

15 febbraio 2006

La crisi costituzionale italiana nell'attuale fase della "lotta per la Costituzione"

di Mario Dogliani e Ilenia Massa Pinto*

1.- Una periodizzazione della storia costituzionale italiana. 2.- Delimitazione dell'indagine: i sintomi della crisi nell'ultima fase. 3. – La trasformazione della rappresentanza: il conflitto di interessi. 4.- La trasformazione della rappresentanza: la violazione del principio di buona fede legislativa. 5.- La trasformazione della rappresentanza: il conflitto con il potere giudiziario. 6.- L'uso improprio del potere di revisione. 7.- Provvisorie conclusioni.

1.- *Una periodizzazione della storia costituzionale italiana.*

La crisi costituzionale in atto può essere meglio compresa alla luce delle precedenti fasi della storia costituzionale italiana: l'armistizio fragile (1943 – 1955), l'armistizio consolidato (1956 – 1968), il disgelo (1969 – 1978), la nuova glaciazione (1979 – 1993), il passaggio dalla "lotta sulla Costituzione" alla "lotta per la Costituzione" (tuttora in corso).

Questa periodizzazione è, ovviamente, molto discutibile, ma non vuole avere altro scopo che quello di evidenziare le diverse modalità con cui la Costituzione è stata percepita.

L'armistizio fragile definisce gli anni in cui - malgrado l'*idem sentire* che rese possibile la concordia costituente – la situazione geopolitica era aperta ad evoluzioni armate, interne ed esterne, della guerra fredda. In quegli anni la Costituzione venne attuata solo nelle parti che disciplinano lo "scheletro" della democrazia: le regole di coesistenza che rendevano possibile il non ricorso alla guerra civile.

L'armistizio consolidato fa riferimento agli anni successivi, in cui le prime attuazioni della Costituzione testimoniano che non era più in gioco la sua revoca. Il completamento parziale e selettivo del quadro istituzionale è sintomo del fatto che il consolidamento della Costituzione avvenne attraverso il suo congelamento nella condizione, appunto, di "cornice" (non di "disegno") della politica. La parte "non minima" della Costituzione (il suo progetto riformatore) era riconosciuta solo come orizzonte di valori, non di programmi; come insieme di fini, non di mezzi. Il "gelo costituzionale", dunque, fu gelo sì, ma non fu proposito di rovesciamento, se non da frange minoritarie che furono dette, appunto, "eversive".

Il disgelo comprende gli anni in cui quell'*idem sentire* che aveva ispirato la scrittura della Costituzione (nei suoi protagonisti più riflessivi, al di là del crudo armistizio strategico) riacquista forza, e si fa

consenso intorno ad un disegno di sviluppo sociale e (con meno chiarezza) di sviluppo politico. L'attuazione della Costituzione si pone come problema attinente alla realizzazione di un insieme di politiche e al progressivo abbandono della *conventio ad excludendum*. I partiti dell'arco costituzionale vedono nella Costituzione non più solo un insieme di regole armistiziali che disciplinano lo svolgimento della lotta politica, ma un modello complessivo di società (sono gli anni che vanno dalla riforma pensionistica del 1969, dallo statuto dei lavoratori e dall'attuazione delle regioni del 1970, al nuovo diritto di famiglia del 1975 e alla realizzazione del servizio sanitario nazionale del 1978). Anche in questo periodo l'eversione fu forte e feroce, ma il sistema politico, nella sua parte assolutamente maggioritaria, continuò – almeno pubblicamente - a tenere rigorosamente separato il problema della difesa dell'ordine costituzionale da quello di un suo cambiamento.

Ma i giudizi sul decennio erano divaricati, e il tarlo dell'”eccesso di democrazia”, o dell'eccesso di complessità, stava lavorando. La nuova glaciazione si è diffusa quando nel sistema politico italiano hanno trovato radici le suggestioni della rivoluzione passiva reaganiana e thatcheriana e le parallele suggestioni maggioritarie e leaderistiche. Le une in polemica con il modello di welfare tardivamente realizzato nel decennio precedente; e le altre (la grande riforma craxiana[1]) in polemica con l'evoluzione parlamentare del medesimo decennio, che avrebbe inevitabilmente portato in modo stabile il PCI nell'area delle forze di governo. Questa seconda glaciazione – che può essere collocata tra il ristabilimento della *conventio ad excludendum*, con il cosiddetto “preambolo”[2], e il *referendum* sul sistema proporzionale - ha fatto regredire il riconoscimento della Costituzione del 1948 oltre i limiti ai quali si era fermata la prima. Non solo non si è più visto nella Costituzione un programma politico da attuare in funzione dello stabilimento di un modello di società attualmente condiviso, ma non si è più neppure accettato che la Costituzione rappresentasse un quadro soddisfacente di fini proiettati sul futuro; e soprattutto si sono messe in discussione le regole sulle forme della lotta politica e sulla forma della democrazia (da democrazia organizzata, fondata sulla mediazione dei partiti, a democrazia individualistica, fondata sul rapporto immediato tra singoli e rappresentanti). Con quest'ultimo passaggio - giunto a piena maturazione col *referendum* predetto, ma perfettamente presente già nella strategia della “grande riforma” - si è sancito che la Costituzione del '48 aveva cessato di rappresentare lo strumento essenziale di un equilibrio strategico vitale. Con questa ammissione si può dire che la costituzione materiale formatasi nel periodo del CLN[3] sia entrata, propriamente, in crisi. E' questo elemento culturale che rileva sopra ogni altro, e non, di per sé, il terremoto che investì i partiti tradizionali a seguito delle inchieste giudiziarie, nel corso della breve XI legislatura (1992 – 1994), e la falcidia elettorale che, quasi tutti, subirono.

I confini tra questa fase e quella successiva, tuttora in corso, sono labili. Infatti, se la “lotta sulla Costituzione” è il fisiologico, per quanto aspro, conflitto che ha per posta il prevalere di una o di un'altra sua interpretazione, e se la “lotta per la Costituzione” è invece il patologico conflitto tra chi ne difende l'attuale validità e chi ne afferma invece interpretazioni svalutative, al limite della desuetudine, invocando discontinuità sostanziali (e dunque l'instaurazione, di fatto o di diritto, di un nuovo ordinamento), è evidente che profili di “lotta per la Costituzione” erano già presenti negli anni Ottanta. Ciò che è cambiato – a partire dalla XII legislatura – è che per due volte il potere di revisione previsto dall'art. 138 della Costituzione è stato utilizzato al di là dei suoi limiti, non come potere di emendamento, ma come potere che ha toccato i limiti della discontinuità costituente. Una prima volta con la legge costituzionale 24 gennaio 1997 n. 1, e, poi, con il disegno di legge costituzionale recante «Modifiche alla Parte II della Costituzione», approvato sinora dall'attuale maggioranza in sede di seconda deliberazione. L'uso *ultra vires* del potere di revisione è il sintomo più chiaro di un intervenuto squilibrio nel rapporto di forza, e cioè del fatto che i fautori di una permanente validità della Costituzione del 1947, e della permanente normatività della cultura politica che l'ha ispirata, sono divenuti sempre più deboli. Sono presenti, ma assolutamente minoritari, solo tra le forze politiche organizzate dell'attuale opposizione, e sopravvivono essenzialmente in “movimenti” spontanei e in settori della cultura giuridica e degli organi giurisdizionali. In questo senso si può dire che nell'attuale

legislatura e in quella precedente la lotta sulla Costituzione sia stata sostituita dalla lotta per la Costituzione (che assume sempre più i connotati di una “resistenza”: come tale sparsa e minoritaria).

