



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 2 | 2015  
I DIRITTI DEI DETENUTI

## Retroattività della sospensione dalla carica di sindaco e problemi di (ir)retroattività: il caso De Magistris[\*]

di STEFANIA CECCHINI

# Retroattività della sospensione dalla carica di sindaco e problemi di (ir)retroattività: il caso De Magistris[\*]

di STEFANIA CECCHINI

*Cultrice della materia in Diritto costituzionale - Università degli studi di Cagliari*

## Abstract

Muovendo dall'ordinanza n. 1801/2014 del TAR Campania Napoli, il presente articolo affronta il problema dell'applicazione retroattiva della sospensione dalla carica elettiva ex art. 11 della c.d. legge Severino. Mediante l'analisi dei principi e diritti costituzionali in gioco - il principio di retroattività, del tempus regit actum, il diritto all'elettorato passivo ex artt. 51 e 54 Cost., la presunzione di non colpevolezza ex art. 27, co.2 Cost. e la tutela dei pubblici uffici ex art. 97 Cost. - l'articolo dimostra come il nodo che la Corte costituzionale è chiamata a sciogliere risieda nella natura giuridica dell'istituto sospensivo. Attraverso lo studio degli arresti giurisprudenziali in materia, si aderisce alla tesi per cui la sospensione assumerebbe una mera funzione cautelare. Il lavoro, inoltre, affronta il problema relativo alla durata di diciotto mesi dell'istituto sospensivo,

che conduce all'analisi della funzione dell'istituto medesimo, evidenziando l'esigenza di definire la sua durata temporale per evitare che lo stesso assuma i caratteri di una sanzione anticipata. A seguito della recente ordinanza n. 11131/2015 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il lavoro conclude ipotizzando che la Corte costituzionale dichiari inammissibile la questione di legittimità costituzionale per carenza di giurisdizione del Tar Campania Napoli.

Moving from the Tar Campania Napoli's ordinance n. 1801/2014, this article examines the retroactive application of the suspension ex art. 11 of legislative decree no. 235/2012. Through an analyses of the constitutional principles and rights – retroactivity principle, tempus regit actum principle, the “right to be elected” contained in artt. 51 and 54 of the Italian Constitution, the “presumption of innocence” contained in art. 27 of the Italian Constitution, and the public offices defense in art. 97 of the Italian Constitution – the paper focuses on the problem of the legal character of suspension. Through the jurisprudence's study, this work supports the precautionary theory of suspension. The article analyzes another question connected to the duration of the suspension that according to the law is eighteen months. The work ends with a supposition: the Constitutional Court will proclaim inadmissible the constitutional iussue because the Tar Campania didn't have the jurisdiction, as recently stated by the Italian Supreme Court no. 11131/2015.

**Sommario:** 1. Introduzione. La *q.l.c.* sollevata con l'ordinanza n. 1801/2014 dal Tar Campania e il quadro d'insieme. – 2. L'art. 51 Cost. e la tutela dei pubblici uffici alla luce della legge ordinaria. – 3. Il principio di irretroattività nell'ordinamento italiano. – 4. L'Applicazione retroattiva della legge Severino: problemi di tutela costituzionale dei diritti. – 5. L'argomento della *irretroattività fisiologica* sostenuto dal Tar Campania. – 6. La discussa natura dell'istituto sospensivo. Problemi di qualificazione. – 6.1. *Segue...* Problemi relativi alla durata della sospensione.

**1. Introduzione. La *q.l.c.* sollevata con l'ordinanza n. 1801/2014 dal**

## Tar Campania e il quadro d'insieme

E' noto che nel nostro ordinamento sono numerosi i casi coinvolgenti il diritto di elettorato passivo di amministratori pubblici che abbiano commesso un reato, o il cui accertamento sia sopravvenuto, nel corso del proprio mandato politico. Tra i tanti episodi politici, si è scelto di trarre degli spunti di riflessione in tema di incandidabilità dalla vicenda giurisdizionale del Sindaco di Napoli Luigi De Magistris, per le conseguenze di ordine sistematico che comporta la sua risoluzione. Il caso De Magistris ha condotto il Tar Campania Napoli a sollevare una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto alcuni articoli del d.lgs. n. 235/2012, noto come legge Severino[[1]], recante disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive. In particolare, la Corte costituzionale dovrà decidere in ordine all'applicazione retroattiva della legge Severino, o meglio dell'istituto della sospensione automatica di diciotto mesi dalla carica nei confronti di un eletto condannato con sentenza non definitiva, per un fatto avvenuto prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo stesso. [[2]]

La vicenda presenta diverse implicazioni di carattere sistematico, coinvolgendo principi cardine dell'ordinamento, quali quello della retroattività e del *tempus regit actum* e valori costituzionali, quali la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti, la presunzione di innocenza ex art. 27, co. 2 Cost., il diritto all'elettorato passivo ex artt. 51 e 54 Cost., [[3]] e la tutela dei pubblici uffici ex art. 97 Cost.

Prima di affrontare i singoli profili dell'ordinanza di rimessione del TAR Campania, occorre ricostruire brevemente il quadro legislativo in materia di incandidabilità, in cui si inseriscono le disposizioni impugnate.

Il d.lgs. n. 235/2012 si occupa della incandidabilità nel contesto elettorale nazionale, europeo, e dei livelli di governo sub-statali, prevedendo, infine, alcune disposizioni comuni ai diversi ambiti. I capi III e IV definiscono rispettivamente i casi di incandidabilità alle cariche elettive regionali e degli enti locali, riprendendo e consolidando la disciplina introdotta dalla legge 19 marzo 1990, n. 55, modificata dalla successiva legge 18 gennaio 1992, n. 16, e inserita nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico Enti locali). Rispetto alla disciplina previgente non si rinvengono elementi di rilevante novità, specie in

relazione alle ipotesi di sospensione e decadenza dalle cariche regionali e degli enti locali (artt. 8 e 11). L'art. 10 prevede che non possano essere candidati alle elezioni provinciali, *comunali*, e non possano comunque ricoprire le cariche di presidente della provincia, di *sindaco*, assessore e consigliere, coloro che abbiano riportato condanne definitive per una serie di reati, tra i quali l'associazione di tipo mafioso e delitti contro la pubblica amministrazione, quali l'abuso d'ufficio. La disposizione seguente, l'art. 11, disciplina la sospensione e la decadenza di diritto degli amministratori che, ai sensi dell'art. 10, si trovino in condizione di incandidabilità.[[4]] Coloro che abbiano riportato una sentenza non definitiva per uno dei delitti indicati all'art. 10 sono sospesi di diritto per diciotto mesi; mentre coloro nei cui confronti sia stata pronunciata una sentenza di condanna definitiva decadono di diritto dalla data del passaggio in giudicato della sentenza o dalla data in cui diviene definitivo il provvedimento che applica la misura di prevenzione.[[5]] E' proprio l'applicazione di quest'ultima disposizione che, nel caso di specie, ha condotto l'interprete ad interrogarsi in merito all'incidenza della disciplina sulla tutela dei principi e dei diritti costituzionalmente garantiti.

La vicenda è nota, ma vale la pena richiamarla. Luigi De Magistris è divenuto Sindaco di Napoli il 1° giugno 2011; il 21 gennaio 2012 è stato emesso, nei suoi confronti, un decreto che lo rinviava a giudizio per il reato di abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.*; il giudizio si è concluso con la pubblicazione della sentenza penale di condanna n. 3928/2012, emessa dalla Seconda Sezione penale del Tribunale di Roma, che riconosceva la colpevolezza dell'imputato.[[6]] Il 1° ottobre 2014 il Prefetto di Napoli, attuando quanto disposto dalla legge Severino, ha accertato la sussistenza della causa di sospensione del ricorrente dalla carica di Sindaco. [[7]] Avverso il provvedimento prefettizio, Luigi De Magistris ha proposto ricorso dinnanzi al Tribunale Amministrativo Regionale campano. Quest'ultimo, con l'ordinanza n. 1801 del 30 ottobre 2014 ha, da un lato, accolto provvisoriamente la domanda cautelare[[8]] volta a sospendere l'efficacia del provvedimento prefettizio che applicava al Sindaco l'art. 11 del d.lgs. n. 235/2012, consentendogli, così, di proseguire il mandato; dall'altro, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità relativa al predetto articolo, avente ad oggetto l'applicazione retroattiva del medesimo.[[9]] Il reato di abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.*, infatti, al tempo in cui risale il fatto di reato, non era contemplato dalla normativa allora vigente tra le cause determinanti la sospensione automatica dell'eletto dalla carica.

Più dettagliatamente, il Tar campano ha esaminato sette mezzi di censura

proposti dal ricorrente: i primi tre<sup>[[10]]</sup> concernenti l'atto prefettizio di accertamento della causa di sospensione, gli altri quattro relativi a questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto alcuni articoli del d.lgs. n. 235/2012, delle quali tre saranno ritenute dal giudice *a quo* manifestamente infondate mentre una sarà portata all'attenzione della Corte costituzionale.<sup>[[11]]</sup>

La Corte costituzionale è chiamata a verificare la legittimità costituzionale della legge Severino mediante l'analisi del diritto di elettorato passivo che la stessa ha ricondotto alla sfera dei diritti inviolabili, e del nesso di strumentalità esistente tra la non candidabilità e i diversi valori di rilievo costituzionale. La Corte ha precisato, infatti, che *“le restrizioni del contenuto di un diritto inviolabile sono ammissibili solo nei limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di rango costituzionale, e ciò in base alla regola della necessità e ragionevole proporzionalità di tale limitazione.”*<sup>[[12]]</sup> Si dovrà verificare se l'istituto della sospensione sia indispensabile per assicurare la salvaguardia dei valori costituzionali quali la tutela dei pubblici uffici e il buon andamento della pubblica amministrazione, e non comprima un diritto inviolabile senza adeguata giustificazione di rilievo costituzionale.

La questione di diritto che il Giudice delle leggi dovrà risolvere è ulteriormente complicata dalla circostanza per cui consolidata giurisprudenza costituzionale, seguita da quella amministrativa, ha ammesso pacificamente l'applicazione della disciplina in tema di incandidabilità anche agli eletti condannati prima della sua entrata in vigore, purché con sentenza passata in giudicato.<sup>[[13]]</sup> La prima pronuncia rilevante in materia è stata la n. 407/1992 della Corte costituzionale, seguita dall'importante sentenza n. 118/1994; invero gli stessi principi si ricordano, tra le tante, le più note sentenze n. 141/1996, n. 132/2001, n. 306/2003, n. 25/2008. Le pronunce più recenti, che il Tar Campania precisa di non ignorare, sono rappresentate da: Consiglio di Stato V Sezione 6 febbraio 2013 n. 695; Consiglio di Stato V Sezione, 29 ottobre 2013 n. 5222; TAR Lazio II bis, 8 ottobre 2013 n. 8696. Il fatto che, in presenza di una sentenza definitiva, il Giudice delle leggi<sup>[[14]]</sup> abbia consentito di applicare la disciplina in tema di incandidabilità entrata in vigore successivamente rispetto al passaggio in giudicato della sentenza, travolgendolo e incidendo su rapporti ormai esauriti, porta ad interrogarsi sull'ammissibilità dell'applicazione retroattiva della sospensione. Il giudice *a quo* si mostra consapevole dei citati arresti giurisprudenziali, e per tale ragione chi ha commentato la sua ordinanza di rimessione ne ha evidenziato la contraddittorietà: *“se si riconoscesse il*

*carattere sanzionatorio delle misure che precludono l'accesso alle cariche pubbliche, non si vede come ci si possa allineare alla giurisprudenza (anche costituzionale) che fa salva l'incandidabilità e la decadenza in presenza di una sentenza definitiva, per poi sostenere l'incostituzionalità della sospensione della carica in presenza di una condanna non definitiva.”*[[15]]

Il problema sorge in quanto la sospensione come automatica conseguenza dell'accertamento di una causa ostativa al prosieguo del mandato, seppur non espressamente qualificata come una sanzione, risulta comunque idonea ad incidere negativamente su diritti costituzionalmente garantiti. Si pensi, in primo luogo, al diritto di elettorato passivo che si esplica nel diritto di portare a termine il mandato conferito dal corpo elettorale. Si consideri, in secondo luogo, che l'operare automaticamente della sospensione incide sulla garanzia disposta dall'art. 27, co.2 Cost., per cui il condannato non si considera colpevole sino alla condanna definitiva, ossia al suo passaggio in giudicato. Qualora si attribuisse pacificamente natura sanzionatoria all'istituto sospensivo, aderendo alla tesi prevalente in dottrina, *nulla quaestio*: i principi dell'ordinamento giuridico in materia penale, come si dirà più avanti, stabiliscono inderogabilmente l'irretroattività delle norme penali incriminatrici, e la Corte costituzionale dovrebbe ritenere illegittima la sospensione e l'applicazione della disciplina della legge Severino a fronte di una sentenza di condanna anteriore alla sua entrata in vigore. [[16]]

Ove, invece, la sospensione si qualificasse come una mera conseguenza automatica dell'atto dichiarativo sentenza, aderendo alla tesi minoritaria che, basandosi sul tenore letterale del decreto legislativo, non consente di qualificare la predetta misura come una sanzione penale, il problema della retroattività assumerebbe una rilevanza differente. L'inderogabile principio di irretroattività sancito per le norme penali incriminatrici, non si applicherebbe alla sospensione ex art. 11 d.lgs. 235/2012, ritenendo prevalente l'interesse alla tutela dei pubblici uffici, rispetto al generale principio della certezza del diritto. [[17]] Aderendo al ragionamento svolto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 118/1994, e nelle altre che affermano il medesimo principio, [[18]] anche nei casi di sentenza non definitiva, nel bilanciamento degli interessi dovrebbe preferirsi la tutela dei pubblici uffici, rispetto alla tutela del diritto di portare a termine il mandato.

Nel presente lavoro si cercherà di dare una risposta al seguente quesito: la decisione di sospendere gli eletti dalla carica in corso, per la sussistenza di una

condanna pronunciata prima dell'entrata in vigore dello stesso decreto, comporta la violazione dei principi generali della legge nel tempo?[[19]] Il giudice territoriale risponde positivamente, ritenendola avvenuta nelle ipotesi in cui la causa ostativa, la sentenza di condanna non definitiva, si sia verificata prima dell'entrata in vigore della disciplina in materia di incandidabilità. [[20]] Il nodo della questione potrà sciogliersi a partire dalla qualificazione della natura da attribuire all'istituto sospensivo e, soprattutto, dall'analisi della congruità della sua durata di diciotto mesi rispetto al fine perseguito dall'istituto medesimo.

Nella consapevolezza della difficoltà di fornire una risposta compiuta alla delicata vicenda giuridica, occorre svolgere delle riflessioni in merito ai principi e valori costituzionali *supra* citati, a partire da quello stabilito nell'art. 51 della Costituzione.

## **2. L'art. 51 Cost. e la tutela dei pubblici uffici alla luce della legge ordinaria**

La risoluzione della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Campania comporta la valutazione del sacrificio imposto al diritto di cui all'art. 51 Cost. da parte di una normativa che dà rilievo giuridico ad una sentenza non definitiva, al fine di consentire una compressione temporanea di tale diritto.

