



UNA TESTIMONIANZA DI SEI ANNI DI BATTAGLIE*

di Felice C. Besostri**

Devo ringraziare il prof. Lanchester, se per la seconda volta mi è stata data la possibilità di intervenire in una questione nella quale sono stato personalmente coinvolto, non perché la mia presenza sia necessaria o possa interpretare con una particolare originalità l'Ordinanza n. 12060 del 17.05.2013 della Sez. I Corte di Cassazione, oggetto del primo incontro, e la Sentenza n. 1/2014 della Corte Costituzionale. Tuttavia il percorso esistenziale e processuale, che ha permesso questo storico risultato, penso che sia di un certo interesse per individuare riforme da fare con urgenza per l'accesso alla Corte, specialmente in materia di diritti fondamentali, tra i quali il diritto di voto e di candidatura in una democrazia parlamentare rappresentativa. E' stata un'Odissea ed anche un calvario in alcuni momenti. Dopo la decisione della Consulta dovremo tornare in Cassazione per la sentenza nel merito dell'azione, promossa inizialmente da 27 cittadini elettori di ogni parte d'Italia, per l'accertamento del diritto di votare in conformità alla Costituzione. Per me sarà il nono passaggio davanti a un Tribunale o Corte, otto nazionali, oltre che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, dieci se dovessi contare anche l'impugnazione dei comizi elettorali 2013 decisa dal Tar Lazio, sez. II bis, con la Sentenza n.5163 del 22/5/2013, con richiamo alla solita giurisprudenza della carenza di giurisdizione, benché fossero stati sollevati problemi nuovi quali la legittimità costituzionale del codice del processo amministrativo (D. lgs

* "Le Corti e il voto. La Sentenza della Corte costituzionale sul sistema elettorale", Seminario organizzato dal Dottorato in Diritto pubblico, comparato e internazionale e dal Master in Istituzioni parlamentari europee per consulenti di assemblea – Roma – Sala delle Lauree-Scienze politiche – Università "La Sapienza", 29 gennaio 2014.

** Docente di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Milano e Avv. promotore del ricorso in Corte Costituzionale contro la legge elettorale n. 270/2005.

n.104/2010) per violazione dell'art. 76 Cost. in relazione alla norma di delegazione, art. 44, c. 2, lett. g) Legge n. 69/2009, per non aver previsto l'impugnazione delle operazioni elettorali preparatorie per la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica.

Devo anche confessare che, se il risultato di questo impegno di 6 anni di vita mia e di altri colleghi, avesse come risultato l'approvazione dell'*Italicum*, il mio rammarico e pentimento: sinteticamente in alcuni aspetti viola i principi del voto libero, uguale e diretto in modo ancor più grave delle parti annullate della Legge n. 270/2005. Trovo inammissibile che voti per liste collegate, che non superino la soglia di accesso per avere eletti, siano utilizzati dalla coalizione per ottenere il premio di maggioranza al primo turno o per essere ammesse al ballottaggio e senza che ne traggano alcun beneficio in caso di raggiungimento dell'obiettivo.