2.- *Delimitazione dell'indagine: i sintomi della crisi nell'ultima fase.*

La definitiva approvazione del disegno di revisione *in itinere* non è tuttavia scontata - dipendendo dall'esito del referendum *ex art. 138 Cost.* - e la situazione sta evolvendo. Non possiamo dunque dire se, e in che direzione, la “quarta fase” della storia costituzionale italiana stia per concludersi (e se, e come, con essa si concluderà la lunga sequenza del revisionismo costituzionale iniziato alla fine degli anni '70). Su questo tema torneremo in chiusura di questo scritto che si limiterà - lasciando in sospenso il giudizio sull'esito finale della lotta in corso, e senza volerne ricostruire gli antefatti più lontani - ad esporre i sintomi principali della crisi costituzionale italiana quale si è venuta delineando in quest'ultima fase, e cioè a partire dall'introduzione del sistema elettorale maggioritario, con l'avvio della XII legislatura.

“Crisi costituzionale” non è espressione che possa essere banalizzata, e riferita a qualunque mancata attuazione, o cambiamento o deviazione da un alveo di precedenti. Significa, propriamente, crisi della effettività della Costituzione, e cioè crisi del suo riconoscimento diffuso. Non verranno dunque ripercorse tutte le vicende costituzionalmente significative, ma solo quelle che, appunto, rappresentano, nella loro concatenazione, il sintomo di un rifiuto della sua normatività.

Come si è prima accennato, la fine di tutti i partiti che nel '47 avevano guidato i lavori dell'Assemblea costituente non è, di per sé, un fatto risolutivo ai fini del giudizio sulla continuità costituzionale, a meno di non seguire in modo ultra-rigido la teoria della costituzione materiale, facendone una teoria legata alle precise identità storiche delle forze costituenti.

Sintomo di crisi costituzionale sono invece, da un lato, i cambiamenti intervenuti nella concezione della democrazia, prima ancora che della forma di governo, e cioè il modo con cui la rappresentanza si è riorganizzata e ha tentato di ricollocarsi nei confronti degli altri poteri dello Stato; e, dall'altro, i cambiamenti intervenuti nella concezione del legame sociale e dunque dei fini dello Stato. L'una e l'altra trasformazione hanno condotto ad evocare (retoricamente) il potere costituente e ad utilizzare (effettivamente) il potere di revisione non come potere di emendamento costruttivo e rispettoso, ma come potere di modifica organica e discontinua.

3.- *La trasformazione della rappresentanza: il conflitto di interessi.*

Sotto il primo profilo, rilievo assolutamente centrale ha il fatto che la riorganizzazione della rappresentanza sia avvenuta attraverso la formazione di un polo di destra strutturalmente fondato su un conflitto di interessi. Con questo non si vuol dire soltanto - sarebbe una lettura del tutto superficiale - che la forza del polo di destra dipende dalla forza economica del suo *leader*, la quale, a sua volta, dipende dal conflitto d'interessi. Quel che si vuol dire è che questo conflitto d'interessi, e dunque il tipo e lo stile di potere politico ad esso collegato (le violazioni del principio di buona fede legislativa e la lotta con il potere giudiziario: fenomeni, come vedremo, collegati), sono stati accettati dalla maggioranza del popolo italiano, la quale - col voto - si è rispecchiata in essi e li ha riconosciuti come propriamente rappresentativi.

La questione del conflitto di interessi esplose nel 1994 con la nomina dell'on. Silvio Berlusconi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. A fronte di un atteggiamento estremamente cauto dell'opposizione parlamentare, che temeva i contraccolpi di un disconoscimento della legittimità del *leader* della coalizione risultata vincitrice a conclusione della prima applicazione del sistema elettorale maggioritario, gran parte dei giuristi (e dei sostenitori della coalizione sconfitta) aveva ritenuto l'on. Berlusconi ineleggibile.

A testimoniare la delicatezza del problema sta il fatto che, immediatamente dopo la sua nomina (10 maggio 1994), il Presidente del Consiglio dei Ministri Berlusconi, con proprio decreto (d.p.c.m. 12 maggio 1994), istituì un *Comitato di studio sulla questione del conflitto di interessi*. Tale Comitato presentò al Presidente del Senato, il 7 ottobre 1994, un *Documento conclusivo*, nel quale si asseriva che, all'epoca, l'ordinamento italiano difettava di «una disciplina non degli abusi, ma del pericolo di abusi derivante da tali situazioni»[4].

Il Comitato giunse ad affermare l'esistenza di tale lacuna normativa poiché ritenne irrilevanti, ai fini della soluzione della questione prospettata, le norme vigenti in materia di ineleggibilità e di incompatibilità parlamentare[5], e spostò l'intera sua riflessione dal tema delle ineleggibilità parlamentari a quello delle incompatibilità delle cariche di governo. Potè pertanto affrontare la questione ponendo in primo piano le garanzie costituzionali del diritto di proprietà di imprese e del diritto di elettorato passivo (artt. 51, 42 e 41 Cost.), le quali furono considerate il fondamento per concludere nel senso che «ogni forma di incompatibilità assoluta fra titolarità di impresa e carica di governo od ogni obbligo di dimissione o di alienazione dell'impresa all'atto dell'assunzione della carica di Governo, rischia di incorrere in censure di incostituzionalità»[6].

Il Comitato si limitò ad affermare, infine, l'opportunità – dando per scontato che il problema riguardasse «la mera titolarità (e non la gestione) di interessi ritenuti significativi ai fini della prevenzione di un eventuale conflitto con la corretta gestione della cosa pubblica» (e dando per scontato che tale distinzione fosse effettivamente rilevante) – di sottoporre a controllo da parte di terzi lo svolgimento dell'attività compiuta dal titolare della carica di governo[7].

Tuttavia, secondo una parte rilevante della dottrina, l'ordinamento italiano era all'epoca sicuramente già provvisto di una norma applicabile al caso dell'on. Berlusconi: essa avrebbe dovuto essere ricavata, con un'interpretazione sistematica, dall'art. 10, comma 1, d.P.R. 30 marzo 1957 n. 361 (Testo Unico delle leggi per la elezione della Camera dei deputati) – applicabile anche alle elezioni del Senato *ex art. 27 del d.P.R. 20 dicembre 1993 n. 533* – che dichiara ineleggibili coloro che direttamente, o anche solo indirettamente, esercitano un'impresa oggetto di una concessione amministrativa di notevole entità economica (nella specie erano tre le concessioni radiotelevisive rilasciate alla Rti-Fininvest dell'on. Berlusconi), la quale importi l'obbligo di adempimenti specifici e l'osservanza di disposizioni protettive del pubblico interesse (previste, a tal proposito, dalla legge 6 agosto 1990 n. 223)[8].

Era da ritenersi evidente, secondo questa dottrina, che il citato art. 10 comma 1 n. 1 si riferisse «anche a chi controlla l'impresa concessionaria, nonostante che la disposizione prescriva l'ineleggibilità soltanto di coloro che “in proprio o in qualità di rappresentanti legali” risultino vincolati con lo Stato con concessioni di notevole entità economica (...). Il n. 3 del medesimo comma dello stesso articolo estende infatti l'ineleggibilità ai “consulenti legali e amministrativi che prestino in modo permanente l'opera loro alle persone, società e imprese di cui ai nn. 1 e 2, vincolate allo Stato nei modi di cui sopra”». Il che avrebbe dovuto far ritenere «che se è ineleggibile il consulente che lavora “permanentemente” per un dato imprenditore-concessionario, *a fortiori* deve essere considerato ineleggibile chi, dichiaratamente, è, nella sostanza, il “padrone” dell'impresa concessionaria e, quindi, paga le parcelle di chi assiste la sua impresa». In altre parole, secondo questa dottrina, «per il citato art. 10 comma 1 n. 1 è la sostanza che conta (“coloro che in proprio...”). E quindi le tempestive dimissioni del “padrone” dell'impresa concessionaria, da rappresentante legale di essa, non valgono a mutare i termini del problema»[9].

Come si è detto, a tale conclusione la dottrina perveniva sulla base di un'interpretazione sistematica della disposizione citata, e non analogica: quest'ultima sarebbe stata vietata dall'art. 51 della Costituzione (che sancisce il diritto di tutti i cittadini ad accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge) e dal carattere di eccezionalità delle cause di ineleggibilità[10].