L'ordinamento italiano, come visto nel precedente paragrafo, richiede che i candidati alle elezioni politiche non si trovino in condizioni reputate, dallo stesso, come ostative all'eleggibilità, le quali comportano un impedimento giuridico ad essere soggetto passivo del rapporto elettorale. [[21]] La capacità elettorale passiva, ove ne ricorrano i presupposti di legge, [[22]] richiede sia la presenza di requisiti soggettivi, sia l'assenza di altri requisiti negativi di carattere soggettivo che si pongano come limitazioni all'elettorato medesimo. [[23]] La Corte costituzionale, in merito a tali limitazioni, ha più volte ricordato che "*non bisogna dimenticare che l'eleggibilità è la regola e l'ineleggibilità l'eccezione.*" [[24]]

Il Titolo IV, parte prima, della Costituzione [[25]] disciplinante i diritti politici, all'art. 51 in tema di elettorato passivo prevede una riserva di legge [[26]] che si

differenzia da quella rinforzata dell'art. 48 co. 3 Cost. per l'elettorato attivo. Il diritto di accedere agli uffici pubblici e di elettorato passivo possono, infatti, essere limitati anche per motivi ulteriori e diversi rispetto a quelli dell'incapacità civile, dell'indegnità morale o degli effetti di una sentenza irrevocabile di condanna, indicati all'art. 48 Cost. [[27]] Sin dall'entrata in vigore della Costituzione fu oggetto di discussione la formulazione della riserva di legge di cui all'art. 51 Cost.: nello stabilire che *“tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici, alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza secondo i requisiti stabiliti dalla legge”*, la dottrina maggioritaria lesse tale ultimo inciso come un rafforzativo dell'art. 3 Cost. [[28]] La Corte Costituzionale arricchì tale interpretazione ritenendo ammissibili esclusioni ragionevoli, e non arbitrarie, fondate sui requisiti attitudinali richiesti in nome di interessi pubblici di rilievo costituzionale. [[29]] Naturalmente la legge deve essere conforme al principio di ragionevolezza, sicché le restrizioni dovranno rispondere ai criteri di razionalità e proporzionalità. [[30]]

Tra le cause di esclusione il legislatore ha previsto la presenza di condanne penali: l'effetto preclusivo all'esercizio del diritto di elettorato passivo si realizza automaticamente, senza possibilità di differenziazione relativa al caso concreto. [[31]] La legge 23 aprile 1981, n. 154 [[32]] aveva introdotto una distinzione fra le cause di ineleggibilità e di incompatibilità, evidenziando le differenze tra le cause ostative all'accesso e al mantenimento della carica elettiva, i diversi limiti di incidenza e, specialmente, i differenti momenti in cui operavano. La legge n. 55/1990, successivamente modificata con la l. 16/1992 e con l. 475/1999 e recepita nel D.lgs. 267/2000, ha introdotto la discussa figura dell'incandidabilità. L'aver riportato condanna definitiva per alcuni delitti preclude la possibilità di candidarsi. Se la condizione si verifica successivamente, determina la sospensione dell'eletto in caso di sentenza non definitiva, o la sua decadenza in caso di condanna definitiva. In relazione a dette figure, la Corte costituzionale ha ribadito che l'interesse della collettività a vedere eliminata ogni possibilità di inquinamento degli organi di governo locali, sia prevalente rispetto all'interesse degli elettori a vedersi rappresentati dai propri eletti. [[33]] Secondo il Giudice delle leggi la sospensione e la decadenza sono *“misure eccezionali volte a salvaguardare il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, l'ordine e la sicurezza, la libertà degli organi elettivi.”* [[34]] Parte della dottrina, [[35]] in forza della giurisprudenza richiamata [[36]], ritiene che le ipotesi di incandidabilità, sospensione, decadenza non si configurino come pene accessorie, né rivestano carattere

sanzionatorio, bensì costituiscano un effetto extrapenale della condanna idoneo a far venir meno un requisito soggettivo necessario per il mantenimento della carica pubblica. Sul delicato problema della natura da attribuire all'istituto sospensivo ci si soffermerà adeguatamente più avanti.

La severità della disciplina, e il suo operare automaticamente, hanno destato dubbi relativamente al rispetto della suddetta riserva di legge. E' stato messo in discussione, infatti, il rispetto del principio di proporzionalità, a fronte dell'assenza di ogni rilievo sia dell'effettiva gravità del fatto commesso, sia dell'entità della pena, applicandosi automaticamente le misure previste dalla legge ordinaria (da ultimo dalla legge Severino) indifferentemente a chi sia stato condannato per associazione mafiosa, e a chi abbia omesso l'adempimento di atti d'ufficio. Per tali ragioni vi è dottrina fermamente critica nei confronti dell'applicazione automatica di dette misure.[[37]] La Corte costituzionale ha giustificato la disciplina delle leggi ordinarie antecedenti alla legge Severino, rispetto alle quali quest'ultima rappresenta quasi un'integrazione, invocando sia ragioni di emergenza,[[38]] sia precisando che le misure in parola non rispondono alla logica del trattamento penale dell'illecito commesso, ma ad oggettive esigenze attinenti alle cariche elettive.[[39]] Il Giudice delle leggi nella sentenza n. 132/2001, ribadendo che la normativa in materia di incandidabilità e le sue successive modificazioni si collocano su un piano diverso rispetto a quello delle pene, ha precisato che la decadenza o la sospensione rappresentano l'espressione del venir meno del requisito soggettivo per l'accesso alle cariche stabilito dal legislatore, al quale è espressamente consentito[[40]] il potere di fissare "i requisiti" di accesso alle cariche elettive. Prosegue la Corte, *"ciò è tanto vero che, secondo l'originaria scelta legislativa, l'ineleggibilità in questione si collegava a condanne anche non definitive, e perfino in alcuni casi, al semplice rinvio a giudizio."* A rafforzare detto ragionamento giustificativo, è l'assunto per cui i diversi reati integranti le cause ostative al prosieguo del mandato, da ultimo l'abuso d'ufficio, siano tutti accomunati dall'essere considerati *"parimenti forniti di alta capacità di inquinamento degli apparati pubblici da parte delle organizzazioni criminali"*. [[41]]

Alla dottrina che sostiene trattarsi pur sempre di una misura che incide negativamente su una situazione giuridica,[[42]] quale è quella del diritto soggettivo del cittadino all'elettorato passivo, si contrappone la giurisprudenza che afferma che le misure si applichino automaticamente, prescindendo da ogni

giudizio di responsabilità ed eccedendo il rispetto del principio di proporzionalità. Tali misure sarebbero volte a tutelare esclusivamente l'interesse generale alla *“credibilità dell'amministrazione e il rapporto di fiducia dei cittadini verso le istituzioni, le quali rendono irrilevanti il richiamo alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.”*[[43]]

### **3. Il principio di irretroattività nell'ordinamento italiano**

Delineati i principi in materia di incandidabilità ed elettorato passivo, occorre soffermarsi sull'altro oggetto del bilanciamento: i principi generali della legge nel tempo.

Come è noto, nel nostro ordinamento la successione delle leggi nel tempo è regolata[[44]] dal principio di irretroattività ex art. 11 disp. prel. c.c. per la legge in generale, con parziale eccezione per la legge penale. Per quest'ultima, infatti, il principio è quello della irretroattività relativa[[45]]: l'art. 2 c.p. e l'art. 25, co.2 Cost. dispongono l'irretroattività della legge sfavorevole e la retroattività di quella favorevole. [[46]]

La dottrina ha osservato che il precetto dell'irretroattività di cui all'art. 11 delle preleggi, pur non essendo un principio di rango costituzionale, dovrebbe operare per il legislatore sì da *“strutturare il rapporto tra la legge nuova e il passato in modo da evitare che l'incidenza del passato determini effetti pregiudizievoli per i precetti costituzionali ai quali quel principio, appunto, di volta in volta si salda”*. [[47]] A tal proposito, è stata la stessa Corte costituzionale, negli anni novanta, ad affermare che il legislatore ordinario potesse, nel rispetto del suddetto limite, emanare norme con efficacia retroattiva, interpretative o innovative, a condizione però che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti. [[48]]

Il principio di irretroattività viene inteso dalla dottrina richiamata come *“un precipitato dei (distinti, ma connessi) principi di certezza ed affidamento, riguardati nella prospettiva fra diritto e tempo”*. [[49]] In una prospettiva di certezza del diritto, quindi, emerge l'esigenza che la volontà di applicare retroattivamente una determinata disciplina sia dal legislatore esplicitamente

espressa, data la notevole difficoltà di rilevarla a livello interpretativo, come si sta dimostrando in questa sede.

E' questo il nodo centrale del caso in esame. Come è stato attentamente rilevato, è assente nel testo della legge Severino un'esplicita indicazione in punto di retroattività, dovendosi la stessa ricavare attraverso l'interpretazione.[[50]] Qualora le misure della sospensione e decadenza fossero state pacificamente qualificabili come sanzioni penali, l'interprete avrebbe dovuto seguire il faro dell'art. 25, co.2 Cost. Trattandosi, invece, come si dirà più avanti, di istituti dalla dubbia natura, ci si sarebbe attesi una puntuale previsione da parte del legislatore delegato. L'applicabilità del d.lgs. n. 235/2012 a fatti di reato commessi prima della sua entrata in vigore non deriva da alcuna previsione legislativa, bensì è frutto dell'interpretazione giurisprudenziale del testo legislativo. Tale orientamento, tuttavia, non convince la dottrina maggioritaria, poiché non sarebbe possibile desumersi l'applicazione retroattiva dal mero silenzio del legislatore.[[51]] Parte della giurisprudenza ha, infatti, affermato la necessità di previsioni legislative espresse, là dove il legislatore intenda derogare alla regola della produzione di effetti esclusivamente per il futuro. [[52]]

In tema di successione delle leggi penali nel tempo delimitando verso il passato e *pro futuro* la validità della legge, questi principi operano in forza del principio *tempus regit actum*, fondante quello di attualità della norma penale. Il principio di irretroattività dà al cittadino la sicurezza, a fronte delle valutazioni discrezionali del legislatore penale, di non venir punito, o esserlo meno duramente, per fatti che, al momento della loro commissione, non erano puniti o lo erano in modo più mite; costituendo, così, espressione del generale principio del *favor libertatis*.[[53]] L'orientamento maggioritario ritiene applicabile quanto appena detto anche al caso di specie, poiché assimila gli effetti delle misure previste dalla legge Severino a quelli della sanzione penale, nonostante la stessa non le qualifichi espressamente come tali.[[54]] Tale orientamento afferma che l'istituto dell'incandidabilità è intimamente connesso con la dimensione penale, dalla quale, anzi, discende direttamente e da cui non sembra poter prescindere, né rispetto al momento genetico, né rispetto al momento estintivo.[[55]]

Per comprendere se nel caso in esame si prospetti un'ipotesi di applicazione retroattiva inderogabilmente vietata dall'ordinamento in sede penale, ovvero una in cui risulti ammissibile una deroga, si intende ragionare a partire da un'autorevole definizione di irretroattività, e della sua derogabilità. Secondo tale

definizione,[[56]] si ha retroattività quando, in relazione alla disciplina efficace nel futuro, si assumono come elementi della fattispecie fatti e situazioni realizzati nel passato per sottoporli ad una regola diversa da quella anteriore. La dottrina,[[57]] e lo stesso Giudice delle Leggi,[[58]] affermano che il principio di irretroattività sia un principio generale dell'ordinamento giuridico liberamente derogabile dal legislatore stesso, naturalmente non in materia penale, sempre che esistano ragioni tali da rendere giustificata la deroga. La ragione che giustificherebbe la deroga, nel caso in esame, consiste nell'allontanamento dallo svolgimento del *munus* pubblico, di soggetti la cui idoneità morale sia messa in discussione. [[59]] La possibilità che, a determinate condizioni, possa derogarsi al generale principio per cui la legge non dispone che per l'avvenire, è stata prospettata dalla Corte costituzionale a partire dagli anni settanta, con la sentenza n. 19/1970, e si è affermata con successive pronunce in tema di norme di interpretazione autentica. [[60]] Come afferma il Giudice delle leggi nella citata pronuncia n. 19/1970 *“il principio di irretroattività della legge è stato costituzionalizzato soltanto riguardo alla materia penale, ed è chiaro che, una volta ammesso il potere di disporre legislativamente con efficacia sui rapporti anteriori, non può venire in considerazione il fatto che siano esauriti, dato che proprio in confronto ad essi si presenterebbe, se esistesse, il divieto di successivi interventi in ordine ai medesimi.”* [[61]] Quanto appena riportato induce a pensare che se il divieto esiste per i rapporti esauriti, un'applicazione dello stesso non possa trovare spazio per quelli pendenti. Dopo vent'anni dalla citata pronuncia, il Giudice delle leggi ha consentito l'applicazione retroattiva della disciplina in tema di incandidabilità ai rapporti ormai chiusi con sentenza passata in giudicato: dovrebbe, allora, potersi considerare legittima l'applicazione retroattiva dell'istituto sospensivo anche ai rapporti pendenti iniziati prima della sua entrata in vigore. Nel caso di specie, infatti, la legge Severino non introduce nell'ordinamento una nuova fattispecie incriminatrice: l'aver previsto l'automatica applicazione della sospensione anche nel caso di abuso d'ufficio non sottende un'impossibilità di conoscenza del rilievo penale della condotta integrante la fattispecie. Detto altrimenti, il candidato, o l'eletto, che abbia abusato di un pubblico ufficio, sia che si tratti di abuso produttivo di un danno ingiusto sia di abuso causativo di un vantaggio patrimoniale, [[62]] al momento della commissione dell'illecito non poteva ignorare che tale condotta, vietata dal codice penale del 1930, [[63]] avrebbe provocato delle conseguenze all'interno dell'ordinamento, in particolare con ripercussioni in ambito pubblicistico. [[64]] E' lo stesso codice penale a prevedere, negli articoli 20 e 28, che la pena accessoria dell'interdizione dai

pubblici uffici consegua di diritto alla condanna, come effetto penale della stessa. Sulla base di quanto detto in merito ai principi generali della legge nel tempo, e di quanto affermato nella sent. n. 132/2001 Corte cost.,[[65]] il fatto che la legge Severino non prevedesse, al tempo in cui la condotta fu tenuta, l'abuso d'ufficio tra le fattispecie determinanti la causa ostativa, non dovrebbe comportare un'applicazione retroattiva inderogabilmente vietata dall'ordinamento, poiché il decreto legislativo in parola non muove da uno scopo di natura sanzionatoria, bensì dall'obiettivo di vietare che ricoprano uffici pubblici coloro che, a seguito di una sentenza di condanna, si sono dimostrati indegni a ricoprirli per sopravvenuta immoralità. [[66]]

Il fatto che nel decreto legislativo non sia espressamente prevista la sua applicazione retroattiva si scontra con una possibile disparità di trattamento tra gli eletti condannati prima e dopo l'entrata in vigore della legge Severino. Non applicare l'art. 11 agli eletti condannati con sentenza non definitiva antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 235/2012 potrebbe determinare una disparità di trattamento rispetto ai condannati per il medesimo reato di abuso d'ufficio dopo il 5 gennaio 2013. Interpretando la disciplina del decreto legislativo alla luce della *ratio* e della finalità che ha inteso perseguire il legislatore delegato, dovrebbe rilevarsi che l'indegnità morale a ricoprire i pubblici uffici sarebbe integrata in entrambi i casi, in quanto il giudizio di indegnità morale scatta al momento dell'emanazione della sentenza, con la sola differenza che si potrebbero sospendere dalla carica elettiva solamente gli eletti condannati con sentenze penali emesse a partire dal 2013. E' opportuno anticipare, sin da ora, quanto si dirà più approfonditamente in conclusione del quinto paragrafo: il giudizio di indegnità morale, e il venire meno del requisito dell'onorabilità, discende automaticamente dall'emanazione della sentenza di condanna, non rilevando ulteriori requisiti soggettivi e oggettivi. In forza di tale considerazione si riflette sull'eventuale disparità di trattamento di casi analoghi, il cui unico elemento distintivo è rappresentato dal diverso momento in cui è stata emessa la sentenza di condanna non definitiva. Consentire agli eletti condannati prima del 5 gennaio 2013 di portare a termine il mandato e sospendere, invece, quelli condannati dopo tale data, sembrerebbe condurre a discostarsi dalla finalità perseguita dalla legge Severino e dai suoi antecedenti storici.

Il problema tuttavia rimane aperto poiché il legislatore delegato non ha espressamente previsto che la disciplina in parola operasse retroattivamente e si potesse applicare ai casi pendenti.