La portata della Sentenza n.1/2014 è diversamente apprezzata, dovrebbe avere per tutti, comunque, il pregio di aver deciso nel merito con scorno di tutti coloro, anche autorevolissimi e tra essi anche sicuri democratici, che temevano o speravano in una dichiarazione di inammissibilità. Non discuto la loro dottrina, ma se un organo di garanzia avesse continuato a sottrarre le leggi elettorali da un controllo di costituzionalità, erano in pericolo le istituzioni democratiche e "*salus rei publicae suprema lex esto*". E' evidente, sotto gli occhi di tutti, come il cosiddetto "*porcellum*" abbia contribuito al degrado delle istituzioni e in particolare del Parlamento, sostanzialmente, ma anche formalmente eterodiretto, con buona pace dell'art. 67 Cost. Non è senza significato che il progetto, concordato in sede extraparlamentare, di nuova legge elettorale sia stato presentato il giorno precedente alla conclusione delle audizioni disposte dalla Prima Commissione della Camera dei Deputati. Per mia fortuna ero stato sentito il giorno 14, altrimenti avrei dovuto riscrivere la memoria. In sede di audizione la maggioranza dei costituzionalisti (non oso dire colleghi in quanto ero contitolare di un corso di Diritto Pubblico Comparato, ma da semplice ricercatore confermato, ed ora collocato in pensione) aveva già dato il via libera a qualsivoglia progetto di riforma della legge che il Sindaco Renzi, segretario del PD avrebbe presentato. Allora erano tre, un numero perfetto, ispanico con premio di maggioranza, *mattarellum* con premio di maggioranza, legge elettorale dei sindaci. Solo il prof. Zanon, pur nemico della Sentenza, ha cercato di frenare gli entusiasmi degli zelanti zeloti, richiamando l'attenzione su quel passo della Sentenza, che parlava di necessità di rispettare l'uguaglianza del voto anche in uscita con riferimento alla giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Federale tedesco (BVerfG, Secondo Senato, Sent. del 25.7.2012 in 2 BvF 3/11):

un radicale mutamento di giurisprudenza e la novità di citare in maniera puntuale una sentenza di altra Corte Costituzionale. Questo lascia ben sperare per il futuro perché l'art. 38 GG sul sistema di voto è molto simile al nostro art 48 Cost., là voto libero, uguale e diretto, qui da noi libero, uguale e personale, l'aggettivo diretto è negli artt. 56 (Camera dei deputati) e 58 (Senato della Repubblica) Cost.. Molto opportunamente in Germania c'è un rimedio all'autodichia del *Bundestag*, in materia di convalida, in quanto la decisione è impugnabile innanzi al *Bundesverfassungsgericht*, a differenza delle nostre Camere ex art. 66 Cost., norma per di più arbitrariamente estesa da una giurisprudenza compiacente anche alle operazioni elettorali preparatorio. Un candidato o una lista esclusa dalla competizione elettorale avevano ricorso alla Giunta delle Elezioni delle camere elette senza la loro partecipazione: non bisogna essere degli indovini esperti per prevedere gli esiti di quei ricorsi. La giurisprudenza costituzionale tedesca era stata più volte citata senza successo innanzi alla giustizia amministrativa e in primo e secondo grado di quella ordinaria, senza successo.

E qui consentimi una nota biografica, che fa parte di quegli imprevisti che la storia ci riserva. Mio padre commerciava frutta all'ingrosso ai Mercati Generali di Milano. La gran parte delle sue mele e pere a tonnellate veniva dall'Alto Adige, cioè dal *Südtirol*, e i contadini erano tutti di lingua tedesca, quindi non per amore di Goethe, ma di astuzia commerciale, alle medie mi fu fatto scegliere il tedesco: fui accontento subito perché per l'unica sezione di tedesco erano state appena due domande specifiche, la mia e quella di un figlio di militare tedesco morto in guerra. Per tutti gli altri era una punizione perché le domande di inglese erano in soprannumero ed esaurite le classi di francese si era d'autorità iscritti alla sezione tedesca. Ho imparato il tedesco, anzi l'*Hochdeutsch*, la lingua colta e ovviamente non sono mai stato in grado di capire cosa si dicessero tra loro i contadini nelle trattative con mio padre: la ragione per la quale mi aveva fatto studiare tedesco. In compenso mi sono appassionato al diritto costituzionale tedesco, tanto da prendere come titolo per la mia tesi "Il controllo materiale di costituzionalità sulle norme formalmente costituzionali nella Repubblica Federale Tedesca". In italiano è già impressionante, ma in tedesco mi avrebbe fatto vincere una cattedra, se avessi scelto la carriera universitaria in luogo della politica) e della libera professione: "*Die materielle Verfassungskontrolle über formellen Verfassungsnormen in der BRD*". Nella discussione della tesi sapevo di navigare in territori sconosciuti ai più e il mio relatore il prof. Paolo Biscaretti di Ruffia e il correlatore prof. Valerio Onida furono più che soddisfatti. Son risalito a tempi lontani perché senza quella scelta

che ho fatto, o più precisamente mi hanno fatto fare a 11 anni, forse il Porcellum sarebbe ancora in vigore. E' un'affermazione *tranchant*, ma non per questo da rifiutare.