L'impossibilità di configurare un'ipotesi di mera incompatibilità, a sua volta, veniva argomentata sulla base della considerazione che, nel caso di specie, trattandosi in particolare della titolarità di concessioni di diffusione radiotelevisiva, evidente era la ricorrenza della tipica *ratio* sottesa alle cause di ineleggibilità (evitare un'indebita influenza sulla libera formazione e manifestazione delle opinioni dei cittadini/elettori)[11].

Questo punto di vista non ha però avuto seguito. Il non aver voluto impedire l'instaurazione del conflitto d'interessi, oltre ad aver costituito, come si vedrà, il primo anello di una lunga concatenazione di violazioni del principio di buona fede legislativa, ha così determinato la realizzazione di un fatto di per sé lesivo delle norme costituzionali presupposte che riguardano le forme della lotta politica e la natura della democrazia (come un sistema diverso dalla timocrazia, o nel quale comunque le risorse politiche devono essere distinte da quelle di natura patrimoniale).

La situazione non è cambiata con l'entrata in vigore della Legge 20 luglio 2004, n. 215, recante «Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi», che ha in sostanza accolto i suggerimenti del Comitato di studio.

Essa, infatti, non va oltre alcune definizioni generiche sul dovere per «i titolari di cariche di governo, nell'esercizio delle loro funzioni», di dedicarsi «esclusivamente alla cura degli interessi pubblici» e di astenersi «dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazioni di conflitto d'interessi» (art. 1). Contiene inoltre un elenco di incompatibilità temporanee per i titolari di cariche di governo rispetto a cariche, uffici, attività professionali o di lavoro, sia nel settore pubblico sia nel settore privato, ma non disciplina in alcun modo l'ipotesi della proprietà o del controllo societario di imprese che abbiano possibili rapporti con le decisioni governative (art. 2, comma 1). Infine, rinviene un conflitto di interessi «quando il titolare di cariche di governo partecipa all'adozione di un atto, anche formulando la proposta, o omette un atto dovuto, trovandosi in situazione di incompatibilità ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero quando l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate, secondo quanto previsto dall'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con danno per l'interesse pubblico» (art. 3). Dispone che, sull'osservanza della legge, vigilino l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 6).

4.- *La trasformazione della rappresentanza: la violazione del principio di buona fede legislativa.*

La persistenza del conflitto di interessi, non risolto dalla legge intervenuta nel 2004, è la causa ultima delle ripetute violazioni del principio di buona fede legislativa, altrimenti definibile come il principio dell'essenza nazionale della rappresentanza, in virtù del quale il carattere "maggioritario", e dunque "di parte", della legislazione non deve tradursi nell'adozione di leggi dettate per la tutela di meri interessi privatistici di chi, *pro tempore*, è *dominus* della potestà legislativa. Ad essere precisi, più che di un rapporto causale tra l'uno e l'altro fenomeno, si dovrebbe dire che entrambi sono manifestazioni di un cambiamento profondo della natura della rappresentanza. E' il suo fondarsi su risorse private che ne determina uno stravolgimento funzionale, abilitandola, per così dire, alla tutela delle forme patrimonialistiche di gestione dei poteri pubblici.

Tale stravolgimento funzionale si è manifestato nella prassi delle ripetute leggi «*ad personam*», o «*sibi et suis*», approvate in questi ultimi anni dal Parlamento italiano: il c.d. lodo Schifani[12], poi dichiarato incostituzionale dalla Corte, con il quale si è tentato di sottrarre alla magistratura la valutazione di fatti penalmente rilevanti, anche antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, commessi dalle alte cariche dello Stato[13]; la c.d. legge sulle rogatorie internazionali[14], che riguarda la inutilizzabilità nei processi penali celebrati in Italia dei documenti e dei mezzi di prova acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale[15]; la nuova disciplina sul falso in bilancio[16], che ha declassato le false

comunicazioni sociali da delitto a semplice contravvenzione[17]; la c.d. legge Cirami sul «legittimo sospetto»[18], che ha violato il principio costituzionale del giudice naturale precostituito[19]; la legge che prevede l'estensione del condono edilizio alle zone protette[20]; la nuova disciplina in materia di sistema radiotelevisivo[21], ecc. ecc.

Quest'ultima legge costituisce un sintomo particolarmente grave della crisi costituzionale italiana.

Al di là del merito della questione (al di là del fatto che la nuova disciplina non faccia che prolungare, ancora una volta, la fase “transitoria” del sistema dell'analogico terrestre, semplicemente sovrapponendogli quello del digitale), la vicenda è da segnalare perché il silenzio nel quale sono stati lasciati i numerosi richiami dei diversi organi di garanzia costituisce grave sintomo di assoluta noncuranza nei confronti delle istituzioni. Sin dall'inizio del lungo *iter* legislativo - con la presentazione alla Camera dei deputati, il 25 settembre 2002, del disegno di legge n. 3184 - il Governo aveva infatti mostrato di voler mantenere a ogni costo lo *status quo* della disciplina in materia, a dispetto dei numerosi moniti pervenuti da parte di tutti gli organi di garanzia dello Stato: della Corte costituzionale[22], del Capo dello Stato[23], del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni[24], del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato[25].

5. – *La trasformazione della rappresentanza: il conflitto con il potere giudiziario.*

Del nesso tra patrimonialismo (conflitto di interessi) e lotta per difendere le forme patrimonialistiche di esercizio del potere (compresi i loro antefatti puramente privati) si è già detto. Il profilo più aspro di questa lotta è stato lo scontro ingaggiato con il potere giudiziario. Non potendo qui seguirne le complesse vicende, nella loro connessione con lo svolgimento di diversi processi penali, basterà accennare alla riforma dell'ordinamento giudiziario, che costituisce il momento riassuntivo ed emblematico di questo scontro. Il relativo disegno di legge delega ha avuto un tormentatissimo *iter* parlamentare: il che dimostra non l'esistenza di un serrato confronto sul merito dei problemi con l'opposizione parlamentare o con la magistratura, ma piuttosto l'intensità delle divisioni interne alla maggioranza.

Nato come progetto di esclusiva matrice ministeriale, il disegno di legge recante la «delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario e disposizioni in materia di conferimento delle funzioni di legittimità e di organico della corte di Cassazione» fu approvato dal Consiglio dei ministri il 14 marzo 2002. E' stato poi integralmente riscritto alla Camera dei deputati per effetto di un primo *maxiemendamento* (elaborato da un ristretto comitato di “saggi”) approvato dal Consiglio dei ministri il 12 marzo 2003; modificato al Senato, è stato riapprovato alla Camera in una versione rimaneggiata da un secondo *maxiemendamento* che apportava rilevanti modificazioni al testo approvato dalla Commissione Giustizia della Camera nella seduta dell'11 maggio 2004. Su questo secondo “maxiemendamento” il Governo chiese ed ottenne la fiducia nella seduta della Camera dei deputati del 29 giugno.

Va segnalato che il ricorso ai cosiddetti *maxiemendamenti* (elaborati al di fuori delle Camere e soprattutto presentati *ex abrupto*) e la posizione della questione di fiducia sull'ultimo di essi (comprendente in pratica l'intero testo della riforma) hanno drasticamente compresso il ruolo dei parlamentari e leso la correttezza dello svolgimento del processo legislativo[26].

Dopo essere stata approvata in via definitiva dal Parlamento, la legge è stata infine rinviata alle Camere il 16 dicembre 2004 dal Presidente della Repubblica.

Quanto al merito della legge - che ha suscitato infinite polemiche, per profili di incostituzionalità puntuali e soprattutto per profili di incostituzionalità di sistema - sarà qui sufficiente ricordare i motivi che il Presidente della Repubblica ha posto alla base del suo rinvio.

Essi possono essere sintetizzati in quattro punti. Il primo si riferisce alla incostituzionalità dell'art. 2, comma 31, lettera a) della legge, nella parte in cui attribuisce al Ministro della giustizia il potere di rendere comunicazioni alle Camere anche «sulle linee di politica giudiziaria per l'anno in corso». Dopo aver evidenziato puntuali profili d'incostituzionalità della disposizione citata (*ex artt.* 101, 104, 110 e 112, Cost.), il Presidente conclude nel senso che «la norma approvata dalle Camere configura un potere di indirizzo in capo al Ministro della giustizia, che non trova cittadinanza nel titolo IV della Costituzione, in base al quale l'esercizio autonomo e indipendente della funzione giudiziaria è pienamente tutelato, sia nei confronti del potere esecutivo, sia rispetto alle attribuzioni dello stesso Consiglio superiore della magistratura».

