suddette pene accessorie, facendola quindi partecipare della stessa natura e dotandola degli stessi effetti.

Ma v'è di più: la sanzione in parola può avere fine anticipata solo se interviene la riabilitazione, altro istituto tipico del diritto penale, previsto e disciplinato dall'art. 178 c.p.

Ancor più rilevante è il riferimento che il d. lgs. n. 235 del 2012 fa al rito semplificato dell'applicazione della pena su richiesta, altresì noto come "patteggiamento": all'art. 16 si prevede espressamente che l'incandidabilità ha efficacia solo per le sentenze di questo tipo pronunciate dopo l'entrata in vigore del decreto. La *ratio* è evidente e pienamente condivisibile: trattandosi di una sorta di "trattativa" fra imputato e pubblico ministero, il primo deve essere in grado di sapere a cosa va incontro accettando di sottoporsi alla pena concordata. Ma allora, se questa previsione trova espresso riscontro, lo stesso ragionamento non dovrebbe valere anche per chi commette un fatto di reato non sapendo che un'eventuale sentenza di condanna lo porterebbe, tra le altre cose, ad essere privato del proprio diritto ad essere eletto come rappresentante del popolo in Parlamento?

Merita a questo punto maggiore approfondimento il rapporto fra le misure della decadenza e dell'incandidabilità con l'art. 25 Cost., seguendo l'*iter* logico proposto da chi ritiene che ci si trovi di fronte ad una sanzione penale a tutti gli effetti. Sull'argomento si sofferma, con dovizia di particolari, il parere del prof. Giovanni Guzzetta, che sostiene la tesi secondo cui il decreto Severino non ha fatto altro che rivalutare comportamenti del passato, traendo da questi conseguenze diverse da quelle che se ne potevano trarre all'epoca sulla base delle norme vigenti. A ciò si deve ricollegare anche l'intimo rapporto che intercorre fra fatto di reato e sentenza che ha portato alla condanna del reo, altrimenti si incorrerebbe nell'errore di imputare la conseguenza della decadenza a titolo di responsabilità oggettiva, violando il disposto dell'art. 27 Cost., primo comma.

In materia è fondamentale una recente pronuncia della Corte costituzionale<sup>10</sup>, secondo cui "*l'art. 25, secondo comma, Cost. [...] può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale, è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato*". Questa interpretazione estensiva dell'art. 25, secondo comma, Cost., sembra confortare la tesi di coloro che optano per l'irretroattività della decadenza prevista dal decreto Severino, in quanto la limitazione di un diritto fondamentale come quello di accedere all'ufficio parlamentare ben

---

<sup>10</sup> Si tratta di Corte Cost., 4 giugno 2010, n. 196, in Foro it., 2010, I, 2306.



dovrebbe essere considerato alla stregua di un intervento sanzionatorio. Ciò posto, non si potrebbe in alcun modo applicare una sanzione così invalidante per un fatto commesso in un'epoca in cui tale limitazione non era conoscibile né prevedibile.

Il principio dell'irretroattività delle norme penali rappresenta una conquista delle civiltà democratiche ed un cardine del diritto sia nazionale che internazionale. Ne è la riprova il testo dell'art. 7 CEDU, secondo cui, *“nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato per il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”*. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'applicare questo principio, ha fornito precise linee guida idonee ad identificare una sanzione penale, riassumibili in tre requisiti fra loro alternativi: l'inquadramento nazionale, la natura dell'illecito e il grado di severità della sanzione. Nel caso che qui interessa, il primo requisito appare assente, in quanto, come si è sostenuto finora, la qualificazione della norma è quanto meno incerta, e non certo esplicitamente penale.

Pochi dubbi accompagnano l'applicazione degli altri due requisiti: la decadenza e l'incandidabilità discendono dalla commissione di un fatto illecito per espressa previsione legislativa; inoltre, la sanzione appare particolarmente afflittiva in quanto priva il singolo della libertà di presentarsi alle libere elezioni per almeno sei anni o per almeno due intere legislature parlamentari.