La giurisprudenza della BVerfG è stata la mia ispiratrice quando iniziai la mia lotta nel dicembre 2007 alle modifiche introdotte ai testi unici per l'elezione della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica dalla Legge n. 270/2005 per definirla con il suo numero, invece che per il soprannome, che ha acquisito e per il quale è universalmente conosciuta. Infatti come elettore, ed era la prima volta fui ammesso al giudizio di ammissibilità dei *referendum* elettorali promossi dal prof. Guzzetta. In quel giudizio ero anche il difensore di movimenti politici che spaziavano dall'UDEUR alla sinistra estrema passando dai socialisti, in alcuni casi in unione con i professori Vittorio Angiolini e Costantino Murgia. Approfitto di questa occasione per ringraziarli, ma soprattutto per ringraziare il prof. Augusto Cerri, uno dei pochi, se non l'unico, dei professori ordinari ad aver sostenuto non episodicamente le azioni e i ricorsi proposti contro le leggi elettorali. Da quell'opposizione uscirono quei passi delle sentenze n. 15 e 16 del 2008, base delle future impugnazioni. La Corte, come confessò il Presidente Gallo alla vigilia della sua sostituzione con l'attuale presidente della Consulta Silvestri, volle trattare il Parlamento con molta delicatezza limitandosi a dire che *«L'impossibilità di dare, in questa sede, un giudizio anticipato di legittimità costituzionale non esime tuttavia questa Corte dal dovere di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi.»*(paragrafo 6.1 Sent. n.15/20089 ripetuto per il Senato nella Sentenza n. 16/2008 con la precisazione *«sia pure a livello regionale»*). Un richiamo gentile, ma assolutamente chiaro. Tanto più che c'era anche un espresso invito alla magistratura a rimettere la questione di costituzionalità nelle vie ordinarie. Tutti hanno sottolineato l'inadempienza del Parlamento, ma nessuno, tranne noi difensori dei ricorrenti, avvocati Bozzi, Tani e Besostri, ha sottolineato l'inadempienza della magistratura ordinaria e amministrativa, come hanno sperimentato sulla loro pelle a cominciare dall'avv. Bozzi, che a seguito di un ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. è stato condannato a €10.000 di spese legali. I giudici amministrativi TAR Lazio (Sez. II bis, 27.2.2008 n. 1855) e Consiglio di Stato (Sez. IV, del 13.3.2008 n. 1855) sono stati più benevoli, perché, dichiarandosi assolutamente carenti di giurisdizione, hanno compensato le spese. Tuttavia la loro decisione è stata la più grave, perché hanno blindato le leggi elettorali sottraendole contro la Costituzione (artt. 24, c.1 e 2, 25, c.1, 101, 102, c. 2, 111 e 113 Cost.) ad un controllo giurisdizionale,

affermando che gli unici organi competenti ad esaminare i ricorsi contro le operazioni elettorali, comprese le questioni di costituzionalità, sono le Giunte delle elezioni delle Camere elette con Legge n. 270/2005 di sospetta costituzionalità. Un cittadino elettore, che è giusto ricordare per nome, Francesco Ragusa, prese sul serio quelle sentenze e fece ricorso alle Giunte delle Elezioni di Camera e Senato, che nel 2009 all'unanimità dei componenti decisero che la legge era perfetta dal punto di vista costituzionale. Una sola differenza: la Giunta delle Elezioni del Senato ritenne che in astratto potesse rimettere la questione alla Corte Costituzionale con riferimento alla sua Sentenza n. 259 del 2009, mentre quella della Camera negò recisamente di essere un organo para giurisdizionale. Per fortuna dopo la Sentenza n. 1/2014 la natura delle Giunte delle Elezioni ha perso interesse, ne sono uscite fortemente ridimensionate: il momento che esaurisce la fase elettorale è la proclamazione degli eletti e non la loro convalida. Infatti gli effetti dell'annullamento non retroagiscono sulla proclamazione.