Strettamente connesso alla prima questione è il secondo motivo d'incostituzionalità rilevato dal Presidente della Repubblica, rispetto al criterio direttivo della delega indicato dall'art. 2, comma 14, lettera c), che riguarda «l'istituzione presso ogni direzione generale regionale o interregionale dell'organizzazione giudiziaria dell'ufficio per il monitoraggio dell'esito dei procedimenti, in tutte le fasi o gradi del giudizio, al fine di verificare l'eventuale sussistenza di rilevanti livelli di infondatezza giudiziariamente accertata della pretesa punitiva manifestata con l'esercizio dell'azione penale o con mezzi di impugnazione ovvero di annullamento di sentenze per carenze o distorsioni della motivazione, ovvero di altre situazioni inequivocabilmente rilevatrici di carenze professionali». Anche in questo caso il Presidente della Repubblica ha sollevato dubbi di incostituzionalità sotto il profilo dell'autonomia e dell'indipendenza della funzione giudiziaria, *ex artt.* 101, 104, 110 e 112 della Costituzione.

Il terzo rilievo riguarda la facoltà che l'art. 1, comma 1, lettera m) riconosce al Ministro della Giustizia di «ricorrere in sede di giustizia amministrativa contro le delibere (del Consiglio Superiore della Magistratura) concernenti il conferimento o la proroga di incarichi direttivi adottate in contrasto con il concerto o con il parere previsto al n. 3». Tale previsione, rileva il Presidente, contrasta con l'art. 134 della Costituzione nella parte in cui stabilisce che è la Corte costituzionale a giudicare sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, compresi quindi i conflitti tra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia relativi alle procedure per il conferimento o la proroga degli incarichi direttivi.

Infine, l'ultimo, e forse più importante, rilievo riguarda la menomazione dei poteri del Consiglio superiore della magistratura risultante da diverse disposizioni della legge delega. In particolare, l'art. 105 della Costituzione, in forza del quale «spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati», sarebbe violato in quanto «il sistema delineato nella legge delega colloca al centro di ogni procedura concorsuale la Scuola superiore della magistratura, struttura *esterna* al Consiglio superiore, e apposite commissioni, anch'esse *esterne* allo stesso Consiglio (...). Il sistema (...) sottopone sostanzialmente il Consiglio superiore della magistratura a un regime di vincolo che ne riduce notevolmente i poteri definiti nel citato articolo 105 della Costituzione».

Quest'ultimo rilievo sta a dimostrare la fondatezza dei dubbi di incostituzionalità di sistema che l'intero impianto della legge suscita, e che non sono stati superati dall'approvazione definitiva della legge 25 luglio 2005, n. 150.

6.- *L'uso improprio del potere di revisione.*

Per quanto riguarda l'evocazione di discontinuità costituenti, occorre ricordare che, in questi anni, il potere di revisione costituzionale è stato usato due volte ai limiti della sua natura di "potere costituito". Una prima volta con l'approvazione della legge costituzionale 24 gennaio 1997 n. 1, con la quale si era istituita una Commissione parlamentare per le riforme costituzionali che avrebbe dovuto operare entro un procedimento di revisione diverso da quello disciplinato dall'art. 138 della Costituzione.

Al di là dei contenuti specifici del progetto elaborato da tale Commissione[27] - intensamente negoziato tra maggioranza e opposizione, e poi naufragato in sede di discussione parlamentare (ove l'allora opposizione di destra "rovesciò il tavolo" a causa di resistenze manifestatesi nelle *constituencies* dei partiti che la componevano) - la legge costituzionale n. 1 del 1997 si pose come fonte sulla produzione di un diritto costituzionale nuovo, destinato a restare in vigore dopo l'esaurimento della "temporanea" disciplina "di rottura" posta in deroga all'art. 138[28]. E' evidente la lesione del principio di rigidità di cui questa soluzione costituì precedente.

Anche se non presentò i caratteri di un'evocazione del potere costituente *sub specie* di una utilizzazione della procedura *ex art.* 138, va qui ricordato l'uso per lo meno incauto che della procedura di revisione si fece con l'approvazione della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, che ha modificato l'intero Titolo V (artt. 114 – 133) della Costituzione.

Malgrado si fosse registrato, su questa legge, un ampio consenso, l'allora opposizione di destra, all'ultimo, essendo vicine le elezioni politiche, ne rifiutò l'approvazione (per problemi di *constituency* analoghi a quelli che portarono al precedente fallimento della Bicamerale). L'allora maggioranza di centrosinistra non volle desistere, ed approvò la legge con pochissimi voti di scarto. Per dimostrare l'esistenza di un largo sostegno ai contenuti della riforma, malgrado l'esiguità del voto, le stesse forze di centro sinistra chiesero il *referendum* previsto dal secondo comma dell'art. 138 della Costituzione.

La vicenda è stata segnalata poiché con essa furono stabiliti due precedenti pericolosi: il primo, l'approvazione di una legge costituzionale a colpi di maggioranza; il secondo, la trasformazione del *referendum ex art.* 138 da oppositivo a confermativo-plebiscitario.

La seconda – e più grave - utilizzazione *ultra vires* del procedimento di revisione è quella che si è concretata nell'approvazione, in seconda deliberazione, del disegno di legge costituzionale recante «Modifiche alla Parte II della Costituzione».

Come si è già sottolineato, questo disegno di legge, presentato dalle attuali forze di maggioranza, non costituisce un sintomo isolato, nell'ambito della cultura istituzionale italiana, del diffuso giudizio negativo sulla Costituzione vigente, e della conseguente volontà di riformarla, anche nei suoi contenuti etico-politici fondamentali, nonostante il ricorrente riferimento retorico (oltre che nel dibattito pubblico, anche nella rubrica di questo e di altri tentativi di riforma) alla volontà di riformare solo la «seconda parte» della Costituzione: con ciò intendendo i soli profili organizzativi, non coinvolgenti i principi protetti dalla irrevocabilità. Il generale apprezzamento di principio, nel quale si era tradotto, salve poche eccezioni, l'atteggiamento intellettuale dominante nei confronti della Costituzione originaria fino ai primi anni Novanta del secolo scorso, è ormai venuto meno, anche nella cultura istituzionale dell'opposizione, e negli ultimi decenni la retorica della necessità delle riforme non ha conosciuto limiti di colore politico.

Il disegno di legge costituzionale, che comunque non ha ancora concluso il suo *iter*, corona dunque il lungo processo di allontanamento dalla Costituzione del '47, che ha preso avvio alla fine degli anni '70. Mira a sancire una discontinuità sostanziale con quella Carta, raccogliendo ed esasperando gli umori che si sono diffusi in questi decenni: rifiuto del proporzionalismo[29] e del parlamentarismo, suggestioni presidenzialistiche, o comunque favorevoli alla personalizzazione del potere, federalismo, ridimensionamento dello stato sociale. I suoi contenuti delineano non più una costituzione "armistiziale", come erano quelle del secondo dopoguerra, ma una costituzione "di combattimento", sia nel lungo periodo (la *revanche* della destra contro l'egemonia altrui enfaticamente denunciata, e di cui ci si vuole anche simbolicamente liberare) sia nel breve periodo, nella lotta per il mantenimento della compattezza della maggioranza di governo.