La tesi del prof. Guzzetta, sostenuta nel modo che si è brevemente riassunto, porta quindi a propendere per l'illegittimità dell'apparato sanzionatorio del d. lgs. n. 235 del 2012 se applicato retroattivamente. Lo stesso estensore del parere non manca di proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata, che permetterebbe di inserire la normativa nell'ordinamento senza che si palesino contrasti con la Carta Costituzionale. Non essendo presente nella legge di delega alcun criterio direttivo che imponga l'operatività retroattiva delle misure qui previste, il decreto Severino dovrebbe intendersi come applicabile solo a sentenze di condanna per fatti successivi alla sua entrata in vigore. In tal caso, il richiamo alla sentenza di condanna sarebbe un mero riferimento a fini garantistici, per far discendere una simile limitazione della libertà personale solo da un provvedimento che abbia la forza della *res iudicata*. Resterebbe pertanto centrale il *tempus commissi delicti*, quale unico elemento da cui dedurre l'applicabilità, o meno, della sanzione della decadenza o dell'incandidabilità.

A fronte di questa interpretazione, si deve dar conto dell'orientamento opposto, secondo cui le norme del d. lgs. n. 235 del 2012 non avrebbero natura afflittiva, bensì si tratterebbe di meri casi di non candidabilità coerenti con lo spazio di discrezionalità che appartiene al legislatore in questa materia. La tesi in parola trova un illustre sostenitore nel massimo organo della giustizia amministrativa, che ha recentemente<sup>11</sup> respinto, per manifesta infondatezza, le questioni di legittimità costituzionale avanzate dal sig. Marcello Miniscalco sull'incandidabilità per la carica di Consigliere Regionale che lo ha colpito a seguito di condanna definitiva per il delitto di abuso di ufficio.

I giudici della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nell'argomentare la propria decisione, sostengono che la sentenza irrevocabile di condanna è da ritenersi alla stregua di un mero presupposto oggettivo cui si è voluta ricollegare la finalità di esclusione dall'amministrazione della *res publica* di soggetti a ciò radicalmente inidonei. Conseguentemente, non trattandosi di sanzione penale, rileverebbe il principio del *tempus regit actum*, e quindi il momento in cui individuare l'operatività della misura è quello dell'esercizio del potere amministrativo, cioè dell'inizio dell'attività elettorale.

In altri termini, ci si troverebbe di fronte ad una scelta pienamente discrezionale del legislatore, presa in ossequio a principi di rango costituzionale, quali il buon andamento dell'amministrazione ed il prestigio delle cariche elettive, ritenuti prevalenti rispetto alla libera partecipazione alla competizione elettorale.

### 3.2 Altre questioni di legittimità costituzionale

Il *dictum* del Consiglio di Stato fa da sponda a coloro che condividono la tesi della retroattività delle disposizioni contenute nel decreto Severino, in quanto non si tratterebbe di norme penali. La sentenza, però, contiene un passaggio tutt'altro che irrilevante, laddove afferma che “*la diversità delle cariche (parlamentare e consigliere regionale, nda) non consentono di sindacare l'apprezzamento discrezionale operato dal legislatore nel quadro di una disciplina complessivamente eterogenea*”.

I dubbi circa la costituzionalità del testo normativo che si sta analizzando sono alimentati proprio da questa differenza di fondo: il regime giuridico delle elezioni delle Assemblee nazionali è

---

<sup>11</sup> Vedi Cons. Stato, 6 febbraio 2013, n. 753, inedita.

estremamente diverso da quello dei consessi degli enti locali. I motivi del *favor* dimostrato dalla Costituzione per la totale indipendenza delle Camere rispetto a qualsiasi altro potere dello Stato sono di natura garantistica e protettiva nei confronti del corretto funzionamento dello Stato stesso. Così come, ad esempio, l'art. 68 Cost. disciplina l'immunità parlamentare e la necessaria approvazione dell'Assemblea per la maggior parte degli atti della magistratura nei confronti dei proprio componenti, il già citato art. 66 Cost. delega alle Camere il potere di giudicare sulle cause di ineleggibilità ed incompatibilità. In altre parole, l'effetto automatico ed escludente di una sentenza di condanna, mal si concilia con un sistema che prevede, al contrario, la ponderazione di ben altri interessi rispetto alla matematica applicazione del diritto.