Con quanto illustrato nel presente paragrafo si conclude l'indagine *prima facie* dei due poli del bilanciamento: il diritto di elettorato passivo e i principi generali della legge nel tempo. E' emerso come il rispetto di questi ultimi condizioni l'applicabilità delle misure, come la sospensione, incidenti sull'esercizio del diritto ex art. 51 Cost. Come si è avuto modo di anticipare nelle pagine precedenti, la Corte costituzionale, a partire dagli anni novanta, si è pronunciata su diverse questioni di legittimità, in cui ha dovuto operare un attento bilanciamento tra i diritti e principi di cui si sta discorrendo. Per tale ragione si rende opportuno passare, ora, ad affrontare più approfonditamente due questioni: da un lato quella collegata al giudizio di ragionevolezza sotteso alla legittimità costituzionale del sacrificio imposto al diritto ex art. 51 Cost. ad opera di una disciplina che dia rilievo, a tal fine, ad una sentenza non definitiva; dall'altro la questione relativa alla possibilità che sia dato rilievo giuridico ad una sentenza non definitiva emessa prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 235/2012.

#### **4. L'applicazione retroattiva della legge Severino: problemi di tutela costituzionale dei diritti**

Dopo aver riflettuto sul problema della (ir)retroattività della disciplina del d.lgs n. 235/2012, come anticipato *supra*, occorre ora soffermarsi sulla questione per cui la disciplina medesima operi sulla base di un giudizio di indegnità morale del soggetto interessato, che conduce a chiedersi: *“risponde al principio di ragionevolezza applicare retroattivamente la norma sulla sospensione, giustificando il superamento del principio di irretroattività anche nell'ipotesi in cui, secondo la disciplina sulla sospensione, venga in rilievo un giudizio di indegnità morale ancora in fieri?”*[[67]]

Il giudice *a quo* sembrerebbe ritenere che la Costituzione ammetta l'introduzione “non irragionevole”, da parte del legislatore delegato, dell'istituto sospensivo, ma non la sua applicazione retroattiva.

Quanto alla rilevanza giuridica di una pronuncia non definitiva al fine di imporre un sacrificio al diritto di elettorato passivo, il legislatore delegato, effettuando un bilanciamento tra l'art. 51 Cost. e la presunzione di non colpevolezza ex art. 27, co. 2 Cost., ha ritenuto la sospensione una soluzione

adeguata e proporzionata a tutelare le pubbliche funzioni qualora la causa di incandidabilità sopravvenga o sia accertata successivamente alle operazioni elettorali e nel corso del mandato.

Il Tar, però, si chiede se *“una lettura costituzionalmente orientata del dato normativo(...) autorizz(i) l’interprete a presumere la sussistenza di una situazione di indegnità morale che legittimi l’inibizione dell’accesso ad una carica pubblica o la sua perdita(...) anche nel diverso caso in cui si sia in presenza di una sentenza non definitiva, laddove si osservi pure che quest’ultima interviene come prima statuizione nell’ambito di un modello verticale del processo penale che consta, nella sua dinamica ordinaria, di non meno di tre gradi progressivi di giudizio”*. Ciò che si contesta è il presupposto su cui si fonda il giudizio di indegnità morale: una sentenza di condanna non definitiva. Ci si chiede se una pronuncia priva di certezza giuridica, che sarebbe garantita solo dal suo passaggio in giudicato, possa giustificare il sacrificio provvisorio imposto al diritto di cui all’art. 51 Cost.

Ci si deve interrogare sulla ragionevolezza della soluzione adottata dal legislatore nel tutelare i valori in gioco: la rappresentanza da un lato, e il buon andamento dei pubblici uffici dall’altro. Il problema è, quindi, come anticipato *supra*, di proporzionalità: occorre bilanciare i benefici derivanti dal perseguimento dell’obiettivo di tutelare i pubblici uffici, con i sacrifici che esso impone ad altri diritti e interessi costituzionalmente tutelati.

La questione è aggravata dal fatto che il giudice *a quo*, rigettando il quinto motivo di ricorso della difesa De Magistris - con cui venivano sollevati dubbi di costituzionalità del d.lgs. n. 235/2012 sotto il profilo della ragionevolezza e proporzionalità, poiché il ricorrente riteneva che l’attuale disciplina legislativa eccedesse i precedenti limiti di compatibilità con i diritti di elettorato attivo e passivo già ritenuti conformi a Costituzione da parte della sentenza n. 25/2002 Corte cost. - non si sofferma sull’asserita violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Probabilmente, come emerge dalla lettura dell’ordinanza,[[68]] il giudice rimettente non ha dato peso alla censura per *“come propost(a) nel caso di specie, in una generica richiesta di verifica della tenuta costituzionale della norma denunciata, per il solo fatto che abbia modificato in senso restrittivo il regime giuridico previgente.”* Per tale ragione, tra i parametri della questione di legittimità il Tar non inserisce l’art. 3 Cost., presente, invece, tra quelli delle questioni aventi ad oggetto l’asserita violazione dei suddetti principi. In diverse pronunce[[69]], infatti, la Corte costituzionale

ha affermato che le norme censurate dai vari giudici *a quibus*, a causa della loro efficacia retroattiva, ledessero il canone generale della ragionevolezza ex art. 3 Cost.

Una delle definizioni del giudizio di ragionevolezza, come noto, evidenzia che tale giudizio si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore, nella discrezionalità di cui gode, rispetto alle esigenze o finalità da perseguirsi, tenendo conto delle circostanze oggettivamente sussistenti. In tale giudizio, inoltre, la ragione deve fare i conti con *“l’impatto che su di essa esplica il fatto”*[[70]]: la realtà fattuale funge da reagente sulla regola oggetto del giudizio, consentendo di realizzare la *“necessaria concordanza pratica di principi e diritti confliggenti in astratto”*. [[71]] Nel caso di specie, e in tema di incandidabilità in genere, il dato reale è rappresentato dalla situazione di emergenza culturale sociale e politica che si riflette sull’apparato dei poteri pubblici e sulle scelte legislative poste a loro tutela. Come è stato osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza 9 maggio 2013, n. 85: *“il punto di equilibrio (...) deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”*. E’ proprio quest’ultimo che deve rimanere un limite invalicabile nella valutazione della discrezionalità politica. In tema di diritto di elettorato passivo, tale limite può forse ritenersi superato ad opera della sospensione, che comprime ragionevolmente un diritto inviolabile a beneficio di altri valori costituzionali, a loro volta frustrati dalla realtà fattuale? La Corte costituzionale nella sent. n. 118/1994 e il Consiglio di Stato nella n. 695/2013, sembrerebbero fornire una risposta negativa. Per questi Giudici, infatti, la previsione di misure idonee a comprimere, a determinate condizioni, il diritto di elettorato passivo non rappresenterebbe una violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

La seconda questione, offerta dal caso De Magistris, come già anticipato, concerne la possibilità di dare rilievo giuridico a una sentenza non definitiva emessa prima dell’entrata in vigore della disciplina ex d.lgs. n. 235/2012. Il Tar nega di poter aderire agli orientamenti emersi dalle pronunce del Consiglio di Stato n. 5222/2013 e del TAR Lazio n. 8696/2013, sulla scia della citata sentenza n. 118/1994 della Corte costituzionale, per quel che riguarda la rilevanza attribuita ad un presupposto preesistente all’entrata in vigore della normativa, rappresentato dalla sentenza di condanna, al fine dell’applicazione

della misura sospensiva.

Relativamente alle sentenze di condanna definitive, il Consiglio di Stato[[72]] e gli altri giudici citati nell'ordinanza[[73]] hanno affermato la possibilità di applicare le cause ostative anche qualora la sentenza penale irrevocabile sia intervenuta in un tempo precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 235/2012 sospettato di illegittimità.[[74]] Il Consiglio di Stato[[75]] ribadisce che la condanna penale irrevocabile venga in considerazione come mero presupposto oggettivo cui è collegato il giudizio di inidoneità a ricoprire la carica.[[76]]

Dall'analisi interpretativa dell'art. 11 d.lgs. n. 235/2012, e da quanto sostenuto dal giudice *a quo* relativamente al carattere strumentale della sospensione rispetto alla decadenza, dovrebbe ritenersi applicabile, anche al caso di specie, quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 118/1994. In tale decisione, infatti, è stato precisato che *“non appare affatto irragionevole che (la normativa) operi con effetto immediato anche in danno di chi sia stato legittimamente eletto prima della sua entrata in vigore: costituisce, infatti, frutto di una scelta discrezionale del legislatore, certamente non irrazionale, l'aver attribuito all'elemento della condanna irrevocabile per determinati gravi delitti una rilevanza così intensa, sul piano del giudizio di indegnità morale del soggetto, da esigere, al fine del miglior perseguimento delle richiamate finalità di rilievo costituzionale, l'incidenza negativa della disciplina medesima anche sul mantenimento delle cariche elettive in corso al momento della sua entrata in vigore.”* A tale pronuncia, ormai risalente ma decisiva per la risoluzione della questione in parola, si affianca quanto sostenuto dal Consiglio di Stato nella sent. n. 695/2013: *“la preclusione (...) non rappresenta un effetto penale o una sanzione accessoria alla condanna, bensì un effetto di natura amministrativa che, in applicazione della disciplina generale dettata dall'art. 11 delle preleggi sull'efficacia della legge nel tempo, regola naturaliter le procedure amministrative che si dispieghino in un arco di tempo successivo”*. Tale ragionamento condurrebbe a ritenere che il principio generale di irretroattività debba cedere il passo, in attesa del passaggio in giudicato della sentenza, alla tutela dell'ente locale.

Occorre evidenziare, però, che la citata pronuncia del Consiglio di Stato non è immune da critiche. A chi la ha positivamente commentata[[77]], si contrappone chi ha censurato l'orientamento ivi espresso sui principi regolanti l'applicazione della legge nel tempo. È stato evidenziato come il Consiglio di Stato sembri porre sullo stesso piano l'art. 11 disp. prel. c.c., e il diverso principio

espresso dal noto brocardo *tempus regit actum*, osservando come quest'ultimo sia destinato a regolare le sole attività procedimentalizzate. Si è detto “*se è vero che il principio tempus regit actum discende dal correlativo principio di immediata applicazione della legge, contenuto nello stesso art. 11 disp. prel. c.c., è altrettanto vero che quest'ultimo non ribadisce l'efficacia irretroattiva della legge.*”[[78]] È per tale ragione che è stato ritenuto contraddittorio il richiamo a questa norma al fine di affermare la natura retroattiva della incandidabilità/sospensione. Non si comprende - secondo tale dottrina - il senso del rinvio al principio del *tempus regit actum*, dal momento che la vicenda esaminata dal Consiglio di Stato non presupponeva un'attività procedimentalizzata preesistente alla legge Severino, rappresentando tutt'al più una diretta conseguenza della sua entrata in vigore, in quanto l'incandidabilità/sospensione non avrebbe potuto essere dichiarata, ancorché in presenza dei medesimi presupposti, prima del mutamento legislativo. [[79]]

La dottrina che ha commentato l'ordinanza del Collegio campano, e quella che si è espressa in merito all'applicazione retroattiva della legge Severino, ritiene che nel caso in esame non sussistano i medesimi presupposti fondanti la decisione n. 118/1994. L'intensa rilevanza sul piano del giudizio di indegnità morale attribuita alla sentenza passata in giudicato non può attribuirsi a quella non definitiva, a cui consegue di diritto la sospensione. E' evidente come il problema risieda nel fatto che il presupposto su cui si basa l'istituto sospensivo sia privo del requisito della certezza di cui gode la sentenza passata in giudicato. Tutti i ragionamenti che portano a sostenere la non applicabilità della disciplina ai casi precedenti alla sua entrata in vigore, si fondano sulla non definitività della sentenza, quindi sulla presunzione di non colpevolezza ex art. 27, co.2 Cost. Anche il giudice *a quo* è della stessa opinione. Quest'ultimo basa la non manifesta infondatezza della questione sulla diversità tra le due situazioni: ritiene legittima l'applicazione retroattiva in caso di sentenza penale di condanna passata in giudicato, ma illegittima in quello di sentenza penale non definitiva. [[80]]

## **5. L'argomento della *irretroattività fisiologica* sostenuto dal Tar Campania**

Il Tar, rimettendo la questione alla Corte costituzionale, effettua un originale ragionamento che pare porsi in contrasto rispetto ai principi che regolano la successione delle fonti dell'ordinamento nel tempo, in quanto sostiene quella che può definirsi una *irretroattività fisiologica* della legge, mai derogabile dal legislatore quando questa incida su diritti costituzionalmente garantiti, quale è quello dell'elettorato passivo ex art. 51 Cost.

Il principale argomento sollevato dal Tar a sostegno dell'incostituzionalità della legge poggia su una nuova, e forse discutibile, interpretazione dell'art. 11 delle preleggi che, qualora venisse accolta dalla Corte costituzionale, avrebbe una portata dirompente sul criterio cronologico. Secondo il giudice *a quo*, infatti, la consolidata interpretazione secondo cui l'art. 11 disp. prel. c.c. non abbia forza costituzionale e sia derogabile dal legislatore successivo andrebbe rivista. Quando sono in gioco diritti costituzionali, le leggi che li comprimono non possono essere retroattive, anche se non si tratta di leggi penali. Il fatto che le misure previste dalla legge Severino intacchino, in qualche modo, il diritto ex art. 51 Cost. - secondo il Tar - dovrebbe implicare un limite, facendo sì che la sua operatività si svolga "*nei limiti fisiologici entro i quali alla legge stessa è consentito operare, cioè non retroattivamente*".[[81]]

Nel corso dell'ordinanza, il Tar afferma che l'applicazione retroattiva di una norma sanzionatoria, anche di natura non penale ex art. 25 co.2. Cost., "*urti con la pienezza e il regime rafforzato di diritti costituzionalmente garantiti, tutte le volte in cui la Carta rimette alla disciplina legislativa il regime ordinario di esercizio di quel diritto*".[[82]] Prosegue precisando che: "*pertanto, ove vi sia riserva di legge per la disciplina di diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, assumono rango costituzionale anche i principi generali che disciplinano la fonte di produzione normativa primaria*." Conclude attribuendo, inconfutabilmente, rango costituzionale all'art. 11 disp. prel. c.c., in forza della riserva di legge contenuta nell'art. 51 Cost.: "*di conseguenza, essendo il divieto di retroattività di cui all'art. 11 disp. prel. c.c. uno dei principi su cui si fonda l'efficacia della legge nel tempo, la sua violazione è anche violazione del diritto che la Costituzione espressamente chiama a disciplinare e proteggere*."