Non è inutile sottolineare, a quest'ultimo proposito, il fatto che il disegno di legge costituzionale in oggetto sia stato inserito dalle forze politiche dell'attuale maggioranza in una transazione interna che contemplava, tra le poste principali, la soluzione della questione delle televisioni e il conferimento alle regioni della potestà legislativa assoluta in determinate materie, tale da poter propagandisticamente realizzare la c. d. *devolution* (per placare gli spiriti secessionisti della Lega Nord). Il nesso risulta evidentissimo dalla scansione temporale dei lavori parlamentari. Il disegno di legge c. d. Gasparri sul sistema radiotelevisivo era stato rinviato alle Camere dal Presidente della Repubblica, per motivi di incostituzionalità[30]. Una nuova versione fu approvata dalla Camera il 24 marzo 2004. Prima di essere approvata in via definitiva dall'altro ramo del Parlamento (29 aprile 2004), il Senato approvò (il 25 marzo 2004), in prima lettura, il disegno di legge di revisione costituzionale[31].

Sotto il profilo dei contenuti, ci limiteremo qui a segnalare le principali novità che il disegno di legge contiene.

La nuova versione dell'art. 92, comma 2, prevede la candidatura alla carica di "Primo ministro" attraverso il meccanismo del collegamento del *premier* con i candidati – o con una o più liste di candidati – all'elezione della Camera dei deputati (va ricordato in proposito che già nelle consultazioni del 1996 e del 2001 i nomi dei *leader* delle coalizioni erano stati scritti nei simboli presenti sulle schede).

Gli artt. 88 e 94, commi 3-5, disciplinano il rapporto di fiducia, ed introducono innovazioni molto lontane dalle tradizioni del parlamentarismo: non solo l'investitura (di fatto) diretta del Primo ministro (nuova denominazione che in Italia non ha precedenti, se non in epoca fascista) fa venire meno la necessità per il Governo di ottenere formalmente la fiducia iniziale da parte del Parlamento, ma dalle nuove disposizioni emerge che, in generale, è la stessa esistenza dell'organo rappresentativo a venire indissolubilmente legata alla volontà del Primo Ministro. E' previsto infatti lo scioglimento anticipato della Camera: a) su richiesta da parte del Primo ministro, o dimissioni o morte dello stesso, oppure b) a seguito di approvazione della mozione di sfiducia (o suo rigetto con voti decisivi della minoranza).

Si tratta di un potere di scioglimento senza limiti. Lo scioglimento stesso, infatti, può essere impedito solo se, nel primo caso, la stessa maggioranza uscita dalle elezioni esprima, con una mozione, la volontà di continuare l'attuazione del programma con un nuovo Primo ministro, e se, nel secondo caso, la mozione di sfiducia contenga la designazione di un nuovo Primo ministro da parte dei deputati appartenenti alla stessa maggioranza espressa dalle elezioni. Dovendo, le mozioni in parola, essere approvate a maggioranza assoluta, e dovendo, tale maggioranza, coincidere con quella uscita dalle elezioni (o esserne comunque interna), ne deriva che la sostituzione del Primo ministro è impossibile. L'obbligo di autosufficienza della maggioranza iniziale (uscita dalle elezioni) è rigidissimo, al punto che, se le mozioni sono approvate con voti decisivi provenienti dall'opposizione, si hanno per respinte (nel secondo caso, la mozione è respinta come mozione "costruttiva"). E' ovvio che qualora – come è normale che sia – il Primo Ministro disponga di una pattuglia di fedelissimi, che impedisca alla maggioranza originaria di raggiungere il numero di voti sufficienti per essere assoluta, lo scioglimento non potrebbe essere impedito.

Il potere del Primo ministro è ulteriormente rafforzato dall'art. 94, comma 2, che prevede che egli possa «chiedere che la Camera dei deputati si esprima, con priorità su ogni altra proposta, con voto conforme alle proposte del Governo. In caso di voto contrario, il Primo ministro rassegna le dimissioni e può chiedere lo scioglimento della Camera dei deputati».

Per quanto riguarda il procedimento legislativo, il progetto di riforma intende porre fine al bicameralismo perfetto, differenziando i ruoli di Camera e Senato attraverso la previsione di tre distinti procedimenti: uno bicamerale, uno a prevalenza della Camera, l'altro a prevalenza del Senato federale (art. 70). Il procedimento bicamerale si differenzia dall'attuale bicameralismo perfetto solo per la

possibilità di ricorrere, al posto della cd. *navette*, alla convocazione di una commissione mista, paritetica, incaricata di proporre un testo unificato da sottoporre al voto finale delle due assemblee. Si applicherà in alcune materie esplicitamente individuate, tra cui: determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali degli enti locali; finanza regionale e locale; poteri sostitutivi dello Stato; sistema elettorale di Camera e Senato federale; conferimento di funzioni agli enti locali; principi fondamentali del sistema elettorale regionale. Il procedimento monocamerale a prevalenza della Camera si articola nella deliberazione della Camera, nell'eventuale proposta di introdurre modifiche da parte del Senato e nella decisione definitiva della Camera. È previsto per le materie di potestà esclusiva statale (salvo quelle riservate al procedimento bicamerale). Infine, il procedimento monocamerale a prevalenza del Senato federale opererà attraverso l'approvazione da parte del Senato, cui faranno eventualmente seguito la proposta di modifiche avanzata dalla Camera e la decisione finale del Senato. Peraltro, essendo quest'ultimo estraneo al rapporto fiduciario con il governo, nell'ambito di tale procedimento non sarà ipotizzabile il ricorso alla fiducia per ottenere l'approvazione di un dato provvedimento legislativo. Il governo potrà però proporre delle modifiche al progetto di legge e dichiararle essenziali per l'attuazione del programma; in tal caso il Presidente della Repubblica, verificati i presupposti costituzionali, deciderà se autorizzare il Primo ministro a esporre le motivazioni del governo al Senato, che valuterà se accoglierle entro trenta giorni: se non le approverà il disegno di legge verrà trasmesso alla Camera, che deciderà in via definitiva a maggioranza assoluta dei componenti. È previsto per la fissazione dei principi nelle materie di competenza concorrente tra Stato e Regioni (salvo quelle riservate al procedimento bicamerale).

La macchinosità dell'ipotesi è aggravata dal fatto che la ripartizione delle materie attribuite ai diversi procedimenti è tabellare e prolissa: il che renderà inevitabile un contenzioso interpretativo con effetti sicuramente paralizzanti.

Per quanto riguarda gli organi di garanzia, il dato rilevante da segnalare si ricava dalla nuova versione degli artt. 86 e 88: all'accrescimento dei poteri del *premier* corrisponde la riduzione di quelli del Capo dello Stato, che perde sia il potere di decisione sullo scioglimento del Parlamento sia il potere di nomina del governo. Peraltro, il Presidente mantiene un ruolo decisivo nel consentire o meno al governo di superare l'opposizione del Senato all'approvazione di un disegno di legge governativo nelle materie di competenza concorrente tra Stato e Regioni.

Quanto alla Corte costituzionale, gli artt. 127-*bis* e 135 ne modificano la composizione aumentando i giudici di nomina politica (da cinque a sette, di cui tre eletti dalla Camera e quattro dal Senato federale) e ampliano il novero dei soggetti legittimati a proporre ricorso in via principale includendovi Comuni, Province e Città metropolitane (in questo modo la Corte diventa sempre più organo arbitrale dei conflitti tra centro e periferia, a scapito della sua funzione di giudice delle leggi).

