

Un'ordinanza di rimessione per il decreto Severino: «tanto tuonò che piovve!»*

di Sara Lieto **
(25 novembre 2014)

1. Introduzione

Il tema della irretroattività/retroattività della legge è complesso e sembra porsi nei termini di regola/eccezione. Nell'ordinamento giuridico, infatti, vige il principio generale dell'irretroattività della legge, nel senso che essa può disporre solo per il futuro, come è stabilito dall'art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale. Si tratta di un principio, non di rango costituzionale ma primario, che può, pertanto, essere derogato dal legislatore. In Costituzione, invece, assume rango costituzionale il principio dell'irretroattività della legge penale; infatti, l'art. 25, comma 2, Cost, stabilisce che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Rispetto al principio generale dell'irretroattività si pone poi l'art. 2 c.p., secondo cui sono retroattive le leggi penali più favorevoli al reo.

Sulla base di questi due principi, la generale irretroattività della legge e l'irretroattività della legge penale sanzionatoria, va ripercorso l'impianto argomentativo dell'ordinanza del Tar Campania (I sezione) n. 01801/2014 in relazione alla questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, cd. decreto Severino.

Delle quattro questioni di legittimità costituzionale eccepite dal ricorrente, il Tar ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, primo comma, lettera a) del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, in relazione all'art.10, primo comma lettera c) del medesimo decreto legislativo *perché la sua applicazione retroattiva* si pone in contrasto con gli artt. 2, 4, secondo comma, 51, primo comma e 97, secondo comma della Costituzione¹.

L'impostazione data dal Tar alla questione di legittimità costituzionale si basa su un ragionamento secondo cui se la Costituzione pone a garanzia dei diritti fondamentali una riserva di legge, tale riserva implica anche l'applicazione di quei principi (come l'irretroattività) che a tale fonte di produzione sovrintendono. Pertanto, il principio dell'irretroattività, sancito dall'art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale, in quanto implicito nella riserva di legge, che è posta da una norma superprimaria a garanzia dei diritti, pur non essendo costituzionale ne assumerebbe il rango².

Tenuto conto dei parametri invocati dal giudice *a quo*, lo schema seguito è il seguente: la riserva di legge è prevista dall'art. 97, comma 2 («I pubblici uffici sono organizzati *secondo*

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Art. 11 (*Sospensione e decadenza di diritto degli amministratori locali in condizione di incandidabilità*): «1. Sono sospesi di diritto dalle cariche indicate al comma 1 dell'articolo 10: a) coloro che hanno riportato una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati all'articolo 10, comma 1, lettera a), b) e c); (omissis)»; Art. 10 (*Incandidabilità alle elezioni provinciali, comunali e circoscrizionali*): «1. Non possono essere candidati alle elezioni provinciali, comunali e circoscrizionali e non possono 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, consigliere di amministrazione e presidente delle aziende speciali e delle istituzioni di cui all'articolo 114 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, presidente e componente degli organi delle comunità montane: (omissis) c) 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; (omissis)».

² «[...] 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; di conseguenza, essendo il divieto di retroattività di cui all'art. 11 delle Disposizioni sulla Legge in Generale, 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 la chiama a disciplinare e proteggere».

disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione») e dall'art. 51, comma 1 («Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini»), il diritto che si assume lesa è quello di accesso alle cariche elettive (art. 51, comma 1 Cost.), da mettere in relazione con il fondamento costituzionale del lavoro ex art. 4, comma 2 Cost. («Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»), nell'ambito della più ampia copertura costituzionale riservata dall'art. 2 Cost. ai diritti fondamentali («La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»).

Si tratta di una impostazione della questione che induce, tuttavia, a chiedersi se, forse, sarebbe stato più persuasivo, anche se non esente da criticità, il ricorso allo schema del parametro interposto, intendendo l'art. 11 come una norma di rango primario – quale è – la cui violazione realizzerebbe a sua volta la violazione del parametro costituzionale, che tutela i diritti fondamentali, anche attraverso la garanzia della riserva di legge, piuttosto che, per assimilazione – attraverso una serie di rimandi – far assurgere un principio di rango primario ad un livello superprimario, con tutti gli effetti conseguenti nel sistema della gerarchia delle fonti.