La giustizia amministrativa, oltre che dichiarare la carenza assoluta di giurisdizione, aveva anche sentenziato che il decreto di convocazione dei comizi elettorali fosse un atto in sé inimpugnabile. Quindi uno scioglimento presidenziale delle Camere, questo sicuramente atto non impugnabile, poteva non essere seguito da indizione di elezioni nel termine previsto dall'art. 61, c.1 Cost., ovvero da un decreto di convocazione dei comizi con altro termine, con l'effetto di prorogare *ad libitum* ai sensi del secondo comma, le Camere sciolte. Inconsapevolmente o meno si era legittimato un "*golpe de estado*" legale. Altro scenario inquietante: si approva una legge elettorale con premio di maggioranza senza soglia minima o massima, quindi in teoria anche pari ai 2/3 dei seggi come era la fascistissima Legge Acerbo (Legge 18 dicembre 1923, n. 2444), quindi anche se la legge elettorale fosse palesemente incostituzionale i ricorsi sarebbe esaminati da Camere dove i golpisti avrebbero una soverchiante maggioranza, e se questa non bastasse con i 2/3 potrebbero modificare ex art. 138 Cost. senza rischiare un *referendum* confermativo. Naturalmente ci vorrebbe la complicità di un Presidente della Repubblica: un pericolo sventato dal fatto che le maggioranze berlusconian-bossiane hanno governato in periodi in cui non si eleggeva un Presidente. Un puro caso!

Al diniego di giustizia si è reagito in due modi: 1) promuovendo a mia cura un inedito conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato da un lato con il popolo sovrano nella persona di un cittadino elettore e dall'altro il Parlamento e il Potere giudiziario; 2) mediante un ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a Strasburgo. Il conflitto di attribuzioni fu dichiarato

inammissibile con Ordinanza n. 28 del 9.7. 2008. Mentre il ricorso alla C.E.D.U fu deciso con la sentenza Saccomanni e altri del 13.3.2012. A differenza di altri ricorrenti non avevamo sollevato soltanto la questione del premio di maggioranza e della soglie di accesso, ma anche la violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali, per la mancanza di un giudice competente e di un'efficace tutela nei confronti della P.A.. Questi motivi furono dichiarati inammissibile in conformità alle difese degli agenti dello Stato italiano, nominati dai Governi Berlusconi e Monti, perché la Convenzione europea tutela i “*diritti civili*” e non i “*diritti politici*”: chissà se il sen. Berlusconi ne è stato informato prima di ricorrere a Strasburgo, visto che i suoi agenti facevano dichiarare l'incompetenza della Corte Europea *in subiecta materia*.