Per quanto riguarda la forma di Stato, il progetto di revisione costituzionale prevede, da un lato, l'introduzione del Senato federale (artt. 55, 57 e 60), mantenendo l'attuale sistema di elezione dei senatori, ma rendendo la loro elezione contestuale a quella dei Consigli regionali (per cui non ci sarà più una durata del Senato come organo in sé, ma ciascun senatore resterà in carica quanto il Consiglio regionale della Regione in cui è stato eletto; se la legislatura regionale finisce anticipatamente, anche tutti i senatori eletti in quella Regione decadono e si torna a nuove elezioni), e, dall'altro, una nuova disciplina dell'assetto dei rapporti tra Stato e Regioni. La nuova versione dell'art. 117 prevede, con riguardo alle competenze legislative, che alcune materie siano ricentralizzate e altre inserite tra le competenze esclusive delle Regioni (assistenza e organizzazione sanitaria; organizzazione scolastica, gestione degli istituti scolastici e di formazione; definizione della parte dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione; polizia amministrativa regionale e locale: la cosiddetta *devolution*, che tanto ha fatto discutere per i profili anti-redistributivi, e sostanzialmente anti-meridionalistici, che presenta, e in cui molti hanno visto un esplicito attentato al principio di

uguaglianza sostanziale previsto dall'art. 3, secondo comma). Anche qui, la prolissità dell'elencazione delle materie attribuite alla competenza esclusiva dello Stato, alla competenza esclusiva delle Regioni o a quella concorrente rappresenta un dato stupefacente di ingenuità (o di sabotaggio). Non si riesce a comprendere come si sia potuto credere (ma la critica va rivolta anche agli estensori del testo oggi in vigore, prodotto dalla riforma del 2001) che elenchi così minuti e prolissi possano, se non essere autoapplicativi, per lo meno consentire un contenzioso limitato entro limiti fisiologici, e non invece esasperare le interpretazioni più capziose e il conflitto endemico.

Infine, per quanto riguarda la nuova disciplina del procedimento di revisione costituzionale, la riforma introduce la possibilità di richiedere sempre il *referendum* costituzionale in caso di modifica della Costituzione, a prescindere dalla maggioranza schieratasi a favore della modifica. Questa modifica ha due importanti conseguenze: in primo luogo, viene meno l'incentivo alla ricerca di larghe intese; in secondo luogo, la trasformazione del *referendum* da oppositivo in confermativo stravolge il disegno costituzionale per il quale il ricorso al popolo è l'*extrema ratio* di chi vuole impedire la revisione.

7.- *Provvisorie conclusioni.*

I rapidi cenni, meramente descrittivi, sopra esposti non riescono a restituire pienamente l'immagine del "premierato assoluto" che si vuole instaurare, e della lontananza tra il modello di democrazia presupposto e quello che la Costituzione del '47 immaginava di realizzare. Più che tentare una sintetica esegesi del testo, in chiusura, è probabilmente più opportuno cercare di tratteggiare un bilancio degli esiti che può avere la crisi in atto. Si è detto della debolezza in cui si trova la "resistenza" agli umori "revisionistici" che da anni dilagano, e di come l'opposizione parlamentare, da un lato, sia stata impotente nelle aule, data la forza dei numeri, ma, dall'altro, non abbia mobilitato l'opposizione sociale, lasciando la "difesa della Costituzione" a movimenti d'opinione spontanei.

La situazione, però, sta probabilmente cambiando, sotto la spinta di quattro ordini di fattori. In primo luogo, i ripetuti insuccessi elettorali della maggioranza di governo, il più grave dei quali (l'esito delle elezioni regionali e amministrative svoltesi il 3 e il 4 aprile 2005) va fatto risalire in buona parte ai timori suscitati proprio dalla revisione costituzionale in corso, e, in particolare, dall'ispirazione anti-redistributiva, e più propriamente anti-meridionalistica, della riforma federale. In secondo luogo, l'evidenza del fatto che la crisi economica che colpisce l'Italia è più grave di quella che colpisce gli altri paesi dell'Unione europea: dunque l'evidenza del fatto che tale differenziale è causato da caratteristiche specifiche della politica nazionale, e dunque – qui sta il punto determinante – l'evidenza del fatto che le politiche liberistiche (privatizzazioni, precarizzazioni, detassazioni ...) sono improponibili come antidoto alla crisi in atto perché la caratteristica della politica economica nazionale è consistita esattamente nell'exasperazione di queste politiche. In terzo luogo, l'*aut-aut* imposto dal procedimento di revisione costituzionale, che, a fronte di modifiche votate dalla sola maggioranza, rende politicamente inevitabile il *referendum*, il quale, a sua volta, data la necessità di semplificare i messaggi e le indicazioni di voto, rende impossibile opporsi alla revisione senza rivalutare la Costituzione "violata". Infine, e soprattutto, l'incrinarsi del modello culturale che aveva ispirato la lunga stagione della rivoluzione passiva reaganiana e thatcheriana, e che ha continuato ad alimentare le suggestioni individualistiche e privatistiche (sul piano morale) e maggioritarie e leaderistiche (sul piano istituzionale) che hanno dominato fino agli anni più recenti: modello culturale del quale l'opposizione italiana, nelle sue componenti prevalenti, è stata senza dubbio succube. L'inquietante corso neoconservatore, intriso di fondamentalismo religioso, degli Usa, la caduta di consensi che ha colpito il "new labour" nel Regno Unito (e la perplessità sui risultati delle sue politiche), la vittoria dei socialisti spagnoli, le crescenti resistenze che incontra il modello europeo in chi lo ritiene troppo sbilanciato verso le ragioni di un'economia che pretende di sottrarsi alla regolazione redistributrice della politica (che si sono tradotte in Francia e in Olanda nel rifiuto referendario della ratifica del Trattato sulla costituzione europea), il logoramento della retorica dei diritti nel giustificare una politica estera che, nei suoi rapporti

con il terzo e quarto mondo, si dimostra sanguinaria e priva di prospettive ... sono fenomeni certamente disomogenei, ma che, più o meno confusamente, vengono tutti percepiti come sintomi della perdita di egemonia del modello che ha imperato da quasi tre decenni.

Il concorso di questi quattro fattori sembra aver modificato la situazione, e rendere anche culturalmente possibile – oltre che politicamente inevitabile, dato l'*aut aut* imposto dal *referendum* – che i partiti dell'attuale opposizione assumano un atteggiamento di netto rifiuto nei confronti del progetto di revisione, e di rivalutazione della continuità e del valore della Costituzione del '47. Atteggiamento non facile, perché comporta la sconfessione di molte posizioni "riformistiche" assunte nel recente passato. Ma che potrebbe aprire una nuova stagione di costruttiva e rispettosa elaborazione costituzionale.

* Mario Dogliani è autore dei paragrafi 1-2-5-7; Ilenia Massa Pinto è autrice dei paragrafi 3-4-6. Una versione del presente saggio, con alcune variazioni, è stata pubblicata in *Teoria y Realidad Constitucional*, 2005, n. 16.

[1] Ad aprire il dibattito sulla modifica della Costituzione fu, verso la fine degli anni Settanta, la «grande riforma», orientata in chiave presidenzialistica, proposta da Bettino Craxi e da Giuliano Amato, la quale avrebbe consentito al leader socialista, da un lato, di assumere un ruolo di rilievo anche con un piccolo partito, valorizzando all'estremo il suo potere di coalizione, e, dall'altro, di ridurre il PCI al rango a cui Mitterand aveva ridotto il PCF. Il 27 settembre 1979, sull'«Avanti!», Craxi lanciava la «Grande Riforma dello Stato», ritenuta necessaria perché «anche gli edifici più solidi e meglio costruiti, e il nostro edificio costituzionale ha dimostrato di esserlo – dichiarava Craxi – si misurano con il logorio del tempo».

[2] Dopo l'assassinio di Aldo Moro terminò l'esperienza della Solidarietà Nazionale e il PCI venne respinto di nuovo all'opposizione. Le elezioni del 1979 consentirono nuove maggioranze e le posizioni assunte dal nuovo leader del PSI, Bettino Craxi, favorirono un accordo diretto tra DC-PSI e laici che escludesse il PCI. Con il mutato quadro politico, le correnti di centro-destra democristiana ripresero la guida del partito e nel 1980, durante il XIV Congresso della DC, quando il leader dell'area conservatrice, Flaminio Piccoli, divenne il nuovo segretario del partito, fu approvato un «Preambolo», con il quale si escludeva un'alleanza con il PCI.

[3] La guerra partigiana, sorta come movimento di massa all'indomani dell'occupazione tedesca, trovò il suo centro coordinatore nel Comitato di Liberazione Nazionale, nel quale confluirono tutti i partiti antifascisti. Il CLN nasce il 9 settembre 1943 in un momento in cui i reciproci rapporti di forza tra le diverse organizzazioni all'epoca politicamente dominanti erano ancora ignoti: la Costituzione italiana nasce come patto stipulato da questi soggetti collettivi che vogliono stabilizzare in essa i principi etico-politici di cui sono portatori e sui quali intendono fondare una nuova convivenza.