Occorre domandarsi se, adoperando la riserva di legge per elevare i principi sanciti da una fonte di rango ordinario a fonte costituzionale, non si perda di vista la funzione dell'istituto medesimo,[[83]] il quale non persegue lo scopo di far acquisire rango costituzionale alle fonti primarie che concorrono nella disciplina della materia. [[84]]

D'altra parte il ragionamento del giudice *a quo* sembrerebbe simile a quanto sostenuto da Livio Paladin, il quale afferma che nonostante il principio di irretroattività non si possa ritenere un principio implicitamente costituzionale, la sua rilevanza costituzionale può rinvenirsi in campi ben individuati, come in quello penale e *“come, forse, in tutte le materie costituzionalmente riservate alla legge, data l'esigenza che esse vengano disciplinate in via generale ed astratta, anziché avendo riguardo a situazioni definite o definibili, quali sono i fatti passati.”* [[85]]

Nonostante questa autorevole dottrina, che sembrerebbe aver influenzato il Collegio nella sua decisione, è possibile rilevare alcune imprecisioni nelle argomentazioni del giudice rimettente: una può individuarsi nella qualificazione, impropria, del diritto di elettorato passivo come diritto fondamentale: *“ove vi sia riserva di legge per la disciplina dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, assumono rango costituzionale anche i principi generali che disciplinano la fonte di produzione normativa primaria.”* Il giudice *a quo* avrebbe dovuto qualificarlo come inviolabile, sulla base dell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza costituzionale [[86]] e da parte della dottrina. [[87]] Quest'ultima, inoltre, nel commentare il ragionamento del giudice *a quo*, che sembrerebbe introdurre un nuovo meccanismo di norma interposta definita, dalla stessa dottrina, *“norma di rimbalzo”*, ha opportunamente evidenziato come l'ordinanza non inserisca, *“tra i parametri da cui desumere la non manifesta infondatezza della questione, l'art. 25, co.2 Cost, bensì, attraverso l'eccentrica motivazione sopra riportata, l'art. 11 preleggi.”* [[88]]

Un ulteriore argomento che potrebbe ritenersi fallace, a parere di chi scrive, è quello per cui la legge Severino non avrebbe operato un adeguato bilanciamento tra la salvaguardia della moralità dell'amministrazione e il pieno esercizio del diritto soggettivo di elettorato passivo ex art. 51 Cost. [[89]] L'art. 11 della legge Severino, in realtà, prevede la sospensione dalla carica per il sopravvenuto accertamento di un fatto nuovo, non conosciuto agli elettori al momento della proclamazione e accertato dal giudice penale nel corso del

mandato. Le misure volte a escludere, per un tempo limitato, dalle cariche pubbliche coloro che siano stati condannati per reati considerati dalla legge pregiudizievoli della moralità e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, quale è l'abuso d'ufficio, non si pongono, quindi, in contrasto coi principi costituzionali del libero accesso, e permanenza, alle cariche pubbliche ex art. 51 Cost. [[90]] Le misure come la sospensione mirano ad invero quei principi costituzionali, in quanto volte ad evitare che accedano e continuino a ricoprire cariche pubbliche coloro che non siano in grado di esercitarle con "*disciplina e onore*", come stabilito dall'art. 54 Cost. Il significato normativo di quest'ultima disposizione sottolinea l'ovvia necessità che ogni pubblico funzionario adempia la sua funzione nell'interesse pubblico, con esclusione di ogni altro interesse, quale è quello personale. L'art. 54 Cost., infatti, va letto alla luce dell'art. 97 Cost., poiché l'esclusione di ogni altro interesse sarebbe già ricompresa nel buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione. In Assemblea Costituente si era precisato, in relazione alla differenza tra il dovere in capo al normale cittadino e quello in capo a chi ricopra una carica pubblica, che: "*il cittadino ha un solo dovere, quello di difendere la Repubblica e obbedirle in quanto cittadino.*" e riferendosi al Capo di Stato, ai membri del Governo, i Presidenti delle Deputazioni regionali, la Magistratura e le altre istituzioni pubbliche, si precisa che gli stessi "*hanno un doppio dovere, non solo come cittadini, ma anche come strumenti di cui la collettività si serve per l'esercizio delle proprie funzioni.*" [[91]]

La disciplina e l'onore dell'art. 54, co.2 Cost., e i principi in tema di pubblica amministrazione, non consentono di ammettere che continui a ricoprire la carica pubblica colui che non solo non sia onesto, ma che *non appaia* nemmeno tale. [[92]] Sulla base dell'interpretazione letterale delle disposizioni costituzionali citate, dovrebbe potersi ritenere che chi sia stato condannato in primo grado per aver commesso un reato contro la pubblica amministrazione, non appaia onesto agli occhi dei cittadini amministrati. Ecco l'emergere dell'altro diritto costituzionalmente garantito: la presunzione di innocenza ex art. 27, co.2 Cost. [[93]] Affermando che colui che è stato condannato in primo grado non appaia, o addirittura non sia, onesto e moralmente degno di ricoprire l'ufficio per cui è stato correttamente eletto, non violerebbe il suo diritto ad essere considerato innocente fino alla sentenza definitiva? Vi è chi fornisce una risposta in senso positivo, in quanto l'eletto condannato in primo grado potrebbe, poi, essere prosciolto in appello, o la pronuncia potrebbe essere cassata dal Giudice di legittimità.

Occorre capire, in realtà, se la presunzione di non colpevolezza ex art. 27, co.2 Cost. e il piano penale in cui opera la sentenza di condanna, incidano sulla vicenda politica, e soprattutto sul requisito dell'onorabilità. Quest'ultimo, infatti, non dipende dall'accertamento definitivo della colpevolezza del condannato in primo grado, ma verrebbe comunque intaccato dalla condanna non definitiva che, secondo la *ratio* della disciplina, è idonea di per sé a ledere la dignità morale.

Parte della dottrina e la Corte costituzionale nella più volte citata sent. n. 132/2001[[94]] ritengono debba escludersi tale incidenza: rinvenendo, infatti, l'estraneità del piano penale e dell'innocenza fino alla condanna definitiva nella volontà del legislatore delegato, il quale ha voluto che all'accertamento della commissione di un dato reato, benché di primo grado, seguisse, come automatica conseguenza, la sospensione. Il legislatore avrebbe, così, espresso un giudizio di disvalore che, già secondo la giurisprudenza costituzionale precedente, rendeva il soggetto incapace di assumere o di permanere nella carica elettiva. [[95]] Per questa ragione la dignità morale è stata definita come un inter-requisito: *“la sopravvenienza di un fatto che accerti il disvalore che il legislatore intende reprimere non può non comprimere l'esercizio del diritto all'elettorato passivo.”* [[96]]

## **6. La discussa natura dell'istituto sospensivo. Problemi di qualificazione**

Il problema dell'applicazione retroattiva della disciplina di cui si sta discorrendo è condizionato da quello relativo alla natura della misura sospensiva che non è ancora stato pacificamente risolto dalla dottrina. Quest'ultima è divisa tra chi, come il Tar e il Consiglio di Stato, [[97]] sostiene che presenti carattere punitivo, e chi, in posizione minoritaria, non le riconosce tale carattere.

Che cosa è, quindi, la sospensione?

La sospensione dalla carica consiste nella cessazione temporanea della stessa che può sfociare, in un momento successivo, o nella decadenza o nella reintegrazione dell'incarico precedentemente ricoperto; scatta di diritto qualora si verificano le condizioni di cui agli artt. 8, per le cariche elettive regionali, e

art. 11, per quelle locali. I provvedimenti dell'Autorità giudiziaria che importano la sospensione di diritto dalle cariche pubbliche, devono essere comunicati a cura della Cancelleria del Tribunale o della Segreteria del Pubblico Ministero al Prefetto, il quale, accertata la sussistenza di una causa di sospensione, notifica il relativo provvedimento agli organi che hanno convalidato l'elezione o hanno deliberato la nomina. Come era previsto già nella disciplina previgente, ex art. 59 T.U.E.L., il Prefetto e gli organi interessati si limitano a dichiarare l'avvenuta sospensione e ad assumere il conseguente provvedimento, stante il carattere automatico della stessa. L'operatività di diritto indica, infatti, l'assenza di qualsiasi discrezionalità da parte del giudice e degli organi amministrativi ad accertare la responsabilità per uno dei reati previsti dalla legge in esame. Qualora, infatti, il giudice penale abbia ommesso di dichiarare la sospensione, la stessa deve essere applicata, per il periodo di 18 mesi, senza alcuna discrezionalità in merito. La Cassazione[[98]] ha precisato che la sospensione di diritto dalla carica decorre dalla comunicazione del provvedimento di sospensione emesso dal Prefetto, e non dalla data di pubblicazione della sentenza di condanna, in quanto l'intervento del Prefetto deve ritenersi non già meramente dichiarativo, ma costitutivo dell'efficacia.

Si soffermi, ora, l'attenzione su quanto sostenuto dall'orientamento minoritario in merito alla natura dell'istituto sospensivo, per poi concentrarla sulla posizione maggioritaria che lo qualifica come punitivo.

Riconoscere che la sospensione non presenti natura penale, bensì una funzione di prevenzione a tutela della generalità dei consociati e dei pubblici uffici, significherebbe poterla applicare anche ai casi in corso di accertamento, le cui decisioni non siano ancora passate in giudicato. Questo sarebbe possibile in quanto la misura è volta ad evitare, in via provvisoria, che durante il tempo necessario affinché il processo si svolga, possa venirne irrimediabilmente pregiudicato il corretto sviluppo e compimento. In questo senso quella dottrina che ha affermato che la sospensione sia da equiparare ad una misura cautelare, *“ossia una misura provvisoria, in attesa della sentenza definitiva, sulla base del principio stabilito dalla giurisprudenza costituzionale secondo il quale la decadenza dalla carica dell'ente territoriale possa avvenire soltanto in seguito alla sentenza definitiva di condanna”*.[[100]]

A giudizio del Tar campano, l'automatica operatività della causa limitativa dell'esercizio del diritto di elettorato passivo rivelerebbe la natura sanzionatoria dell'istituto della sospensione. A supporto della propria tesi, i giudici fanno

riferimento all'art. 15 del D.lgs. n. 235/2012, che al secondo comma, prevedendo l'autonomia degli effetti dell'incandidabilità rispetto all'interdizione temporanea dai pubblici uffici, dimostrerebbe la volontà del legislatore delegato di assimilare i due istituti *quoad effectum*.<sup>[[101]]</sup> Tale ragionamento, ad avviso di chi scrive, presenta delle criticità e potrebbe essere utilizzato a suffragio della tesi minoritaria: il fatto che le due misure si applichino contestualmente denota la diversità dei due istituti, in forza del principio di specialità.<sup>[[102]]</sup> E' possibile, infatti, l'applicazione contestuale tra l'interdizione dei pubblici uffici e la sospensione di diritto ex legge Severino, proprio perché quest'ultima non rappresenta né una sanzione penale, né una sanzione amministrativa accessoria: come ha precisato la Corte di Cassazione,<sup>[[103]]</sup> i due istituti rappresentano posizioni differenti, in quanto disciplinate da normative diverse, applicate da soggetti giuridici diversi, e risultando il tutto confermato dalla loro applicazione contestuale.<sup>[[104]]</sup>

Per comprendere la natura dell'istituto sospensivo, è necessario tenere distinti il piano penale da quello che attiene alla "*definizione dei requisiti di accesso alle cariche elettive*" in cui l'istituto si inserisce,<sup>[[105]]</sup> in quanto per l'orientamento minoritario non rappresenterebbe una sanzione o un effetto penale.

Alla definizione di pena del diritto penale<sup>[[106]]</sup> non sembra riconducibile la sospensione: né intesa come pena principale, né come pena accessoria. Quest'ultima, come è noto, rappresenta una misura afflittiva che comporta una limitazione di capacità, attività o funzioni, ovvero accresce l'afflittività della pena principale.<sup>[[107]]</sup> La sospensione di diritto dalla carica elettiva non può essere qualificata come pena in forza del principio di stretta legalità ex art. 25, co.2. Cost., secondo il quale non sono pene accessorie le "*sanzioni presenti in varie parti dell'ordinamento, che pur prevedendo analoghi modelli e contenuti, non ricevono expressis verbis dal legislatore la natura di pena.*"<sup>[[108]]</sup> La giurisprudenza citata nell'ordinanza, infatti, si è dimostrata costante nel ritenere che l'incandidabilità, la decadenza, e la sospensione, siano misure volte a garantire l'imparzialità dell'esercizio di funzioni pubbliche, impedendo l'accesso o la permanenza in carica di persone moralmente indegne, e non come misure sanzionatorie.<sup>[[109]]</sup> A supporto di tale ricostruzione interviene l'argomento nominalistico, mancando *expressis verbis* la qualificazione della sospensione come pena o sanzione. Come opportunamente rilevato, il fatto che la situazione che funge da causa ostativa al proseguimento del mandato consista in una

sentenza penale di condanna, non significa che l'atto conseguente, la sospensione, abbia natura penale, o si configuri come una sanzione punitiva ex art. 25, co.2 Cost. [[110]]

Un ulteriore elemento a sostegno della natura non penale della sospensione, sarebbe rappresentato dal soggetto che in concreto la applica: il prefetto. Qualora si trattasse di sanzione penale, ai sensi del Titolo V, Libro I, c.p., l'applicazione della pena spetterebbe al giudice penale. Come ha evidenziato l'ANAC [[111]], nel parere reso in merito all'ordinanza in esame, deve escludersi, quindi, che nel nostro ordinamento il prefetto possa applicare, per quanto in via di automatismo, una pena.

Indipendentemente dal merito della vicenda concreta, se si concepisse la sospensione come una sorta di pena accessoria di tipo "speciale", in virtù del principio costituzionale dell'irretroattività penale ex art. 25, c. 2 Cost., si dovrebbe propendere per la sua inapplicabilità per fatti precedenti alla sua introduzione. [[112]] Poiché, però, l'istituto in parola sembra presentare un regime del tutto identico alla disciplina introdotta nel 1992, si dovrebbe ritenere che anche nei suoi confronti valga la costante posizione giurisprudenziale secondo la quale esso, non configurandosi come "sanzione" vera e propria, ma come "causa ostativa" all'esercizio del diritto di elettorato passivo, non presenterebbe *problemi di irretroattività*» [[113]]

Quanto sostenuto sin ora non trova accoglimento da parte della letteratura maggioritaria che si è espressa sulla disciplina della legge Severino.

Nonostante quanto affermato a chiare lettere dalla già citata giurisprudenza, [[114]] il problema di qualificazione delle misure previste nel d.lgs. n. 235/2012 rimane aperto se lo si considera sotto la luce del Sistema europeo dei diritti dell'uomo, di cui fa parte la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), i 16 protocolli addizionali alla stessa, e la giurisprudenza della Corte EDU di Strasburgo. L'interpretazione in sede convenzionale risulta diversa da quella fornita dai giudici nazionali: a tutela del principio *nulla poena sine lege* ex art. 7 CEDU, la Corte di Strasburgo privilegia un orientamento di tipo sostanzialistico [[115]] per il quale, in via generale, se una sanzione in qualsiasi modo qualificata produce effetti di natura afflittiva non può avere effetti retroattivi. [[116]] Da tale linea interpretativa emerge la circostanza per cui l'interprete non debba soffermarsi solamente sul *nomen iuris* attribuito dal legislatore a una data sanzione, perché è necessario,

si dice, passare dalla forma alla sostanza. Occorrerebbe, quindi, verificare se la sanzione in oggetto, nel caso di specie la misura sospensiva, presenti o meno caratteri di afflittività tali da ricondurla al più ampio *genus* del diritto punitivo: si vuole evitare quella che viene definita una “*truffa delle etichette*”[[117]]. Attenta dottrina ha rilevato come già “*gli studi costituzionalistici più risalenti sulla libertà personale (Amato, Barbera, Elia, Galeotti, Pace), evidenziavano profili di illegittimità e/o di abrogazione sopravvenuta nella disciplina di misure restrittive simili a quelle oggi vigenti, in quanto sottratte a garanzie costituzionali basiche (riserva di giurisdizione, riserva assoluta di legge, irretroattività)*”.[[118]]

Per tali ragioni si sostiene che, ormai, debba affermarsi il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo siano soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio che troverebbe un aggancio costituzionale nell’art. 117, co.1 Cost., in forza del quale risulterebbe lesa la norma interposta dell’art. 7 CEDU interpretato secondo gli orientamenti oramai consolidati della Corte EDU, come stabilito dalle note sentenze gemelle nn. 348 e 349/2007 della Corte Costituzionale. A Strasburgo, infatti, la riconducibilità di una sanzione alla materia penale si basa su una valutazione di carattere sostanziale: la qualificazione di diritto interno, lo scopo, l’ambito di applicazione, la natura della procedura comminatoria, la severità del regime restrittivo. Tutti parametri in grado di superare la qualificazione formale extrapenale. [[119]] La dottrina che sostiene che la sospensione e la decadenza possano incidere sul libero esercizio del diritto di elettorato passivo con l’effetto afflittivo tipico della sanzione penale, mira ad evitare che si aggirino le garanzie individuali derivanti dagli inderogabili principi di legalità e irretroattività.

L’indirizzo interpretativo elaborato dalla Corte dei diritti ha influenzato anche la giurisprudenza nazionale: una per tutte la sentenza n. 196/2010 in cui la Corte costituzionale sembra accogliere l’approccio sostanzialistico della giurisprudenza sovranazionale. [[120]] In tale pronuncia la Corte si preoccupa delle conseguenze che potrebbero scaturire dall’esclusione dall’ambito penale di determinate sanzioni o misure restrittive, in termini di rischio di aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 CEDU riservano alla materia penale. Si evidenzia come dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si possa ricavare, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. [[121]] Il Giudice delle leggi ha affermato che

“per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste «l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse» (sentenza n. 447 del 1988).”[[122]]

La linea interpretativa estensiva dell'art. 25, co.2 Cost., viene utilizzata in materia di incandidabilità, in quanto la limitazione al diritto di accedere all'ufficio elettivo, o di proseguire il mandato, è considerata alla stregua di un intervento sanzionatorio. [[123]] Per l'orientamento che aderisce all'interpretazione sostanzialistica sovranazionale dovrebbe trovare applicazione esclusivamente *pro futuro* qualsiasi misura che appaia suscettibile di limitare in senso afflittivo la sfera giuridica del singolo, a prescindere dalla natura penale della stessa, soprattutto se suscettibile di incidere sul godimento di diritti inviolabili.