L'ultima fase, quella conclusasi positivamente prima con l'Ordinanza n. 12060 della Cassazione e infine con la Sentenza n. 1/2014 ha avuto uno sviluppo inizialmente scoraggiante e contrastato, e senza la nostra acribia si sarebbe conclusa con il rigetto della Corte d'Appello di Milano, la quale con la Sentenza del 18-24.4.2012 n. 1419, confermava la sentenza del Tribunale di Milano del 16.3-18.4.2011. Entrambe le sentenze dichiaravano infondate le eccezioni di costituzionalità, usurpando le funzioni della Corte Costituzionale: abbastanza ardita la manifesta infondatezza sul premio di maggioranza senza una soglia minima in voti e/o seggi, adombrata dalla stessa Consulta nelle sentenze n. 15 e 16 del 2008. Tuttavia un merito l'hanno avuto, aver respinto le eccezioni di carenza di giurisdizione e di inammissibilità dell'azione svolte dall'avvocatura Distrettuale dello Stato, non più riproposte con controricorso in Cassazione, provocando così il giudicato interno sul punto, questione non secondaria ai fini dell'ammissibilità del giudizio incidentale di costituzionalità. L'eccezione di lite fittizia è stata la linea *Maginot* dei difensori dello *status quo*. Un titolare di cattedra in una facoltà non giuridica in un pubblico dibattito ha, invece, sostenuto che le questioni non erano rilevanti. Il problema ce lo siamo posto conoscendo l'amore per le questioni procedurali, che evitano la fatica di entrare nel merito. La soluzione era semplice, accompagnare l'azione di accertamento ad una richiesta risarcitoria, contenuta nel simbolico 1 Euro. L'abbiamo scartata principalmente per una ragione di principio, doveva rimanere un'azione in materia elettorale e, *last but not least*, non si pagava il Contributo Unificato ed altri diritti.

Diceva Lichtenstein che “*la scrittura è uno specchio, che riflette l'immagine di chi legge*”, vi risparmiò la seconda parte della citazione, ma è indubbio che vi sono state interpretazioni

minimaliste: il pensiero unico che ritiene che la salvezza consista in un sistema elettorale maggioritario e in un sistema almeno bipolare, se non bipartitico, è duro a morire, malgrado le smentite di questi ultimi 20 anni di maggioritari variamente confezionati. Innanzi tutto c'è bisogno di diffondere mezze verità che, come insegna il Talmud, sono bugie intere. Si dice che non si possa votare con la legge di risulta, conseguente agli annullamenti parziali della Corte Costituzionale perché è proporzionale. Un falso perché residuano le possibilità di coalizione con un capo politico e un programma comune, quindi l'accusa principale, che gli elettori non possano scegliere prima le alleanze, è infondata. Non solo, le soglie di accesso per liste singole e coalizioni al Senato sono superiori a quelle proposte nell'*Italicum*: 8% e 20% rispettivamente a fronte di 6% e 12%.

Purtroppo la censura di questo aspetto problematico delle legge elettorale, ha comportato che non sia stato oggetto di giudizio, benché siano irrazionali soglie di accesso doppie per un organo con la metà di componenti. Il voto degli elettori non è uguale, cioè lo stesso numero di elettori elegge alla Camera e non al Senato, incidendo anche sulla libertà in quanto costringe a differenziare l'offerta tra Camera e Senato. La differenza di maggioranze politiche tra Camera e Senato, in queste elezioni è stata provocata più dalla differenza delle soglie di accesso, che dalla regionalità dei premi di maggioranza. L'*Italicum* non supera i paletti posti dalla Sentenza n. 1/2014 non in assoluto, ma se si sceglie un sistema anche in parte proporzionale. Per evitare i vincoli basterebbe adottare un sistema elettorale maggioritario con collegi uninominali, della cui legittimità costituzionale ho dato atto anche dinnanzi alla Corte Costituzionale. Perché i maggioritaristi non imboccano la strada maestra dell'uninomiale, con o senza ballottaggio? Perché nel maggioritario non si può alterare il risultato: non contano i voti ma i seggi, devi conquistarli uno per uno fino ad averne almeno la metà più uno, cioè una vera maggioranza. In realtà la conferma di una maggioranza che potenzialmente già esisteva prima, non la maggioranza artificiale dei premi di maggioranza, che sarebbe più giusto chiamare premio di maggioranza.