[4] Atti Sen., XII leg., I Comm. affari cost., p. 1. La sintesi del contenuto di tale documento si trova in A. Pace, *Ineleggibilità, incompatibilità e conflitto di interessi dei parlamentari e dei titolari di organi di governo*, in S. Cassese – B. G. Mattarella (a cura di), *Democrazia e cariche pubbliche*, Bologna, 1996, pp. 53 ss.

[5] *Ibidem*, p. 7.

[6] *Ibidem*, p. 38.

[7] *Ibidem*, p. 39.

[8] Infatti, in attuazione della riserva di legge prevista dall'art. 65, comma 1, Cost., secondo cui «la legge determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di deputato o di senatore», l'art. 10, comma 1, cit., prevede che non sono eleggibili, tra gli altri:

1.«coloro che in proprio o in qualità di rappresentanti legali di società o di imprese private risultino vincolati con lo Stato per contratti di opere o di somministrazione, oppure per concessioni o autorizzazione amministrative di notevole entità economica, che importino l'obbligo di adempimenti

specifici, l'osservanza di norme generali o particolari protettive del pubblico interesse, alle quali la concessione o la autorizzazione è sottoposta;

2.i rappresentanti, amministratori e dirigenti di società e imprese volte al profitto di privati e sussidiate dallo Stato con sovvenzioni continuative o con garanzia di assegnazioni o di interessi, quando questi sussidi non siano concessi in forza di una legge generale dello stato;

3.i consulenti legali e amministrativi che prestino in modo permanente l'opera loro alle persone, società e imprese di cui ai nn. 1 e 2, vincolate allo stato nei modi di cui sopra».

[9] Così A. Pace, Ineleggibilità, incompatibilità e conflitto di interessi dei parlamentari e dei titolari di organi di governo, cit., pp. 54-55. Altra parte della dottrina, come ricordato dallo stesso A., giungeva alle medesime conclusioni, sebbene in modo più prudentiale, sostenendo la possibilità di considerare, seppure solo de jure condendo, ricompreso nel citato art. 10 comma 1 n. 1 l'ipotesi della ineleggibilità di chi, «direttamente o indirettamente», controlla la società titolare di una concessione radiotelevisiva (G. Amato, Saggi a volontà, ne La Voce, 25 ottobre 1994).

[10] In questo senso, si vedano, fra le tante, Corte costituzionale, sentenze nn. 42 del 1961, 46 del 1969, 166 del 1972, 1020 del 1988, 235 e 510 del 1989, 53 e 539 del 1990.

[11] Cfr. A. Pace, Ineleggibilità, incompatibilità e conflitto di interessi dei parlamentari e dei titolari di organi di governo, cit., p. 63.

[12] Art. 1 – dichiarato incostituzionale dalla Corte con la sentenza n. 24 del 2004 – della Legge 20 giugno 2003, n. 140, recante «Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato»: «1. non possono essere sottoposti a processi penali, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime: il Presidente della Repubblica, salvo quanto previsto dall'articolo 90 della Costituzione, il Presidente del Senato della Repubblica, il Presidente della Camera dei deputati, il Presidente del Consiglio dei ministri, salvo quanto previsto dall'articolo 96 della Costituzione, il Presidente della Corte costituzionale. 2. Dalla data di entrata in vigore della presente legge sono sospesi, nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 e salvo quanto previsto dagli articoli 90 e 96 della Costituzione, i processi penali in corso in ogni fase, stato o grado, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime».

[13] E' appena il caso di ricordare, da un lato, la circostanza di fatto che, al momento dell'entrata in vigore della legge, tra i titolari delle cinque alte cariche indicate dalla legge stessa, soltanto l'attuale Presidente del Consiglio dei Ministri risultava avere pendenze penali, e, dall'altro, la considerazione che, delle cinque cariche interessate alla sospensione processuale, soltanto la carica di Presidente del Consiglio dei Ministri non prevede una scadenza certa.

L'approvazione della legge n. 140 ha peraltro riaperto il dibattito sulla più ampia questione delle immunità e prerogative parlamentari (delle quali ovviamente potrebbero giovare anche i parlamentari che ricoprono cariche di governo) e sulla possibilità di reintrodurre l'art. 68 della Costituzione nella sua formulazione originaria (modificata dalla legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3), la quale prevedeva, come noto, l'autorizzazione a procedere. Su tale possibilità v., in termini fortemente critici, A. Pace, La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati, in Studi in onore di Gianni Ferrara, vol. III, Torino, 2005, pp. 15 ss.

Tuttavia, accanto alla deprecabile giurisprudenza parlamentare, che, a partire soprattutto dalla III Legislatura, si è caratterizzata per aver coperto, col diniego dell'autorizzazione a procedere, reati non solo squisitamente politici, ma anche reati, per così dire, «simoniaci» (di compra-vendita di attività politiche, non necessariamente parlamentari, pur se commesse da parlamentari), è necessario ricordare la ratio originaria delle immunità e, dunque, del principio della rappresentanza – e di una sua peculiare funzione – di cui quelle immunità sono uno strumento di tutela: «le immunità, con i loro due cerchi concentrici – l'irresponsabilità, che tutela una sfera di comportamenti individuati oggettivamente, e l'invulnerabilità, che tutela una sfera di comportamenti individuati caso per caso – svolgono una funzione protettiva che è strumentale a garantire quella che potremmo chiamare la funzione "proiettiva" della rappresentanza. Le immunità valgono cioè ad assicurare la totale libertà del Parlamento nella scelta dei

comportamenti che realizzano la funzione rappresentativa: comportamenti che non si identificano soltanto con gli atti giuridicamente nominati in cui si articola la funzione parlamentare intesa in senso stretto, ma comprendono tutti quegli atti che, anche – o proprio perché – illeciti, sono giudicati dal Parlamento stesso come carichi di un significato simbolico relativo agli sviluppi possibili dell'ordinamento, e che proprio in quanto tali sono "rappresentativi". E' da questo punto di vista che il controllo del giudice diventa inammissibile. Non si deve dimenticare che il Parlamento subalpino aveva vittoriosamente stabilito, fin dai primi anni dall'entrata in vigore dello Statuto, che mentre il re era vincolato alla carta, il Parlamento aveva il diritto di interpretarla in modo evolutivo, al fine di realizzare un sistema parlamentare sempre più compiuto: questo stava a significare che il potere parlamentare era superiore alla prerogativa regia, e che essa era recessiva rispetto al primo. Mentre il Parlamento poteva interpretare le prerogative del sovrano, il sovrano – e i suoi giudici – non potevano interpretare le prerogative del Parlamento. A Luigi Palma che, a fronte della pretesa delle Camere di avere il monopolio dell'interpretazione delle immunità, polemicamente si chiedeva: "Cosa si dovrebbe dire di un Re se, come in altri tempi e casi Carlo I e Giacomo II in Inghilterra e Carlo X in Francia, volesse determinare egli stesso l'estensione della sua prerogativa?", si sarebbe dovuto rispondere, semplicemente, che quei re avevano perso, mentre il Parlamento aveva vinto, proprio sul quel punto. In quest'ottica si comprende meglio perché, dato questo potere interpretativo primario sulle linee di sviluppo della costituzione, il parlamento dovesse godere di un'irresponsabilità politica assoluta, che gli consentisse di proteggere non solo le proprie opinioni enunciate e le proprie decisioni assunte (irresponsabilità), ma anche i comportamenti, a suo giudizio, rappresentativamente rilevanti, pur se illeciti (inviolabilità)» (così M. Dogliani, Immunità e prerogative parlamentari, in Storia d'Italia, Annali 17, Il Parlamento, a cura di L. Violante, Torino, 2001, pp. 1047-1048).

[14] Legge 5 ottobre 2001, n. 367, recante «Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra Italia e Svizzera che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione, fatto a Roma il 10 settembre 1998, nonché conseguenti modifiche al codice penale ed al codice di procedura penale».