### **6.1. Segue... Problemi relativi alla durata della sospensione.**

Evidenziati i problemi di qualificazione dell'istituto sospensivo, occorre soffermarsi sulla congruità del suo periodo di durata fissato in diciotto mesi, rispetto al fine che l'intera disciplina intende perseguire.

La sospensione si applica automaticamente, come già ricordato, non appena a cura della Cancelleria del Tribunale il provvedimento giudiziario è comunicato al Prefetto, e cessa di produrre i propri effetti dopo diciotto mesi; decorso tale termine l'eletto è reintegrato nell'ufficio.

Dato che il giudizio di indegnità ha una durata limitata di diciotto mesi, dopo la quale il soggetto sembrerebbe esser ritenuto nuovamente degno di ricoprire l'ufficio, ci si chiede quale sia la finalità che si persegue con l'istituto sospensivo. Dalla lettera della norma, alla misura dovrebbe riconoscersi una mera funzione punitiva e sanzionatoria. Se si afferma che la sospensione, in quanto misura interdittiva provvisoria, ha una *finalità di ordine cautelare*, come ha sostenuto il Tar Campania citando la sent. n. 141/1996 Corte cost., non si comprende il perché della sua durata proprio in diciotto mesi. E' lo stesso giudice *a quo*, come si è detto nelle pagine precedenti, che afferma la strumentalità della sospensione rispetto alla decadenza, allora la stessa sarebbe dovuta durare sino alla sentenza

definitiva. In quest'ultimo caso, però, si potrebbe obiettare che la sospensione risulti un'anticipazione della decadenza, e di fatto allontani il condannato dall'ufficio pubblico in via definitiva, e non più in via provvisoria. La ragione per cui la Corte costituzionale ammette per le condanne non definitive la sola misura della sospensione risiede nella sua finalità di ordine cautelare: le finalità di questo tipo sono *le uniche che possono farsi valere in presenza di un procedimento penale non ancora conclusosi con una sentenza definitiva di condanna, valgono a giustificare misure interdittive provvisorie che incidono sull'esercizio di funzioni pubbliche da parte dei titolari di cariche elettive.*[[124]]

Se la funzione si assume essere quella preventiva e cautelare, è evidente come la stessa, così, non possa essere soddisfatta. Il legislatore dovrebbe rivedere la durata temporale della sospensione, allo scopo di renderla più consona al fine che ha inteso perseguire, mediando tra la tutela dell'ufficio pubblico e il rischio che la stessa non assum(a) i caratteri di una sanzione anticipata. [[125]]

L'art. 11, co.4 della legge Severino stabilisce che la sospensione cessa di diritto di produrre effetti decorsi diciotto mesi, precisando che *“nel caso in cui l'appello proposto dall'interessato avverso la sentenza di condanna sia rigettato anche con sentenza non definitiva, decorre un ulteriore periodo di sospensione che cessa di produrre effetti trascorso il termine di dodici mesi dalla sentenza di rigetto.”*

Che cosa accade se la sentenza non passa in giudicato entro tale termine?

Come è noto, e non è questa la sede per soffermarvisi, il passaggio in giudicato di una sentenza è la situazione di definitività della pronuncia che deriva dall'inesperibilità, avverso quel provvedimento, di alcun mezzo di gravame. Detta situazione può determinarsi a causa dell'esaurimento delle impugnazioni possibili o per decadenza dalle stesse. [[126]] Il problema della congruità della durata dell'allontanamento dalla carica in favore della protezione delle amministrazioni pubbliche non si pone in relazione al tempestivo esperimento dei termini di impugnazione, bensì in riferimento alla durata dei gradi di giudizio. Ipotizzando il caso in cui tempestivamente sia stato proposto appello contro la sentenza penale di primo grado, potrebbe in concreto accadere che il giudizio d'appello si protragga al di là dei diciotto e dei dodici mesi. Potrebbe, anche, verificarsi la situazione in cui la sentenza del giudice d'appello venga emessa nel corso dei diciotto mesi, ma che ne trascorrono altrettanti in attesa della pronuncia della Cassazione. Che cosa accade in questi casi?

Le disposizioni elaborate dal legislatore delegato non prevedono espressamente le conseguenze alla dichiarazione di accertamento della causa ostativa: in aiuto dell'interprete interviene l'art. 53 del d.lgs n. 267/2000 (TUEL), che naturalmente fornisce una risposta solo in merito all'applicazione dell'art. 11 della legge Severino, e non dell'art. 8, che riguarda, invece, la sospensione per le cariche elettive regionali.

L'art. 53 del TUEL, rubricato "*Dimissioni, impedimento, rimozione, decadenza, sospensione o decesso del sindaco o del presidente della provincia*" prevede al secondo comma che "*il vicesindaco ed il vicepresidente sostituiscono il sindaco e il presidente della provincia in caso di assenza o di impedimento temporaneo, nonché nel caso di sospensione dall'esercizio della funzione ai sensi dell'articolo 59.*" Si ricordi che l'art. 59 TUEL è stato abrogato dall'art. 17, co.1, lett. a) del d.lgs n. 235/2012, dovendosi applicare, quindi, l'art. 11 del medesimo.

Altrettanta chiarezza manca per la sospensione ex art. 8 legge Severino, ossia quella relativa al Presidente e ai membri della giunta regionale e ai consiglieri regionali.

Rimanendo all'interno della Regione in cui si è verificato il caso di specie, e in cui, molto probabilmente, se ne verificherà uno altrettanto interessante,[[127]] l'art. 46 dello Statuto campano, legge regionale campana n. 6 del 28 maggio 2009, non disciplina l'ipotesi di sospensione del Presidente ex art. 8 legge Severino. Manca, quindi, una disciplina che stabilisca, ad esempio, che sia il vice-presidente a dover sostituire il Presidente sospeso. Dalla lettera dell'art. 46, può rilevarsi che i casi in cui il vice-presidente, la giunta e il Consiglio rimangono in carica per svolgere l'ordinaria amministrazione, siano solo quelli tassativamente elencati: morte, impedimento permanente o dimissioni volontarie.

Dall'interpretazione che fece la Corte costituzionale relativamente alla disciplina previgente rispetto a quella contenuta nella legge Severino, la sospensione del Presidente della Regione, a causa di sentenza non definitiva, dovrebbe integrare l'ipotesi di "impedimento temporaneo".

Nella sent. n. 352/2008, riferendosi alla sospensione prevista dall'allora vigente art. 15, co.4bis della legge n. 55/1990, ma applicabile anche alla disciplina ex art. 8 legge Severino, aveva chiarito che: "*la sospensione contemplata ex art. 15, comma 4-bis, opera obbligatoriamente e di diritto, così che il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previsto dal comma 4-ter dello stesso art.*

15, [oggi dall' art. 8 co.4] *assolve ad una funzione di mero accertamento, e non costitutiva dell'effetto sospensivo («accerta la sospensione» dispone, appunto, sia il risalente art. 15, sia l'art. 8 co.4 vigente)». Proseguiva la Corte: “è indubbio che la sospensione obbligatoria e di diritto prevista dall'art. 15, comma 4-bis (oggi art. 8 legge Severino) integra gli estremi di un vero e proprio impedimento del Presidente, che gli preclude l'esercizio delle attribuzioni connesse alla carica” e che “la sospensione di cui all'art. 15, prodromica rispetto all'eventuale decadenza nel caso in cui sopravvenga una condanna definitiva (comma 4-quinquies), determina l'impossibilità per il sospeso di essere computato per la verifica del numero legale o per la «determinazione di qualsivoglia quorum» (comma 4-bis vecchio art. 15, oggi co. 3 art 8 legge Severino). Essa, dunque, produce l'effetto dell'immediato allontanamento dalla carica, con conseguente impossibilità di compiere qualunque atto.”[[128]] La vicenda oggetto della citata sent. n. 352/2008 riguardava la Regione Sicilia, il cui statuto all'art. 9 dispone che in caso di impedimento del Presidente della Regione, questi sia sostituito dal vicepresidente; mentre “in caso di dimissioni, di rimozione, di impedimento permanente o di morte del Presidente della Regione, si procede alla nuova e contestuale elezione dell'Assemblea regionale e del Presidente della Regione entro i successivi tre mesi”. Lo Statuto della Regione Campania, invece, non prevede espressamente l'ipotesi di impedimento temporaneo.[[129]] Risulta evidente come si renda necessario un compiuto intervento normativo a livello nazionale.*

Si supponga, ad esempio, che le pronunce di secondo grado e di legittimità confermino la condanna disposta del giudice di primo grado, cosa accadrebbe se nelle more del giudizio, decorsi i diciotto mesi, l'amministratore fosse tornato a ricoprire la propria carica?

L'art. 11 e le altre disposizioni della legge Severino nulla dicono a riguardo. Il comma sesto dell'art. 11 si preoccupa, solamente, dell'ipotesi contraria: il caso in cui l'amministratore sospeso venga assolto o nei suoi confronti sia emessa sentenza di non luogo a procedere.[[130]] L'art. 13 della legge Severino disciplina la durata dell'incandidabilità, conseguente a sentenza penale definitiva, la quale in ogni caso, anche in assenza di pena accessoria, non è inferiore ai sei anni.[[131]] Tutto tace circa la possibilità che il condannato possa, o meno, tornare a ricoprire la carica e secondo quali modalità, e tempi, rispetto alla prosecuzione del processo penale.

Detta omissione si riverbera, sfavorevolmente, nei confronti dei cittadini

dell'ente locale in questione. Questi ultimi sarebbero amministrati da un eletto dalla dubbia dignità morale, lo vedrebbero sospeso dall'ufficio, sostituito *pro tempore*, ma successivamente reintegrato per via della durata del processo penale eccedente i diciotto mesi. A causa della lacunosità della disciplina, si è portati ad interrogarsi sul bilanciamento tra il principio di certezza del diritto, violato dall'asserita applicazione retroattiva della legge Severino da un lato, e la tutela dei pubblici uffici dall'altro: la ponderazione degli interessi non sarebbe eccessivamente "sbilanciata" a sfavore del buon andamento dell'amministrazione locale? Non si dovrebbe, in via preventiva, preferire il temporaneo *vulnus* recato all'eletto dalla sospensione in attesa del passaggio in giudicato della propria sentenza, piuttosto che consentirgli di amministrare *medio tempore* la *res publica*?

Per rispondere a questo quesito si ricade nel circolo vizioso per cui occorre preventivamente scegliere come qualificare l'istituto sospensivo, al fine di censurarne la retroattiva applicazione, che consentirebbe di rimanere in carica ad un soggetto la cui reità potrebbe essere confermata, o del tutto negata, nei gradi successivi di giudizio.

Come si è anticipato introducendo le problematiche coinvolte dal caso De Magistris, i diversi episodi della realtà politica offrono diversi spunti di riflessioni sulla disciplina in tema di incandidabilità. Da ultimo la possibilità per l'amministratore di un ente locale condannato per abuso d'ufficio con sentenza non definitiva di candidarsi alle elezioni regionali, nonostante in caso di vittoria debba essere sospeso dalla carica elettiva ex art. 8 legge Severino. Il d.lgs. n. 235/2012, infatti, come puntualmente ribadito dal Tar Campania,[[132]] prevede all'art. 7 che persino in condizione di incandidabilità solo i condannati con sentenza definitiva, consentendo, quindi, di partecipare alla competizione elettorale a chi, condannato con sentenza non definitiva, dovrà essere sospeso dall'ufficio qualora venisse eletto. La situazione, se si riflette attentamente, risulta paradossale: perché consentire a qualcuno di candidarsi, di vincere la competizione elettorale, per poi sospenderlo dall'incarico per il quale sia stato legittimamente eletto? E' sì vero che una sentenza di condanna non definitiva non possa comprimere così tanto il diritto di elettorato passivo da impedire al condannato in primo grado di candidarsi, come affermato dalla Corte costituzionale nel 1996, ma è altresì vero che, se poi si sospendesse, si vanificherebbe la competizione elettorale, non potendo dar piena attuazione al volere espresso dagli elettori, i quali non sarebbero governati da chi hanno

consapevolmente votato.

L'ipotesi appena profilata si distingue da quella del caso esaminato in questa sede, poiché quanto ipotizzato si svolgerebbe sotto la vigenza della legge Severino, non creandosi problemi di applicazione retroattiva. L'amministratore dell'ente locale condannato in primo grado, che dovesse vincere le elezioni regionali, sarebbe legittimato da un corpo elettorale consapevole della condizione di presunta indegnità morale in cui versa a seguito della sentenza non definitiva, e che, ciononostante, decide comunque di votarlo.

Nell'ipotesi in cui, come nel caso esaminato, la causa ostativa sopravvenga in corso di mandato, il corpo elettorale non poteva essere a conoscenza dell'accertamento, per quanto di primo grado, della commissione del reato commesso dall'eletto, poiché quando lo aveva votato non vi era alcun dubbio sulla sua moralità. In quest'ultimo caso rilevarebbe la mancata possibilità di autodeterminarsi liberamente del corpo elettorale che, se avesse saputo, probabilmente non avrebbe votato il candidato la cui idoneità a ricoprire la carica fosse in corso di accertamento.

E' giunto il momento di rispondere al quesito sottoposto al lettore nell'introduzione del presente lavoro: la sospensione disposta sulla base di una sentenza di condanna pronunciata prima dell'entrata in vigore della cosiddetta legge Severino comporta la violazione dei principi generali della legge nel tempo? A modesto parere di chi scrive, si è dimostrato che l'avvenuta applicazione retroattiva del d.lgs. n. 235/2012 abbia violato il generale principio, non di rango costituzionale, per cui la legge non dispone che per l'avvenire, in quanto non espressamente previsto nel decreto che lo stesso possa operare retroattivamente. Tuttavia la sospensione dalla carica elettiva, pur determinando una temporanea compressione del diritto di portare a compimento il mandato elettivo ex art. 51 Cost., dovrebbe ritenersi conforme alla *ratio* della disciplina in parola, e rispondente alla sua funzione cautelare di tutela dell'ente locale.

Per queste ragioni, ad avviso di chi scrive, la Corte Costituzionale dovrebbe rigettare la questione di legittimità costituzionale, in quanto non è da ritenersi fondata poiché nel bilanciamento degli interessi la finalità che il legislatore delegato ha inteso perseguire con la legge Severino è da ritenersi prevalente rispetto ai principi generali della legge nel tempo.[[133]] Nelle parole della Corte costituzionale la predetta finalità è quella di assicurare la salvaguardia

dell'ordine e della sicurezza pubblica, la tutela degli organi elettivi da chi non si ritiene moralmente degno di ricoprirli, il buon andamento e la trasparenza della pubblica amministrazione, che porta, in attesa del passaggio in giudicato della sentenza, a preferire il *vulnus* recato all'amministratore con la sospensione per diciotto mesi, piuttosto che quello recato all'ente locale e agli amministrati. Alla luce di detta *ratio*, e specialmente in forza della discutibile argomentazione dell'irretroattività fisiologica sostenuta dal giudice *a quo*, che ha elevato al rango costituzionale l'art. 11 delle preleggi, si ritiene che la Corte debba dichiarare infondata la questione.

Rispetto a tale lettura, va comunque osservato che alla luce della recente ordinanza n. 11131/2015 delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione sul regolamento di giurisdizione, è ipotizzabile che la Corte costituzionale dichiari, con ordinanza, inammissibile la questione di legittimità per carenza di legittimazione in capo al Tar Campania Napoli a sollevare la questione medesima, in quanto privo di giurisdizione. [[134]]

[\*] Nel corso della pubblicazione è sopravvenuta l'ordinanza 28 maggio 2015, n. 11131 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la quale è stata dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto la compressione - determinata dal provvedimento sospensivo - del diritto soggettivo dell'eletto allo svolgimento del mandato. Nonostante, quindi, il Tar Campania fosse privo di giurisdizione, la questione sull'applicazione retroattiva della legge Severino non perde la sua rilevanza: si può ipotizzare, infatti, che anche il giudice ordinario sollevi una questione di legittimità costituzionale pressoché analoga a quella analizzata in questa sede.