Sui rilievi appena accennati si sono concentrati i proff. Beniamino Caravita di Toritto, Giuseppe de Vergottini e Nicolò Zanon nel parere da loro redatto. A proposito della compatibilità del d. lgs. 235 del 2012 con l'art. 66 Cost., ci si è chiesti se l'incandidabilità, di cui non vi è traccia nel dettato costituzionale, possa essere considerata come una particolare forma di ineleggibilità. La risposta è negativa: se, infatti, quest'ultima risponde ad una *ratio* volta ad evitare l'influenzabilità degli elettori, la prima si pone l'obiettivo di tutelare il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, l'ordine e la sicurezza, la libertà di determinazione degli ordini elettivi. Inoltre, le cause di ineleggibilità non impediscono al soggetto colpito di partecipare alla tornata elettorale, influenzando solo sulla validità dell'elezione, mentre l'incandidabilità rende nulla l'elezione essendo un impedimento non rimuovibile.

Posto che l'art. 65 Cost. cita solamente le cause di ineleggibilità, per gli studiosi del diritto costituzionale non può essere accolta un'interpretazione estensiva che ricomprenda altre limitazioni all'elettorato passivo, sulla base delle diverse *rationes* e conseguenze di cui si è appena dato conto.

L'automatica esclusione del soggetto condannato in via definitiva dalla Camera di appartenenza rappresenta una potenziale intromissione del potere giudiziario nell'autonomia dell'organo deputato a svolgere la funzione legislativa. L'argomento è molto delicato, poiché si collega ad una delle polemiche più feroci sostenute nell'arco dei venti anni di vita politica di Berlusconi, però merita di essere analizzata in maniera del tutto asettica e con argomenti di stretto diritto.

L'art. 66 Cost., vera pietra angolare del ragionamento, utilizza il termine "*giudica*" con riferimento al compito delle Camere nella valutazione dei titoli di ammissione o delle cause di ineleggibilità sopravvenuta degli eletti. In questa sede non ci si limita ad applicare meccanicamente le valutazioni compiute da organi esterni, bensì si compiono specifici ed autonomi accertamenti. Nel disegno

costituzionale, vale la pena ribadirlo, una libera decisione delle Camere è fondamentale per far sì che l'attività di un organo estraneo rimanga nella sua sfera e non configuri, nemmeno potenzialmente, un attentato alla libertà politica, così come tutelata dalla Costituzione<sup>12</sup>.

La formulazione delle norme del decreto Severino, in merito a questo specifico aspetto, può essere letta in due modi diversi. In primo luogo, può relegare la deliberazione delle Camere al ruolo di mera presa d'atto di quanto deciso da un giudice penale, finendo così per porsi in complessa convivenza con l'art. 66 Cost. per i motivi suddetti. La deliberazione deve pur sempre essere assunta in piena libertà politica, ma in questo caso, secondo i giuristi firmatari del parere, è facile immaginare che contro tale delibera potrebbe essere sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, avente ad oggetto il contrasto fra la decisione della Camera e la sentenza penale di condanna irrevocabile.