[15] In particolare, oltre a estendere le ipotesi di inutilizzabilità, la legge si preoccupava di rendere applicabili le relative disposizioni anche a quei procedimenti in relazione ai quali il GUP avesse già provveduto a formare il fascicolo per il dibattimento, nel qual caso l'inutilizzabilità avrebbe dovuto essere rilevata, anche d'ufficio, dal giudice del dibattimento entro la prima udienza successiva all'entrata in vigore della legge.

[16] Decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, recante «Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366», che ha modificato gli artt. 2621 e 2622 del codice civile.

[17] Ai dubbi sulla conformità del decreto all'obbligo comunitario di punire con sanzioni che abbiano un carattere «effettivo, proporzionale e dissuasivo» le falsità in scritture contabili, non ha dato risposta soddisfacente la Corte di giustizia europea, alla quale i giudici italiani – tra gli altri anche quelli milanesi che si occupano del processo Sme, in cui è imputato Silvio Berlusconi – si erano rivolti ex art. 234 (ex art. 177) del Trattato comunitario. La Corte, infatti, non si è pronunciata nel merito, e si è limitata a rilevare l'impossibilità di invocare una direttiva comunitaria per farne derivare l'effetto di determinare o di aggravare la responsabilità penale degli imputati in un processo. Sul punto v. le considerazioni di V. Onida, Quando il giudice decide a metà, ne *Il Sole 24 Ore*, 4 maggio 2005. Per la ricostruzione dell'intera vicenda v. L. Mezzetti, Il falso in bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell'ordinamento costituzionale...), in www.giurcost.org/studi/mezzetti.html.

[18] Legge 7 novembre 2002, n. 248, recante «Modifica degli articoli 45, 47, 48 e 49 del codice di procedura penale».

[19] In contrasto con il principio costituzionale del giudice naturale precostituito prevede non meglio specificati motivi di «legittimo sospetto» come causa di rimessione del processo ad altro giudice (con la previsione dell'immediata applicazione della nuova normativa ai processi in corso al momento della sua entrata in vigore).

[20] Legge 15 dicembre 2004, n. 308, recante «Delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione», che tra l'altro si applicherebbe anche al caso della nota villa "La Certosa" del Presidente del Consiglio Berlusconi, sulla quale peraltro è stato anche apposto il segreto di Stato - con decreto del Ministro dell'Interno, 6 maggio 2004 - per impedire alla Procura della Repubblica, che ha sollevato in merito conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato di fronte alla Corte costituzionale - l'accesso ai luoghi per svolgere le doverose indagini a seguito di notizia di reato (sul conflitto è ora intervenuta la Corte costituzionale con ordinanza n. 404/2005, dichiarandolo inammissibile - «essendo venuta meno la materia del contendere» - a seguito dell'effettuazione dell'ispezione).

[21] Legge 24 febbraio 2004, n. 43: «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 dicembre 2003, n. 352, recante disposizioni urgenti concernenti modalità di definitiva cessazione del regime transitorio della legge 31 luglio 1997, n. 249» (c.d. decreto salva Retequattro) e Legge 3 maggio 2004, n. 112 (c.d. Legge Gasparri): «Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana Spa, nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione».

[22] Si veda, in particolare, la sentenza n. 466 del 2002, proprio in riferimento alla considerazione che l'introduzione del sistema trasmissivo in digitale terrestre, sulla quale si basava il disegno di legge, e si basa la legge poi definitivamente approvata, non avrebbe potuto determinare di per sé alcun effetto significativo sull'assetto duopolistico delle trasmissioni in analogico terrestre. Cfr. A. Pace, Il discutibile avvio del «digitale terrestre» tra la sent. n. 466 del 2002 della Corte costituzionale e il rinvio ex art. 74 Cost. del Presidente della Repubblica, in *Giur. Cost.*, 2004, pp. 1369 ss.

[23] Si veda soprattutto il messaggio rivolto alle Camere in data 23 luglio 2002, in *Giur. Cost.*, 2002, pp. 2333 ss. e il successivo rinvio della legge alle Camere il 15 dicembre 2003.

[24] Si veda l'audizione del 12 dicembre 2002 davanti alle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei deputati, e successivamente quelle del 10 settembre 2003, dell'8 gennaio 2004, del 5 febbraio 2004 ancora alla Camera, e del 20 gennaio 2004 al Senato, dinanzi alla Commissione VIII.

[25] Si veda la segnalazione del 19 dicembre 2002 ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio e al Ministro delle Comunicazioni ex art. 22 legge n. 287 del 1990, e successivamente le audizioni del 10 settembre 2003 e dell'8 gennaio 2004. Una sintesi del contenuto delle audizioni è riportata in A. Pace, Legge Gasparri e Corte costituzionale, in *Rassegna Parlamentare*, 2004, n. 4, pp. 849 ss.

Con l'entrata in vigore della legge, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni era stata incaricata dall'art. 25 della legge stessa di presentare una relazione, entro il 30 aprile 2004, avente a oggetto il grado di sviluppo del pluralismo seguito all'introduzione del digitale terrestre, e dunque avente a oggetto l'esame della complessiva offerta dei programmi televisivi digitali terrestri, delle tendenze in atto nel mercato, della quota di popolazione coperta dalle nuove reti, della presenza sul mercato nazionale di decoder a prezzi accessibili, e dell'effettiva offerta al pubblico su tali reti anche di programmi diversi da quelli diffusi dalle reti analogiche: dalla risposta a tali quesiti si sarebbe potuto verificare il grado di effettivo pluralismo garantito dal sistema imperniato sul potenziale sviluppo del digitale terrestre delineato dalla nuova disciplina. L'Autorità non poteva che rispondere positivamente a tali quesiti, che miravano all'accertamento di una realtà solo potenziale del sistema digitale, ma non corrispondente alla sua diffusione effettiva nel Paese (sul punto v., in particolare, A. Pace, Legge Gasparri e Corte costituzionale, cit., pp. 870-872; O. Grandinetti, Il «nodo» televisivo e le «magnifiche sorti e progressive» del digitale terrestre, in *Gior. Dir. Amm.*, 2004, n. 6, p. 667).

[26] Tra l'altro si segnala che lo stesso Presidente della Repubblica, nel messaggio con il quale ha rinviato alle Camere il disegno di legge (v. oltre nel testo), ha ammonito il Parlamento anche sotto il profilo della tecnica legislativa impiegata: «Con l'occasione ritengo opportuno rilevare quanto l'analisi del testo sia resa difficile dal fatto che le disposizioni in esso contenute sono condensate in due soli articoli, il secondo dei quali consta di 49 commi ed occupa 38 delle 40 pagine di cui si compone il messaggio legislativo. A tale proposito, ritengo che questa possa essere la sede propria per richiamare l'attenzione del Parlamento su un modo di legiferare - invalso da tempo - che non appare coerente con

la ratio delle norme costituzionali che disciplinano il procedimento legislativo e, segnatamente, con l'art. 72 della Costituzione, secondo cui ogni legge deve essere approvata "articolo per articolo e con votazione finale"» (Messaggio del Presidente della Repubblica alle Camere sull'Ordinamento Giudiziario, 16 dicembre 2004).

[27] Su cui v., per esempio, S. P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Bicamerale per le riforme costituzionali*, Milano, 1998.

[28] Sul punto si rinvia a M. Dogliani, *La legislazione costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, pp. 1028-1029.

[29] ...del vero proporzionalismo, non di quello spacciato come tale nella nuova legge elettorale n. 270 del 2005 (su cui v. G. Zagrebelsky, *Una riforma del voto irrazionale e incostituzionale*, in *La Repubblica* del 25 ottobre 2005).

[30] V. paragrafo 4.

[31] A tal proposito si è parlato di un vero e proprio «mercanteggiamento» fra le forze della coalizione di maggioranza: v. A. Manzella, *Il baratto delle istituzioni*, in *Repubblica*, 26 marzo 2004, p. 1, ricordato da A. Pace, *Legge Gasparri*, cit., p. 865.