[[1]]Decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (in *G.U.* n. 3 del 4 gennaio 2013 - in vigore dal 5 gennaio 2013) - Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

[[2]]La Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 11131 del 28 maggio u.s., ha dichiarato la carenza di giurisdizione del Tar Campania Napoli, affermando che la giurisdizione sulla controversia pendente davanti ad esso spetti al giudice ordinario, dinnanzi al quale vanno rimesse le parti, previa riassunzione nei termini di legge. Le Sezioni Unite hanno affermato che *“nella valutazione dell'incidenza di una sopravvenuta sentenza non definitiva di condanna per i reati espressamente indicati, l'opzione del legislatore è dunque chiaramente orientata nel senso di una temporanea compressione del diritto soggettivo dell'eletto allo svolgimento del mandato, per un tempo predefinito e secondo modalità del pari interamente delineate dalla legge, sicché le controversie relative alla sospensione disposta ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 235 del 2012 sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.”*

[[3]]Il diritto ad essere eletti a cariche pubbliche elettive deve configurarsi come diritto soggettivo perfetto. Così: C. DE CESARE, *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. Giur.*, XVI, 1989, 2, e G. FERRARI, *Elezioni (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 607 e ss. La giurisprudenza della Corte di Cassazione (SS.UU. 20 luglio 1971 n. 2368 e 9 marzo 1981, n. 1302) ha affermato la tutela giurisdizionale dinnanzi al giudice ordinario. Il diritto di elettorato passivo è da ritenersi insuscettibile di essere inciso a tal punto da determinare l'espunzione di quegli elementi che lo qualificano come diritto inviolabile, e deve tenersi conto di quanto disposto dall'art. 54, co.2 Cost. (Così: P. STANCATI.P., *Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*, cit., 10). Nel bilanciamento tra il diritto individuale e inviolabile di elettorato passivo e la tutela delle cariche pubbliche l'elemento che rileva si ricava dal combinato disposto degli artt. 51, co.1 e 54, co.2 Cost. Per un'analisi più approfondita si vedano anche: in relazione all'art. 48 Cost. quanto analizzato da T. MARTINES, *Art. 56 – 58*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. BRANCA), *Le Camere, Tomo I*, Bologna 1994, 43; L. VENTURA, *Art. 54*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO), *Rapporti politici, Tomo II*, Bologna 1994. Per un studio

approfondito dell'art. 51 Cost. si veda la bibliografia riportata relativamente al paragrafo terzo del presente lavoro.

[[4]]L'incandidabilità, come noto ai più, è un istituto diverso sia dall'ineleggibilità, sia dall'incompatibilità. Tale figura è stata introdotta nella legge n. 55/1990 dalla legge n. 16/1992, e di recente utilizzata nella legge n. 190/2012, cosiddetta "*legge anticorruzione*": essa si sostanzia nell'inidoneità funzionale assoluta, e non rimovibile, dell'interessato. Disciplinata dal d.lgs. n. 235/2012, si differenzia dall'ineleggibilità poiché le cause che la determinano derivano dalla condanna per determinati reati, in particolare delitti connessi al fenomeno mafioso e reati contro la pubblica amministrazione, e dura per un determinato periodo di tempo successivo alla condanna definitiva (comunque non inferiore a sei anni). In caso di condanna penale definitiva, le conseguenze possono essere o la nullità dell'elezione, oppure, se la causa ostativa interviene in corso di mandato, la decadenza dalla carica. L'incandidabilità non può seguire a una condanna non definitiva: in questi casi dovrà applicarsi la sospensione di diritto dalla carica, la quale verrà meno a seguito di una sentenza di assoluzione, o determinerà la decadenza in caso di passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

[[5]]L'art. 10 prevede che non possano essere candidati alle elezioni provinciali, comunali e circoscrizionali e non possano comunque ricoprire le cariche di presidente della provincia, sindaco, assessore e consigliere provinciale e comunale, presidente e componente del consiglio circoscrizionale, presidente e componente del consiglio di amministrazione dei consorzi, presidente e componente dei consigli e delle giunte delle unioni di comuni (...) coloro che hanno riportato condanna definitiva per i delitti previsti dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 323, 325, 326, 331, secondo comma, 334, 346-bis del codice penale.

[[6]]TAR Campania, ordinanza n. 1801/2014, pag 2.

[[7]]Con il provvedimento n. 87831 del 1 ottobre 2014 il Prefetto della Provincia di Napoli, Antonio Musolino, ha accertato nei confronti del Sindaco di Napoli la sussistenza di una causa di sospensione dalla carica di cui all'art. 11 primo comma lettera a) del d.lgs. n. 235/2012, a fronte della sentenza n. 3928/12 Reg. Gen. della Seconda Sezione del Tribunale di Roma. Avverso detto provvedimento prefettizio, il Sindaco di Napoli ha proposto ricorso n.

4798/2014 dinnanzi al TAR Campania- Napoli, Sezione I: il giudice territoriale ha dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 primo comma lett. a) del D.lgs. n. 235/2012, in relazione all'art. 10 comma primo lett. c) dello stesso decreto legislativo, in quanto la sua applicazione retroattiva si porrebbe in contrasto con gli articoli 2, 4 secondo comma, 51 primo comma e 97 secondo comma della Costituzione.

[[8]]TAR Campania, ordinanza n. 1801/2014, pag 27.

[[9]]Si afferma che la sospensione dalla carica elettiva si ponga come conseguenza di un'interpretazione retroattiva degli articoli 10 comma primo, lettera c), e 11 comma primo lettera a) del D.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, e quindi non conforme al corretto esercizio dei diritti di elettorato passivo e ai principi degli articoli 2, 51 e 97 della Costituzione.

[[10]]Il primo motivo del ricorso riguarda l'asserita illegittimità della sospensione, in quanto non fondata su un provvedimento giudiziario. Il ricorrente ha rilevato che il Prefetto di Napoli, nel momento in cui ha provveduto, avrebbe potuto far riferimento solamente al dispositivo della sentenza, il quale non rientra tra i provvedimenti previsti dall'art. 11.5. d.lgs.235/2012, e al cui interno non sono specificati i capi di imputazione. Al fine dell'accertamento di questi ultimi, il Prefetto avrebbe richiamato il decreto che dispone il giudizio, atto ben distinto dalla sentenza, come desumibile dagli artt. 125 e 429 c.p.p. Il ricorrente ha evidenziato, inoltre, che al fine della verifica da parte dell'autorità competente circa la sussistenza della causa di sospensione dalla carica pubblica, l'emanazione della sentenza, e la relativa pubblicazione, avrebbe costituito un momento in cui accertare e rendere nota, anche agli elettori, la idoneità morale dei pubblici amministratori. Il predetto momento accertativo non si sarebbe verificato, in quanto il Prefetto, nell'emettere il proprio provvedimento, non avrebbe atteso la pubblicazione della sentenza di condanna.

Con il secondo motivo del ricorso si contesta la carenza di motivazione del provvedimento prefettizio. Con il terzo, invece, si lamenta l'intempestività dell'accertamento della causa di sospensione, alla luce del fatto che il Prefetto abbia fatto riferimento al solo dispositivo senza attendere la pubblicazione della sentenza.

[[11]]TAR Campania, Sez. I, Ordinanza n. 1801 del 30 ottobre 2014, pag 11. La definizione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 legge

Severino, circa la sua applicabilità agli eletti condannati prima della sua entrata in vigore, si ritiene pregiudiziale rispetto al positivo accertamento di condizioni patologiche direttamente ascrivibili al decreto prefettizio del caso di specie.

[[12]]Corte costituzionale sentenza n. 141/1996, punto 3 del considerato in diritto.

[[13]]Consiglio di Stato, sez. V, 6 febbraio 2013, n. 695; Tar Lazio, II bis, 8 ottobre 2013, n. 8696; Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2013, n. 5222.

[[14]]Ci si riferisce alla sentenza n. 118/1994, richiamata da quella successiva citata nell'ordinanza medesima.

[[15]]Sulla contraddittorietà del ragionamento del giudice a quo, in tal senso si veda ANAC, Autorità Nazionale Anticorruzione, Parere n. 20516 del 02.12.2014, 3. .: *“Un simile ragionamento non tiene perché, se si tratta di sanzioni, allora tutte le misure sono sanzioni e per esse si porrebbe un problema di costituzionalità di applicazione retroattiva di condanne definitive. Non tiene perché, dopo aver affermato il carattere strumentale e non autonomo della sospensione rispetto alla decadenza, il Collegio ragiona intorno ad un'afflittività autonoma della sospensione, mentre è del tutto evidente che essa venga disposta per salvaguardare le Istituzioni pubbliche in attesa del formarsi di una sentenza definitiva”*.

[[16]]Il decreto legislativo 31 dicembre 2012 n.235 entra in vigore il 5 gennaio 2013.

[[17]]Si veda Consiglio di Stato, sentenza n. 695/2013.

[[18]]Corte costituzionale, sentenze n. 407/1992, 118/1994, 141/1996, 131/2001 e ord. n. 276/2012.

[[19]]V. MARCENÒ, *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2014, 621.

[[20]]TAR Campania, ordinanza n.1801/2014 cit., 22. Sulla base dell'interpretazione della giurisprudenza precedente il Collegio ha osservato che l'applicazione retroattiva della disciplina della legge Severino, in caso di sentenza passata in giudicato, si giustifichi in quanto il legislatore abbia reputato prevalente l'interesse alla salvaguardia della moralità

dell'organizzazione degli organi di governo degli apparati pubblici, rispetto ai principi generali della legge nel tempo.

[[21]]C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, 9° ed., Padova, 1975.

[[22]]G. FERRARI, *Elezioni (teoria generale)*, in Enc. Dir., XIV, Milano, 1965, 607 e ss. Elettore passivo inteso come capacità giuridica di divenire titolare passivo del rapporto elettorale.

[[23]]C. DE CESARE, Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari, in Enc. Giur., XVI, 1989, 2.

[[24]]Corte costituzionale, sentenza n. 141/1996.

[[25]]“*Il Titolo IV della Costituzione afferma due principi fondamentali: l'alto dovere dei cittadini di difendere la Patria; l'esercizio della sovranità popolare, che si attua per tre vie: diritto di voto, altissima funzione civile (...); diritto di organizzazione dei partiti nel concorrere alla vita politica della Nazione; e diritto-dovere dei cittadini di insorgere ogniqualvolta i poteri costituiti dovessero attentare i principi fondamentali sanciti dalla Carta costituzionale.*”

Tali parole si leggono nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, in cui si discuteva se quello che sarebbe diventato l'art. 54 Cost. dovesse prevedere il diritto di resistenza. Come noto, tale diritto non fu costituzionalizzato, ma quanto si disse in quella sede sui valori e principi fondanti il Titolo IV, dovrebbe tenersi presente per comprendere l'evoluzione storica dei diritti politici.

Atti Assemblea Costituente, On. Di Giovanni, 20 maggio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Volume III*, 1794.

[[26]]L'art 51 Cost. si ritiene garantito da una riserva di legge relativa sia da C. DE CESARE, Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari, in Enc. Giur., XVI, 1989, 2; sia da M. CUNIBERTI, in R.BIN, S. BARTOLE (a cura di), Commentario breve alla Costituzione, cit., art. 51, 518 ss. Si veda contra P. STANCATI, *Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*, cit., 6, il quale afferma: “*Le norme che trattano della rappresentanza politica, e in specie della condizione del rappresentante (artt. 51, 54, co.2 e 65, co.1, Cost.) sono introduttive di una riserva assoluta di legge, mentre dall'art. 4, ult.co., può agevolmente desumersi la presenza di una vera e propria riserva rinforzata*”.

[[27]]M. CUNIBERTI, in R.BIN, S. BARTOLE (a cura di), Commentario breve alla Costituzione, cit., 518 ss.

[[28]]In materia di elettorato passivo, i limiti alla discrezionalità del legislatore debbono rinvenirsi nei generali principi dell'ordinamento giuridico: *in primis* la prescrizione della ineleggibilità, o la causa di incandidabilità, non deve violare il principio di eguaglianza formale, ex art. 3, c.1, Cost. Il legislatore ordinario non potrà prevedere ipotesi di discriminazioni determinanti la impossibilità di accedere in condizioni di parità alla carica, e lesive, quindi, del principio di eguaglianza e di quanto stabilito al primo comma dallo stesso art. 51 Cost., ed inoltre dovrà, sulla base del principio di ragionevolezza, bilanciare e garantire i requisiti, ricollegandoli ai concetti di “disciplina” e “onore” dell'art. 54 Cost.

[[29]]Corte Cost. sentenze n. 235/1998; n. 510/1989; n.141/1996.

[[30]]Corte Cost. n. 166/1972, 129/1975, 306/2003; sul punto M. MIDIRI, in G.cost, 1992, 3183 ss. Mentre il diritto di voto può essere limitato per motivi espressamente indicati nella norma costituzionale, l'elettorato passivo e il diritto di accedere agli uffici pubblici possono essere limitati anche per motivi ulteriori e diversi. Le eventuali preclusioni al diritto di elettorato passivo dovranno rispondere ai criteri *supra* citati.

[[31]]La incandidabilità viene prefigurata dal legislatore, essenzialmente, assumendo come parametro la integrità morale del soggetto coincidente con quella penale: si suole fare derivare la carenza dei requisiti dell'art. 54 Cost. dalla presenza di comportamenti illeciti penalmente sanzionati. Come evidenziato dal Consiglio di Stato, sez. V., n. 3338/2000, l'incandidabilità presuppone uno status di inidoneità funzionale assoluta, che determina, al verificarsi di determinati presupposti, in modo automatico o il divieto di accesso alla carica elettiva o la sospensione o la decadenza dalla medesima.

[[32]]Legge 23 aprile 1981, n. 154 “Norme in materia di ineleggibilità ed incompatibilità alle cariche di consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale e in materia di incompatibilità degli addetti al Servizio Sanitario nazionale”.

[[33]]Corte Costituzionale sentenza n. 288/1993.

[[34]]Corte Cost. n. 407/1992; 197/1993; 118/1994; 141/1996.

[[35]]M. CUNIBERTI.M., in R. BIN, S. BARTOLE (a cura di), Commentario breve alla Costituzione, 521 ss.

[[36]]Corte Cost. n. 132/2001; Cass.civ. n.10700/1993; Cons.St.ad.gen. n.172/1992.

[[37]]A.PACE, in G.cost. 1994, 1008.

[[38]]Corte Costituzionale sentenza n. 407/1992, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto alcuni articoli della legge n. 55/1990, ha utilizzato l'argomentazione della natura emergenziale del contesto in cui si inseriva la normativa impugnata

[[39]]M. CUNIBERTI.M., in R. BIN, S. BARTOLE (a cura di), Commentario breve alla Costituzione, cit., 522 e ss.; Corte Cost. n. 132/2001.

[[40]]Come evidenziato dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 306/2003 e 25/2008, il primo comma dell'art. 51 Cost. sottintende il bilanciamento di interessi, cui i legislatori statali e regionali, nell'ambito delle proprie competenze, debbono rispettare: bilanciamento che deve operare tra il diritto individuale di elettorato passivo e la tutela delle cariche pubbliche, alle quali possono accedere solo coloro in possesso delle condizioni che tali cariche richiedono. Tra le condizioni si ritiene doversi riferire, nonostante il silenzio serbato dalle pronunce citate, al disposto dell'art. 54 co. 2, Cost. Il contenuto dei "*requisiti stabiliti dalla legge*" a cui fa riferimento l'art. 51, co.1 Cost., concerne la qualità del rappresentante, la quale deve essere conforme a quanto stabilito nel secondo comma dell'art. 54 Cost..

[[41]]Corte Cost. sent. n. 25/2002.

[[42]]A.PACE, in G.cost. 1994, 1008 ss.