Ultimo argomento, ma non certo per ordine di importanza, è quello del presunto vizio di eccesso di delega che grava sul decreto Severino. La tesi, sostenuta dai giuristi firmatari dei pareri depositati in Giunta, è tutt'altro che secondaria, in quanto la Corte costituzionale ha dimostrato, soprattutto in tempi recenti<sup>13</sup>, di "accontentarsi" della violazione dell'art. 76 Cost. per dichiarare l'illegittimità costituzionale di una disposizione senza nemmeno analizzare il merito degli altri profili del ricorso. Come anticipato, il d. lgs. n. 235 del 2012 è stato emanato sulla base della legge delega n. 190 dello stesso anno che, all'art. 1, comma 64, lettera m), dispone che il Governo avrebbe dovuto "*disciplinare le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto delle cariche di cui al comma 63 in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all'affidamento della carica*". Ora, delle due valga una sola interpretazione: o queste poche righe non intendevano fare riferimento agli eletti per il Parlamento, ed allora appare evidente il vizio di eccesso di delega di cui soffrirebbe l'art. 3 del decreto Severino; oppure i parlamentari sarebbero

---

<sup>12</sup> Sul punto si deve citare Corte Cost., 23 maggio 1985, n. 154, in Giur. Cost., 1985, I, 1078, che, in riferimento alla tematica dei regolamenti parlamentari, afferma che "la Costituzione repubblicana ha instaurato una democrazia parlamentare, intendendosi dire che, come dimostra la precedenza attribuita dal testo costituzionale al Parlamento nell'ordine espositivo dell'apparato statale, ha collocato il Parlamento al centro del sistema, facendone l'istituto caratterizzante l'ordinamento. E' nella logica di tale sistema che alle Camere spetti - e vada perciò riconosciuta - una indipendenza garantita nei confronti di qualsiasi altro potere [...]. Le garanzie non vanno considerate singolarmente, bensì nel loro insieme. Ed infatti, attengano esse all'immunità dei membri delle Camere ovvero all'immunità delle rispettive sedi, è evidente la loro univocità, mirando pur sempre ad assicurare la piena indipendenza degli organi".

<sup>13</sup> Si vedano, su tutte, Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78, in Foro it., 2012, I, 2585 e Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in Foro it., 2013, I, 1091, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionali per eccesso di delega norme che avevano ad oggetto argomenti di grande rilevanza ed attualità come la sanatoria degli interessi anatocistici e l'introduzione della mediazione civile obbligatoria.

ricompresi nel *dictum* del legislatore delegante, ed in tal caso riaffiorerebbe il presunto contrasto con l'art. 66 Cost. ed il *gap* di discrezionalità di cui soffrirebbero le Camere nel trovarsi a dover applicare automaticamente una sentenza di condanna.

Ma v'è di più: l'art. 1, comma 64, lett. c) ed e), delegava il Governo a “prevedere la durata dell'incandidabilità” ed a “coordinare le disposizioni relative all'incandidabilità con le vigenti norme in materia di interdizione dai pubblici uffici e di riabilitazione, nonché con le restrizioni all'esercizio dell'elettorato attivo”. Nel far propri questi criteri direttivi il legislatore sembra essersi concesso alcune “libere interpretazioni”. Il già noto art. 13 del d. lgs. n. 235 del 2013 prevede anche il caso di operatività della sanzione persino in assenza della pena accessoria, disattendendo le indicazioni di coordinamento tra i due istituti e stabilendo una durata minima di sei anni, senza fornire parametri per una più esatta quantificazione. L'art. 15, inoltre, stabilisce testualmente che “l'incandidabilità disciplinata dal presente testo unico produce i suoi effetti indipendentemente dalla concomitanza con la limitazione del diritto di elettorato attivo e passivo derivante dall'applicazione della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici”. Si tratta di una sorta di “scoordinamento” piuttosto che di un coordinamento con le materia indicate dalla stessa delega legislativa.

Nella tecnica di redazione del decreto, i giuristi redattori dei pareri *pro veritate* hanno individuato molteplici lesioni della legge di delega che, in qualità di norma interposta, ben può essere un parametro di legittimità costituzionale.