Tra il principio generale della irretroattività della legge ed il principio costituzionale della irretroattività della legge penale, il giudice *a quo*, in relazione ai presupposti su cui fondare la questione di legittimità costituzionale, esprime un'opzione chiaramente a favore del primo. La scelta, da un certo punto di vista, è comprensibile, in quanto indicare l'art. 25 Cost. tra i parametri che si presume siano stati lesi dalla norma impugnata, avrebbe comportato per il giudice *a quo* di dovere necessariamente presupporre che la sospensione dalle cariche elettive (a seguito di condanna non definitiva) sia ascrivibile alla categoria delle sanzioni penali accessorie, intraprendendo in questo modo un percorso per niente agevole, tenuto conto, tra le altre cose, di alcune recenti sentenze del Consiglio di Stato³, che non solo nega la natura sanzionatoria penale di tali fattispecie (incandidabilità, sospensione, decadenza), ma più in generale nega che possano essere intese come fattispecie in senso ampio sanzionatorie⁴.

2. Aspetti critici di natura interpretativa

Come è noto il d.lgs. n. 235 del 2012 è il 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. Si tratta, dunque, di un atto normativo la cui finalità è quella di garantire che i soggetti che svolgono o che aspirino a svolgere cariche pubbliche anche di natura elettiva rispondano a dei requisiti elevati di moralità, in coerenza con l'art. 54, comma 2 Cost. e dunque con i principi della disciplina e dell'onore cui deve essere orientata la condotta di coloro ai quali sono affidate funzioni pubbliche. Tra gli

³ Consiglio di Stato, V sezione, sent. n. 695/2013 (ipotesi di incandidabilità) e Consiglio di Stato, III sezione, sent. n. 730 del 2014 (ipotesi di sospensione).

⁴ Si v. il paragrafo 3.1 della sentenza n. 695/2013: «Il fine primario è quello di allontanare dallo svolgimento del rilevante *munus* pubblico i soggetti la cui radicale inidoneità sia conclamata da irrevocabili pronunzie di giustizia. In questo quadro la condanna penale irrevocabile è presa in considerazione come mero presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di “indegnità morale” a ricoprire determinate cariche elettive: la condanna stessa viene, quindi, configurata alla stregua di “requisito negativo” o “qualifica negativa” ai fini della capacità di partecipare alla competizione elettorale e di mantenere la carica. [...]». Ed ancora Tar Lazio (sezione seconda bis) n. 6834/2013: «[...] l'incandidabilità non è un aspetto del trattamento sanzionatorio penale del reato, ma si traduce nel difetto di un requisito soggettivo per l'elettorato passivo (Cassazione civile, sez. I, 27 maggio 2008, n. 13831».

istituti previsti a salvaguardia della moralità delle istituzioni è contemplata, per gli amministratori locali, anche la fattispecie della sospensione dalle cariche di coloro che hanno riportato una condanna non definitiva per specifiche tipologie di reato.

Il c.d. decreto Severino, tuttavia, già all'indomani della sua entrata in vigore, ha suscitato una serie di interrogativi, tutti sostanzialmente riconducibili all'efficacia della legge nel tempo. Intenso è stato infatti il dibattito – soprattutto a livello politico - su diversi aspetti del decreto, prevalentemente collegati al tema della retroattività/irretroattività della legge.

Innanzitutto, si è discusso, e ancora si discute, sulla natura delle fattispecie previste e cioè se esse siano da intendere come sanzioni accessorie di natura penale (o più genericamente come misure di natura sanzionatoria) o siano invece inquadrabili come requisiti soggettivi di tipo negativo⁵, che devono informare il profilo del candidato o dell'eletto. Nel primo caso, infatti, opererebbe il limite dell'irretroattività delle norme sanzionatorie, nel secondo, invece, la deroga alla irretroattività della legge da parte del legislatore potrebbe trovare una sua legittima giustificazione, non trattandosi nella fattispecie di una norma penale.