[[43]]M. CUNIBERTI.M., in R. BIN, S. BARTOLE (a cura di), cit; Corte Cost. sent. n. 206/1999; dello stesso avviso il Giudice delle leggi nella sentenza n. 141/1996. Così, anche P.STANCATI, *Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*, cit., 81.

[[44]]Sin dalla tradizione liberal-democratica, il principio di legalità formale si articola in tre principi indipendenti e tra loro collegati in quanto funzionalmente diretti alla medesima finalità garantistica: il principio della riserva di legge, il

principio di tassatività e il principio di irretroattività.[44]

Il principio di legalità nel suo triplice contenuto è sancito agli articoli 1, 2 e 199 c.p. e nei due capoversi dell'art. 25 Cost. Quest'ultimo consacra il principio della riserva di legge e della tassatività, ed è stato ritenuto dalla dottrina estensivamente applicabile al più generale diritto punitivo. Relativamente al problema della validità della legge penale nel tempo, la legalità formale e la legalità sostanziale trovano riscontro nella contrapposizione tra principio di irretroattività e quello di retroattività della legge penale.

[[45]]In materia penale il principio di irretroattività impone che la legge penale si applichi soltanto ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore, non potendo, invece, essere applicata a quelli ad essa anteriori: *nullum crimen sine proevia lege poenali scripta e stricta*.[[45]] Detto principio è completato da quello della non ultrattività, per il quale la legge penale non si applica ai fatti posti in essere dopo la propria estinzione.

[[46]]Ai fini dell'analisi svolta in questa sede, preme soffermare l'attenzione su due casi di successione della legge penale disposti dall'art. 2 c.p.: l'ipotesi di nuova incriminazione e la modificazione della disciplina.

Il primo caso si ha quando una nuova legge incrimina un fatto prima non costituente reato, oppure si ha in caso di estensione della portata di una preesistente figura criminosa ad un fatto prima non rientrante in essa. La modificazione di disciplina, invece, si ha quando un fatto, già prima costituente reato, continua ad essere considerato tale anche con la nuova legge, ma se ne prevede un trattamento differente. Nel quarto comma dell'art. 2 c.p. convivono la regola dell'irretroattività della legge sfavorevole e quella della retroattività della legge favorevole, restando in quest'ultimo caso fermo il giudicato di condanna, ad eccezione dell'ipotesi di cui al nuovo comma terzo del medesimo articolo.

[[47]]M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in Giur.it, 2007, 1831 ss.

[[48]]Corte costituzionale sentenze n. 432 del 1997, n. 376 del 1995, n. 153 del 1994. Nella sent. n. 209/2010 il Giudice delle Leggi afferma che il legislatore possa "adottare norme di interpretazione autentica (con efficacia retroattiva) non solo in presenza di incertezza sull'applicazione della disposizione, ma anche

*quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore.”*

[[49]]M.LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit.

[[50]]V.NICO D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della “legge Severino”, tra derive sistematiche e suggestioni moralistiche*, in *Archivio Penale* 2014, n.1.

[[51]]A. PORRO, *Il “recente” istituto dell’incandidabilità nelle Regioni e negli Enti locali, tra scelte discrezionali - pressoché riconfermate – del legislatore ed orientamenti della giurisprudenza*, in *Consultaonline*.

[[52]]Ex multis, Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 settembre 2009, n. 49783, in *Foro.it.*, 2010, 2, II, 53, che ha riconosciuto la necessità di un’espressa previsione legislativa ai fini della produzione retroattiva di effetti di una disciplina normativa, nonché Cons. Stato Sez. VI, sent. 21 luglio 2010, n. 4791, in *Foro amm. C.D.S.*, 2010, 7- 8, 1620.

[[53]]Strettamente connessa alla problematica del principio di irretroattività e del *tempus regit actum*, è quella del *tempus commissi delicti*, la quale è risolta in base alla funzione general preventiva della norma incriminatrice: si guarda al momento in cui la condotta è tenuta, in quanto è in detto momento che il soggetto sceglie di porsi contro il diritto e che la legge penale può effettivamente esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice.

[[54]]A.RACCA, *Problematiche costituzionali del nuovo regime dell’ “incandidabilità” per le cariche elettive (e di governo) nell’ordinamento italiano*, in *consultaonline*, 16.; così anche A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *AIC associazioneitalianadeicostituzionalisti.it*, rivista n. 2/2014, 30.05.2014.; A. PORRO, *Il “recente” istituto dell’incandidabilità nelle Regioni e negli Enti locali, tra scelte discrezionali - pressoché riconfermate – del legislatore ed orientamenti della giurisprudenza*, in *Consultaonline.*; A. BARONE, *L’istituto dell’incandidabilità nel d.lgs 235 del 2012*, Scuola Superiore di Catania, A.A. 2014/2015.

[[55]]A. RACCA, *Problematiche costituzionali del nuovo regime dell’*

“incandidabilità” per le cariche elettive (e di governo) nell’ordinamento italiano, cit.

[[56]]G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 43 ss.

[[57]]G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit, 45.

[[58]]Corte Costituzionale sentenze n. 19/1970, n. 75/1974, n. 70/1983.

[[59]]Come affermato dal Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 695 del 6 febbraio 2013, costituisce una scelta discrezionale del legislatore, certamente non irrazionale, l’aver attribuito, relativamente ai valori dell’imparzialità e del buon andamento della amministrazione, alle sentenze penali di condanna una rilevanza, sul piano del giudizio di indegnità morale, tale da esigere l’incidenza negativa sulle procedure successive, anche con riguardo alle sentenze di condanna anteriori all’entrata in vigore della legge stessa. La predetta *ratio* si ritiene da doversi applicare anche al caso di specie. Così, anche L. MANCANO, *Riflessioni in tema di incandidabilità*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, fasc.2, 2014, 937: “La condanna per determinati reati, viste la loro indole e la loro gravità, giustificherebbe dunque una presunzione assoluta d’inidoneità morale all’assunzione di talune cariche amministrative e di taluni impieghi pubblici.(...)La discrezionalità esercitata attraverso l’introduzione di questa limitazione all’elettorato passivo non potrebbe dunque considerarsi irragionevole, considerato il rapporto fra l’obiettivo che la legge individua e lo strumento con cui la stessa si propone di realizzarlo. Analizzato attraverso una lente teleologica così ricostruita, l’istituto risulterebbe configurabile come mero criterio su cui si fonda l’eleggibilità alle cariche pubbliche di un cittadino, un requisito negativo ai fini della capacità di assumere e mantenere le cariche medesime.”

[[60]]Corte costituzionale sentenze n. 397/1994; 209/2010;41/2011; 93/2011; 78/2012; 170/2013.

[[61]]Si noti come questa pronuncia, se letta insieme alla n. 118/1994, fornisca un ulteriore argomento a favore della tesi per cui la legge Severino vada applicata anche ai casi pendenti, la cui sentenza non definitiva sia stata pronunciata prima dell’entrata in vigore della stessa. Nel 1970 la Corte affermava che nei confronti dei rapporti esauriti si presenterebbe, se esistesse, il divieto di successivi interventi. Nel 1994 consente l’applicazione retroattiva della disciplina in tema di incandidabilità proprio nei confronti dei rapporti ormai

esauriti, decisi con sentenza passata in giudicato. E' evidente, a parere di chi scrive, che la Corte non abbia esplicitato un limite alla derogabilità per i casi ancora pendenti.

[[62]]Per un'analisi accurata della fattispecie criminosa in esame, si veda A. SCHERMA, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.): il bene protetto e la persona offesa*, articolo del 16.07.2009, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

[[63]]Il r.d. 19 ottobre 1930, n.1398, cosiddetto Codice Rocco dal nome del suo estensore, il guardasigilli Alfredo Rocco, pubblicato in G.U. il 26 ottobre 1930, entra in vigore il 1 luglio 1931.

[[64]]*Contra* la dottrina maggioritaria che sostiene che la “conoscibilità di nuove misure preclusive del diritto di elettorato passivo svolge un ruolo essenziale”, così da ultimo: P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La “legge Severino” oltre il “caso Berlusconi”*, Napoli, 2015, 111.

[[65]]“*Le fattispecie di “incandidabilità”, e quindi di ineleggibilità (...) si collocano su un piano diverso, quanto a ratio giustificativa, rispetto a quello delle pene, principali ed accessorie. Esse non rappresentano un aspetto del trattamento sanzionatorio penale derivante dalla commissione del reato, e nemmeno una autonoma sanzione collegata al reato medesimo, ma piuttosto l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate(...), stabilito, nell'esercizio della sua discrezionalità, dal legislatore, al quale l'art. 51, primo comma, della Costituzione, demanda appunto il potere di fissare “i requisiti” in base ai quali i cittadini possono accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza. (...)in una logica che non è più quella del trattamento penale dell'illecito commesso, ma piuttosto quella della determinazione di condizioni nella specie, l'avvenuto accertamento definitivo della commissione di un delitto che non consentono, a giudizio del legislatore, e in vista di esigenze attinenti alle cariche elettive e all'esercizio delle relative funzioni, l'accesso alle medesime cariche.*” (Corte Cost., sent. n. 132/2001, cit.).

[[66]]Si veda la Sentenza n. 132/2001 della Corte costituzionale, in cui si rimarca la distinzione tra il piano penale e quello della incandidabilità, la quale debba situarsi su un piano diverso da quello delle pene principali ed accessorie. Il tutto è dimostrato dal fatto che, anche qualora non si applicasse la legge Severino ai casi di sentenze non definitive per il reato di abuso d'ufficio, il Tribunale Penale di Roma ha comunque interdetto dall'esercizio dei *munera*

pubblici il ricorrente per il periodo di un anno: quest'ultima rappresenta la pena accessoria alla sanzione penale; la sospensione per diciotto mesi ex art 11 D.lgs. 235/2012 è solamente una conseguenza automatica di un atto dichiarativo. Così anche L. MANCANO, *Riflessioni in tema di incandidabilità*, cit.: "(...) si pose la questione della natura penale della misura e, di conseguenza, della sua inapplicabilità retroattiva a consiglieri già eletti al momento della sua introduzione. Interpellati sul punto, i giudici hanno sin dal principio optato per la natura non penale dell'istituto. Secondo tale ricostruzione, infatti, l'incandidabilità non interverrebbe allo scopo di istituire nuove sanzioni o di aggravare quelle esistenti, ma per tutelare l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost. La ratio della misura sarebbe quella di costituire una sorta di difesa avanzata dello Stato contro il crescente aggravarsi del fenomeno della criminalità organizzata e dell'infiltrazione dei suoi esponenti negli enti locali. Tale condizione "emergenziale" costituirebbe, dunque, fattore tanto grave, quanto eccezionale, da esigere una risposta proporzionata al rilievo degli interessi coinvolti. In questo senso il divieto di candidarsi alla carica elettiva, o di proseguire nell'esercizio delle relative funzioni, dipenderebbe dall'obiettiva compromissione della considerazione sociale del condannato, vale a dire dal disvalore derivante dalla condanna stessa".

[[67]]A. BARONE, *L'istituto dell'incandidabilità nel d.lgs 235 del 2012*, Scuola Superiore di Catania, A.A. 2014/2015, pag 123 e ss.

[[68]]TAR Campania, ord. n. 1801/2014, pag 12.

[[69]]Ci si riferisce alle sentenze nn. 170/2013, 78/2012, 15/2012, 236/2011, 41/2011 e 209/2010 della Corte costituzionale.

[[70]]A. BARONE, *L'istituto dell'incandidabilità nel d.lgs 235 del 2012*, cit., 124 SS.

[[71]]A. BARONE, cit., 124.

[[72]]Consiglio di Stato sentenza n. 695 del 6 febbraio 2013.

[[73]]Ci si riferisce alle sentenze: Consiglio di Stato V Sezione 29 ottobre 2013 n. 5222; TAR Lazio II bis, 8 ottobre 2013 n. 8696; Corte Costituzionale 31 marzo 1994 n.118.

[[74]]La retroattiva applicazione della disciplina è giustificata dalla prevalenza dell'idoneità e dignità morale dei candidati e degli eletti che si trovino a ricoprire cariche pubbliche, le quali ex art. 97 Cost. debbono essere esercitate secondo i requisiti dell'imparzialità e trasparenza.

[[75]]Consiglio di Stato V Sezione 29 ottobre 2013 n. 5222.

[[76]]“*L'applicazione delle cause ostative poste dal d.lgs. n. 235/12 alle sentenze di condanna intervenute prima dell'entrata in vigore dello stesso non viola il principio di irretroattività della norma penale, giacché la normativa in esame non ha natura, neppure in senso ampio, sanzionatoria, penale o amministrativa. La condanna penale irrevocabile viene in considerazione come mero presupposto oggettivo cui è collegato un giudizio di inidoneità morale a ricoprire la carica elettiva.*” La circostanza che la giurisdizione penale, esperibile in tre gradi di giudizio, abbia accertato irrevocabilmente la commissione di uno dei reati previsti dall'art. 10 della legge Severino, è reputata condizione sufficiente a determinare l'incapacità di ricoprire una carica elettiva o di proseguirne il mandato.

[[77]]A. MASARACCHIA, *Cariche elettive: incandidabilità retroattiva perché non ha natura sanzionatoria o penale*, in *Guida al Diritto*, Ilsole24ore, 2014.

[[78]]V.NICO D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della “legge Severino”, tra derive sistematiche e suggestioni moralistiche*, in *Archivio Penale 2014, n.1.*

[[79]]V.NICO D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della “legge Severino”, tra derive sistematiche e suggestioni moralistiche*, cit.

[[80]]A modesto parere di chi scrive tale ragionamento è da ritenersi contraddittorio. Sulla base della giurisprudenza a cui si allinea anche il giudice *a quo*, la sospensione, che non ha il carattere definitivamente afflittivo della decadenza, dovrebbe applicarsi anche nei casi precedenti all'entrata in vigore della legge Severino, in corso di accertamento, poiché non si sta sottoponendo a nuova sanzione penale l'eletto.

[[81]]TAR Campania, ordinanza n. 1801/2014, pag. 24. Tutto l'impianto dell'ordinanza muove da una circostanza di cui è fermamente convinto il Collegio rimettente: l'applicazione retroattiva della legge Severino. Il Tar

sostiene, infatti: “certo è che la sospensione di un amministratore da una carica per un fatto storicamente anteriore rispetto alla sua elezione, così come anteriore ne è il provvedimento giudiziario che a questo dà rilevanza, costituisce, oggettivamente, applicazione retroattiva della norma.”

[[82]]TAR Campania, ord. n. 1801/2014, pag. 24.

[[83]]Come è noto, la riserva di legge è lo strumento con cui la Costituzione regola il concorso tra le fonti nella disciplina di una determinata materia, in questo caso quella dell'elettorato passivo. L'obiettivo è di evitare che, in particolari materie delicate, quale è quella dell'esercizio di un diritto fondamentale, possa mancare una disciplina legislativa capace di vincolare il comportamento degli organi del potere esecutivo.

[[84]]R. GUASTINI, *Legge (riserva di)* (voce), in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, 1994, 163.

[[85]]L. PALADIN, *Appunti sul principio di irretroattività delle leggi*, in *Foro amm.*, I, 1959, p. 948. In questo senso, si veda anche S. LIETO, *Un'ordinanza di rimessione per il decreto Severino: <<tanto tuonò che piovve!>>*, in *forumdiquadernicostituzionali*, 25 novembre 2014.

[[86]]Corte costituzionale sentenze n. 235/1988; n.571/1989; n. 141/1996.

[[87]]Da ultimo P. STANCATI, *Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*, cit., 9; si veda anche M. CUNIBERTI, in R. BIN, S. BARTOLE (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 522; U. POTOTSCHNIG, *art. 51 Le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 51*, in *Commentario delle Costituzione, fondato da G. Branca.G e continuato da Pizzorusso, Art. 97-98 La Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1994, 361 e ss.

[[88]]P. STANCATI, *Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*, cit., pag 86.

[[89]]TAR Campania, ordinanza n. 1801/2014, pag 25.

[[90]]E' lo stesso Tar campano, nel rigettare il settimo motivo di ricorso, a riconoscere la piena discrezionalità del legislatore delegato nel ricondurre l'abuso d'ufficio tra i reati di grave allarme sociale, la cui commissione si ritiene

idonea a destare preoccupazione nella generalità della popolazione costituendo sintomo di mancato o cattivo funzionamento di settori nevralgici della vita sociale.