A questa tesi si potrebbe controbattere tenendo conto del fatto che, seppur distaccando l'operatività dell'incandidabilità rispetto a quella delle pene accessorie e delle limitazioni all'elettorato attivo e passivo, il legislatore delegato abbia comunque rispettato i criteri imposti dal Parlamento, nell'ambito della propria residua discrezionalità. Inoltre, la previsione della durata non inferiore a sei anni, anche in assenza di pena accessoria, potrebbe tutt'al più essere criticata per l'infelice tecnica redazionale, ma nasconde una *ratio* abbastanza evidente: il termine minimo non è casuale, bensì così determinato per impedire la partecipazione del condannato ad almeno due legislature.

*4. Rinviare la decisione alla Consulta o no? Questo è (era) il problema*

L'analisi del contenuto dei pareri redatti dai noti giuristi e delle tesi che a questi possono essere opposte, permette di giungere soltanto ad alcune conclusioni interlocutorie.

In primo luogo, l'esistenza di molteplici profili di presunta illegittimità del decreto Severino è un punto a favore di chi ritiene che vi sia almeno un dubbio di incostituzionalità. Come noto, il giudice *a quo* deve verificare, per rimettere la questione alla Corte, che questa sia rilevante e non manifestamente infondata. La rilevanza è *in re ipsa*, soprattutto se si pensa che questo particolare giudizio è l'unico in cui viene applicata la norma in parola. La non manifesta infondatezza è legata al dubbio di costituzionalità, la cui sussistenza sembra palesarsi nella dialettica fra i sostenitori della legittimità e coloro che propongono la censura da parte della Corte. Laddove c'è dibattito, soprattutto se le due posizioni sono sostenute da insigni giuristi, il dubbio è la logica conseguenza, e l'unico organo deputato a farlo cessare è la Consulta.

A poco servirebbe aderire all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'irretroattività della decadenza: questa tesi ha l'indiscusso pregio di risolvere il problema più spinoso, ma ne lascia aperti altri, dal coordinamento con il sistema tratteggiato dagli artt. 65 e 66 Cost. fino all'eccesso di delega.

Un ruolo decisamente a sfavore della chiarezza lo gioca il risalto che la questione ha avuto, perché posta in riferimento ad un soggetto politico di primaria importanza ed in un momento di grande incertezza del sistema istituzionale italiano.

In questa sede si è provato a dare un punto di vista del tutto asettico ed incondizionato rispetto alle opinioni politiche, dato che questo è l'obiettivo unico e primario dell'interpretazione del diritto.

Ad ogni modo, le interpretazioni di entrambe le parti sembrano meritevoli di essere sottoposte allo scrutinio della Corte costituzionale, per dirimere un dubbio che effettivamente sussiste. All'occhio di chi non ritiene affatto dilatorio, ma necessario, devolvere la questione alla Consulta, questa sembra essere la soluzione migliore e di maggiore garanzia per il funzionamento dell'organo elettivo.

Il decreto Severino, che si pone il nobile obiettivo di allontanare dalla *res publica* soggetti che non hanno un *curriculum* idoneo per amministrarla, deve e dovrà fare i conti con i diritti primari che, per forza di cose, può intaccare. Il diritto a partecipare ad una tornata elettorale dal lato dell'elettorato passivo, il diritto delle Camere di autodeterminarsi e di giudicare sulla validità delle elezioni che le riguardano, il necessario confine fra potere politico e giudiziario, sono limiti

insuperabili che il Governo, nell'emanare il decreto in parola, sembra aver messo quanto meno a repentaglio.

Un'applicazione puramente "matematica" del d. lgs. n. 235 del 2012 svuoterebbe di contenuti il voto della Giunta prima e dell'Assemblea dopo, ma, d'altro canto, permetterebbe il sicuro raggiungimento della "pulizia" dei banchi di deputati e senatori.

Due esigenze diverse, due *rationes* diverse, un organo che avrebbe potuto, e potrà, mettere ordine. Il tutto condito dalla continua guerra della nostra classe politica. D'altronde, come direbbe Adenauer, *"viviamo tutti sotto il medesimo cielo, ma non tutti abbiamo lo stesso orizzonte"*.