In nessun sistema, nemmeno in quelli presidenziali o semipresidenziali, la sera delle elezioni si può sapere chi governerà: al massimo chi sarà il Presidente, ma non se il Presidente USA avrà la maggioranza del Congresso o il Presidente francese una maggioranza politicamente omogenea nell'Assemblea Nazionale. In realtà con la nuova legge elettorale si vuol sapere chi vincerà... la sera prima delle elezioni! O il PD o Forza Italia. Tutti candidati, come nella Legge

n. 270/2005, sono nominati dai partiti e non eletti dagli elettori. Le liste “corte”, nascondono con il linguaggio il fatto principale, che restano “bloccate”, e per la loro legittimità costituzionale i loro fautori si aggrappano a un passo discorsivo della sentenza. La brevità delle liste supera il problema della conoscibilità dei candidati, che è un presupposto per la libertà di voto, ma non quello del voto personale e diretto. Appare del tutto contraddittorio che proprio quando posso conoscere i candidati, non possa più scegliere tra di loro, cioè *eligere*. Il ballottaggio eventuale tra le due liste o coalizioni più votate, non ovvia alle obiezioni sull’entità del premio di maggioranza, che viene comunque assegnato indipendentemente da una soglia minima in voti.

L’obiezione che, come nella legge elettorale per i comuni superiori ai 15.000 abitanti, si ha comunque il voto di una maggioranza assoluta di votanti è di scarso pregio, senza un vincolo alla validità del ballottaggio di una partecipazione almeno pari alla maggioranza assoluta degli iscritti alle liste elettorali e non inferiore alla somma dei voti conseguiti al primo turno dalle coalizioni o liste ammesse al ballottaggio. Né ha senso un riferimento alle leggi elettorali regionali che prevedono un premio a liste collegate al candidato Presidente in base ai voti ottenuti da quest’ultimo, fatto da me censurato con impugnazione delle elezioni della Lombardia (che la Sez. III del TAR Lombardia Milano ha rimesso alla Corte Costituzionale con Ordinanza del 9.10.2013 n. 2261), in quanto con il voto disgiunto vi è violazione del voto personale e diretto, e il premio di maggioranza è attribuito senza una soglia minima in voti del complesso di liste collegate.

Se il riferimento alla giurisprudenza costituzionale tedesca dovesse essere costante, l’*Italicum* non supererebbe la verifica di costituzionalità sia con riferimento alle soglie di accesso nazionali (Sent. Secondo Senato del 26.10.2004, 2 BvE 1/02 e 2 BvE 2/02, “*Drei-Länder-Quorum*”), escluse solo per alcune minoranze linguistiche e non per i partiti regionali, ma anche per la distribuzione nei collegi dei seggi conquistati con il premio di maggioranza (Sent. Secondo Senato del 3.7.2008, BvC 1/07 e 2 BvC 7/07 “Mandati aggiuntivi”), in quanto la distribuzione del premio dipende dal comportamento elettorale di elettori di circoscrizioni nelle quali non si è candidati. Sul punto c’è uno specifico precedente per le elezioni europee del 2009, la sentenza Gargani (CdS, sez. IV, 13.5.2011 n.2886) che dichiara illegittima la trasmigrazione di seggi, assegnati ai collegi in base alla popolazione residente, in base ai migliori quozienti elettorali di candidati della stessa lista di altri collegi. La soglia del 37% con un premio del 15% è ancora

troppo bassa per superare la critica dell'eccesso di distorsione. Nella sentenza è detto con chiarezza che la governabilità è solo un obiettivo costituzionalmente legittimo, mentre la rappresentanza è un bene costituzionalmente tutelato: non sono quindi sullo stesso piano. Sulla base della giurisprudenza costituzionale tedesca (Sent. Secondo Senato del 9.11.2011, 2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10, sulla clausola di accesso al 5% per le elezioni europee) pendono 5 ricorsi contro la Legge n. 18/1979 come modificata dalla Legge n. 10/2009. Si è imparata la lezione di non confidare sulla preparazione buona volontà dei giudici di un solo Tribunale, quindi nell'ordine Napoli, Milano, Cagliari, Roma e Venezia. Una Sentenza giuridicamente motivata, come giuridiche erano le motivazioni degli avvocati Bozzi, Tani e Besostri. La data delle prime udienze è già fissata per Napoli, 4 marzo, Milano, 24 marzo e Cagliari, 11 aprile.