[[91]]Atti Assemblea Costituente, on. Sullo, 19 maggio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Volume II, pag 1805*.

[[92]]La locuzione “apparire onesti” è utilizzata dal magistrato Paolo Borsellino, in un discorso tenuto il 26/01/1989 all’Istituto Tecnico Professionale di Bassano del Grappa: “(...) *Ma dimmi un poco, ma tu non ne conosci di gente che è disonesta, che non è stata mai condannata perché non ci sono le prove per condannarla, però c'è il grosso sospetto che dovrebbe, quantomeno, indurre soprattutto i partiti politici a fare grossa pulizia, non soltanto essere onesti, ma apparire onesti, facendo pulizia al loro interno di tutti coloro che sono raggiunti comunque da episodi o da fatti inquietanti, anche se non costituenti reati.*”

[[93]]La dottrina maggioritaria ritiene che l’attributo “definitiva” significhi irrevocabile, stabilendo che la presunzione di innocenza operi sino al passaggio in giudicato della sentenza. Altra dottrina ha rilevato che da una lettura sistematica degli artt. 5 e 6 della CEDU emerga la possibilità di riconoscere effetto esecutivo a qualsiasi sentenza di condanna.

[[94]]Corte costituzionale sentenza n. 132/2001, punto 3 del considerato in diritto: deve escludersi che “*la disciplina in parola sia in contrasto con l’art. 27, c.3, Cost. L’ineleggibilità non ha a che fare con il trattamento penale o con le conseguenze penali dei reati, ma attiene alla definizione dei requisiti di accesso alle cariche*”.

[[95]]Corte Costituzionale, sentenza n. 118 del 1994.

[[96]]V. MARCENÒ, *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, cit., 623.

[[97]]Tar Campania Napoli, sez.I, ordinanza n.1801, 30 ottobre 2014, e relativo Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza n. 5343, 20 novembre 2014.

[[98]]Cassazione civile, Sez. I, sentenza 8 luglio 2009, n. 16052.

[[99]]M. CUNIBERTI, in R.BIN, S. BARTOLE. (a cura di), Commentario breve alla Costituzione, cit., 522. In questo senso anche ANAC, Autorità

Nazionale Anticorruzione, Parere n. 20516 del 02.12.2014, 2.

[[100]]A. BARONE, *L'istituto dell'incandidabilità nel d.lgs 235 del 2012*, Scuola Superiore di Catania, A.A. 2014/2015, cit.

[[101]]TAR Campania, Sez. I, Ordinanza n. 1801 del 30 ottobre 2014, 24.

[[102]]G. COCCO, *Punibilità e pene*, cit., 201.

[[103]]Cassazione civile, sez. III, sentenza n. 16206 del 18 marzo 2014.

[[104]]Cassazione Penale, Sez.III, n. 16206/2014: *“In tema di applicazione delle pene accessorie, la sanzione prevista nell'art. 28, comma 2, prima parte, c.p. (perdita dell'elettorato attivo e passivo) e quella dell'art. 15, comma 2, Legge Severino (incandidabilità a seguito di condanna penale passata in giudicato) sono pene accessorie diverse; infatti, nonostante siano entrambe pene accessorie afferenti alla stessa tipologia di bene giuridico tutelato, entrambe vengono disciplinate da due norme diverse; pertanto, è configurabile, essendo posizioni diverse, l'ipotesi di applicazione contestuale.”*

[[105]]Corte costituzionale, sentenza n. 132/2001, punto 3 del considerato in diritto.

[[106]]F. MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, Padova, 2001, 762 ss. Secondo l'autorevole dottrina penale *“concettualmente la pena è la limitazione del diritto del soggetto quale conseguenza della violazione di un obbligo, che è comminata per impedire tale violazione e ha carattere eterogeno rispetto all'obbligo stesso.”* Caratteristiche coesenziali della pena retributiva sono individuate dalla citata dottrina nei seguenti elementi: la personalità della pena, la proporzionalità, la determinatezza, e l'inderogabilità della pena. Si evidenzia, inoltre, come in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata un altro principio è quello dell'umanizzazione della pena ex art. 27 cost. Quest'ultimo principio si completa con i principi di personalità della pena e del suo finalismo rieducativo.

[[107]]F. MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, cit., 769.

[[108]]G. COCCO, *Punibilità e pene*, Manuale di Diritto penale parte generale, Padova, 2009, 200 ss.

[[109]]Così anche ANAC, Autorità Nazionale Anticorruzione, Parere n.

0020516 del 02.12.2014, pag 2. L. MANCANO, *Riflessioni in tema di incandidabilità*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, cit. “*La pronuncia giudiziale verrebbe in considerazione solo come fatto storicamente verificatosi, come mero requisito oggettivo da cui discende il giudizio di indegnità morale.*”

[[110]]V. MARCENÒ, *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, cit., 621.

[[111]]L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), nel parere n. 20516/2014, reso il 2 dicembre 2014, fa espresso riferimento Accanto alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, del 9 giugno 1976 *Engel e altri Vs. Paesi Bassi*, con la quale vengono enucleati i tre presupposti, denominati i tre criteri *Engel*, necessari affinché possa attribuirsi qualificazione penalistica ad una sanzione. Detti criteri consistono: nella qualificazione dell'illecito operata dal diritto interno, nella natura dell'illecito, e nella gravità della sanzione. a tale pronuncia e svolge un'attenta analisi di ciascun criterio *Engel* rapportandolo all'istituto della sospensione come sanzione penale. Si condivide l'assunto, evidenziato nel predetto parere, e ribadito *supra*, per cui il d.lgs. n. 235/2012 non fornisca una qualificazione dell'istituto sospensivo tale da equipararlo ad un effetto penale o ad una pena accessoria, in quanto quest'ultima deve essere applicata dal giudice penale, nel caso di specie il Tribunale di Roma ha previsto l'interdizione dai pubblici uffici per il periodo di un anno.

[[112]]A.RACCA, *Problematiche costituzionali del nuovo regime dell'“incandidabilità” per le cariche elettive (e di governo) nell'ordinamento italiano*, cit., 16.

[[113]]In questo senso A. RACCA, cit., e: Cass. Civ. Sez. Fer., sent. 27 ottobre 1993, n. 10700; conformi Cass. civ., sez. I, 27 maggio 2008, n. 13831; Id., 21 aprile 2004, n. 7593. Conformi da ultime, successivamente all'approvazione del d.lgs. n. 235/2012, Cons. Stato, Sez. V, sent. 6 febbraio 2013, n. 695; TAR Lazio-Roma, 8 ottobre 2013, n. 8696.

[[114]]Ci si riferisce alla *supra* citate sentenze: Corte costituzionale n. 132/2001, e Consiglio di Stato n. 695/2013.

[[115]]Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Affaire Korbely v. Hongrie, 19 settembre 2008, ric. n. 9174/2002 e Affaire Ozgurluk Dayanisma Partisi v. Turchia, 10 maggio 2012, ric. n. 7819/2003, in virtù delle quali costituisce principio giuridico originario quello secondo il quale nessuno può andare incontro ad una sanzione non prevista al momento non prevista al

momento della commissione del fatto, intendendo per sanzione qualsiasi misura suscettibile di incidere in modo afflittivo sulla sfera giuridica del soggetto e tenendo presente che la violazione del principio di irretroattività può avere origine non solo da quanto statuito in via legislativa, ma anche dall'applicazione delle norme seguita dalla citata giurisprudenza.

[[116]]S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, CEDAM, 2012, sub art. 7, 259 ss.

[[117]]A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit; A.BARONE, *L'istituto dell'incandidabilità nel d.lgs 235 del 2012*, Scuola Superiore di Catania, cit.

[[118]]A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit.

[[119]]A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit.

[[120]]L'approccio non formalistico di derivazione sovranazionale ha indotto il Giudice delle leggi a riconoscere la natura giurisdizionale dei procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione (sentenza n. 93/2010) e delle misure di sicurezza (sentenza n. 135/2014), assicurandone lo svolgimento in udienza pubblica. A sostegno della natura sanzionatoria degli istituti ex legge Severino, la dottrina evidenzia come alla materia penale sia stata ricondotta la misura della confisca antimafia dei beni, ex art. 2-ter legge n. 575 del 1965, alla quale si riconosce la natura «oggettivamente sanzionatoria» alla luce delle figure sintomatiche elaborate a Strasburgo. Cass. Sez. V, sentenza 13 novembre 2012 – 25 marzo 2013, n. 14044. Così A. PUGIOTTO, cit.

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

[[122]]La Corte costituzionale ha anche precisato come “la necessità «che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» risulti pur sempre «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25,

*secondo comma, della Costituzione» (sentenza n. 78 del 1967)”. La dottrina maggioritaria, sulla base di quanto ivi contenuto evidenzia come la Corte costituzionale affermi che anche per la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati, ex legge n. 689/1981, sia stabilito che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» (art. 1, primo comma), “dettando, così, una regola che si pone come principio generale di quello specifico sistema.” (Corte costituzionale sentenza n. 196/2010, punto 3.1.5. del considerato in diritto).*

[[123]]A. SEVERINI, *La presunta incostituzionalità del Decreto Severino: tattica dilatoria o dubbio non manifestamente infondato?*, in Osservatorio Aic, ottobre 2013, 9.

[[124]]Corte costituzionale sent. n. 141/1996, richiamata di recente nella Sentenza n. 2590 dell'8 maggio 2015 Tar Campania, Sezione Seconda, per affermare l'infondatezza del ricorso avente ad oggetto l'asserita incandidabilità del dott. De Luca all'elezioni per la Regione Campania.

[[125]]Corte costituzionale sentenza n. 141/1996.

[[126]]Il codice di procedura penale agli artt. 568 e ss. disciplina le impugnazioni, prevedendo come regola generale, ex art. 585 c.p.p., i termini di quindici, trenta e quarantacinque giorni per proporle, a seconda del momento in cui è stata depositata la motivazione della sentenza ex art. 544 c.p.p. Decorsi inutilmente tali termini, la sentenza passa in giudicato ex art. 648 e ss. c.p.p.

[[127]]Ci si riferisce a quello che la cronaca ha già definito il “caso De Luca”. Il Sindaco di Salerno, Vincenzo De Luca, è stato condannato il 21.01.2015 dalla II sez. Trib. Salerno ad 1 anno di reclusione per *abuso d'ufficio ex art 323 c.p.*, e *interdetto per un anno dai pubblici uffici* (pena sospesa condizionalmente ex art. 163 c.p.) commesso in relazione alla vicenda sull'appalto del termovalorizzatore del 2008. Il vice prefetto vicario Giovanni Cirillo ha emesso il decreto di sospensione, la cui esecuzione è stata temporaneamente sospesa a seguito dell'accoglimento dell'istanza cautelare da parte del Tar Salerno con ordinanza del 23.01.2015. Poiché la legge Severino, all'art. 7 nulla dice circa l'incandidabilità alle cariche elettive regionali di coloro che abbiano riportato condanna non definitiva per i delitti di cui *supra*, consente a colui, come De Luca, nei cui confronti sia stata emessa sentenza non definitiva di candidarsi e

partecipare alle elezioni regionali.

[[128]]Corte costituzionale, sentenza n. 352/2008, punto 4 considerato in diritto.

[[129]]Art. 46 Statuto campano prevede che: *“Il Presidente della Giunta regionale è eletto a suffragio universale e diretto contestualmente alla elezione del Consiglio regionale, di cui è componente. Nella seduta di insediamento il Presidente della Giunta regionale espone il programma di governo al Consiglio, che ne discute. Il Presidente della Giunta regionale nei dieci giorni successivi nomina, nel pieno rispetto del principio di una equilibrata presenza di donne ed uomini, i componenti la Giunta, tra i quali un vice-presidente, e ne dà comunicazione al Consiglio regionale nella prima seduta successiva alla nomina per la espressione del gradimento di cui all’articolo 48. (...) La sfiducia, la rimozione, l’impedimento permanente, la morte o le dimissioni volontarie del Presidente della Giunta regionale comportano le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio. Gli stessi effetti conseguono alle dimissioni contestuali della maggioranza dei componenti il Consiglio. In caso di morte, di impedimento permanente o di dimissioni volontarie del Presidente della Giunta regionale, il vice-presidente, la Giunta regionale e il Consiglio regionale rimangono in carica per l’esercizio dell’ordinaria amministrazione fino all’insediamento dei nuovi organi. In caso di votazione di sfiducia o di dimissioni contestuali della maggioranza dei componenti del Consiglio, il Presidente della Giunta regionale, la Giunta e il Consiglio rimangono in carica per l’esercizio dell’ordinaria amministrazione fino all’insediamento dei nuovi organi.”*

[[130]]L’art. 11, co.4. d.lgs. 235/2012 precisa che *“in tal caso la sentenza o il provvedimento di revoca devono essere pubblicati nell’albo pretorio e comunicati alla prima adunanza dell’organo che ha proceduto all’elezione, alla convalida dell’elezione o alla nomina”*.

[[131]]Negli articoli successivi si effettuano precisazioni relative ai casi di incandidabilità in ipotesi di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p., ed infine vi sono le disposizioni transitorie e finali.

[[132]]Tar Campania, Sezione Seconda, sentenza di rigetto n. 2590/2015 dell’8 maggio u.s., con cui ha respinto il ricorso n. 2315/2015, in quanto la disciplina della legge Severino (art. 7) prevede che l’incandidabilità operi solo nei confronti

di coloro che abbiano riportato una sentenza penale di condanna passata in giudicato, e non verso gli eletti nei cui confronti sia stata emessa solamente sentenza non definitiva. La situazione paradossale a cui conduce l'applicazione del d.lgs. n. 235/2012, è quella che si prospetterebbe se il dott. De Luca vincessesse le elezioni e venisse eletto: egli dovrebbe essere sospeso dalla carica ex art. 8 del decreto medesimo.

[[133]]Prevalenza supportata da un'ulteriore argomentazione: quella della natura emergenziale del contesto in cui la disciplina in oggetto si inserisce. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 407/1992, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto alcuni articoli della legge n. 55/1990, ha utilizzato l'argomentazione della natura emergenziale del contesto in cui si inseriva la normativa impugnata. Ha affermato la ragionevolezza delle misure introdotte dalla stessa, in relazione alla gravità dei reati considerati ai fini dell'applicazione delle stesse, e del "*crescente aggravarsi del fenomeno della criminalità organizzata e dell'infiltrazione dei suoi esponenti negli enti locali*". Chi scrive ritiene che tale situazione emergenziale sussista ora come allora, e debba, per tale ragione, applicarsi la disciplina del d.lgs. n. 235/2012 anche ai casi ancora pendenti, anche qualora la sentenza di condanna, non definitiva, sia stata emessa prima dell'entrata in vigore dello stesso.

[[134]]Può ipotizzarsi che il Giudice delle leggi sarà investito dal giudice ordinario, dinnanzi al quale sono state rimesse le parti, di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto gli artt. 10 e 11 del d.lgs. n. 235/2012, in ordine alla loro applicazione retroattiva, e come parametro presumibilmente gli artt. 11 disp. prel. c.c. e 25, co.2 Cost., con un'argomentazione interpretativa, forse, meno originale di quella prospettata dal giudice amministrativo. Si ritiene che i problemi derivanti dalla natura e dalla durata dell'istituto sospensivo, trattati in questa sede, investiranno anche la q.l.c. che solleverà il giudice ordinario, portando alla luce, ancora una volta, l'esigenza di riordino della materia da parte del legislatore.



# *Costituzionalismo.it*

*Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014* Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**  
Giuditta **BRUNELLI**  
Paolo **CARETTI**  
Lorenza **CARLASSARE**  
Elisabetta **CATELANI**  
Pietro **CIARLO**  
Claudio **DE FIORES**  
Alfonso **DI GIOVINE**  
Mario **DOGLIANI**  
Marco **RUOTOLO**  
Aldo **SANDULLI**  
Massimo **VILLONE**  
Mauro **VOLPI**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)

## Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Marco **BETZU**, Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**, Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**, Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**, Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**, Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**