Un altro problema interpretativo, sempre connesso al tema dell'efficacia temporale della legge, ha suscitato il dubbio se la disciplina debba porsi in relazione al tempo del commesso reato o al tempo della sentenza di condanna. Nel primo caso infatti – presupposta l'irretroattività della legge – qualora il fatto sia ad essa anteriore, gli effetti della legge non si produrrebbero, anche nel caso in cui la condanna sia intervenuta successivamente. Si tratta tuttavia di una lettura recessiva, che non sembra trovare alcun fondamento, tenuto conto della *ratio* del decreto, la cui finalità è garantire un elevato grado di dignità morale di coloro che rivestono cariche pubbliche, che evidentemente si misura a partire dalla loro rispondenza a dei requisiti soggettivi specifici verificabili anche sul piano della responsabilità penale giudizialmente accertata. Da questo punto di vista, infatti, non assume alcuna rilevanza la circostanza se la condanna sia intervenuta anteriormente o successivamente all'entrata in vigore della legge, sussistendo in entrambi i casi un pregiudizio delle condizioni essenziali di affidabilità dei candidati o degli eletti nel ricoprire cariche pubbliche⁶.

In altre parole, ed in sintesi, i nodi interpretativi posti dal decreto Severino si fondano essenzialmente sulla natura complessiva del testo, e cioè se lo stesso sia ascrivibile alla sfera penale e più precisamente all'ambito delle norme penali sanzionatorie, assumendo

⁵ In tal senso, si v. sent. Corte cost. n. 118 del 1994, in cui – a proposito della legge n. 16 del 1992 - si sottolinea: «la legge medesima non contempla altro che “nuove cause di ineleggibilità che il legislatore ha ritenuto di configurare in relazione al fatto di aver subito condanne (o misure di prevenzione) per determinati delitti di particolare gravità” (cfr. cit. sent. n. 407 del 1992). In altre parole, per quanto riguarda l'ipotesi in esame, la condanna penale irrevocabile è stata presa in considerazione come mero presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di “indegnità morale” a ricoprire determinate cariche elettive: la condanna stessa viene, cioè, configurata quale “requisito negativo” ai fini della capacità di assumere e di mantenere le cariche medesime. [...] Non è certamente violato, in primo luogo, l'art. 25, secondo comma, della Costituzione, per il principale motivo che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'invocato principio si riferisce alle sole sanzioni penali (cfr. sentt. nn. 823 del 1988, 250 del 1992); d'altra parte, come lo stesso remittente riconosce, nella specie si è in presenza della ordinaria operatività immediata di una legge, e non di retroattività in senso tecnico, con effetti, cioè, *ex tunc*. Parimenti non risultano lesi gli art. 51, primo comma, e 3 della Costituzione, censure che vanno esaminate - così come sono prospettate - congiuntamente. Alla luce della *ratio* della normativa come sopra individuata, non appare, invero, affatto irragionevole che questa 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 della legge in esame, l'incidenza negativa della disciplina medesima anche sul mantenimento delle cariche elettive in corso al momento della sua entrata in vigore».

⁶ In questo senso anche Consiglio di Stato, V sezione, sent. n. 695/2013, paragrafo 3.1: «Una diversa opzione ermeneutica, la quale desse rilievo solo alle sentenze di condanna successive, costituirebbe, invece, una deroga al regime ordinario in quanto implicherebbe un regime di ultra-attività della precedente disciplina più favorevole».

le fattispecie previste il carattere di misure accessorie alla condanna e sia dunque il fattore punitivo a prevalere, o viceversa esso sia riferibile alla sfera amministrativa, in cui le fattispecie previste integrino essenzialmente dei requisiti la cui sussistenza o meno l'amministrazione competente deve semplicemente constatare. Lo stesso giudice *a quo*, su tale questione, non sembra assumere una posizione decisa, anche se in merito alla sospensione, pur non riconoscendovi natura penale, afferma che ad essa «difficilmente possa essere negata efficacia sanzionatoria». Il rilievo penale, ed il conseguente riferimento all'art. 25 Cost., viene dunque escluso, pur continuando a non ritenersi in dubbio la rilevanza sanzionatoria dell'istituto, di per sé riferibile a quegli «istituti e regimi in buona parte assimilabili alle sanzioni penali». Tale posizione, tuttavia, non sembra rivelarsi di particolare aiuto sul piano argomentativo, in quanto la soluzione intermedia basata su un generico concetto di assimilazione non risolve nella sostanza la questione. In un certo senso, il giudice *a quo* avrebbe dovuto assumere – a quel punto - una posizione più netta - anche se più in aperto contrasto con la giurisprudenza di riferimento – e porre a presupposto della questione la natura di sanzione sostanzialmente penale della sospensione. In questa prospettiva – tenuto conto anche della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul concetto di sanzione⁷- il giudice *a quo* avrebbe potuto forse tentare una qualificazione della sospensione come sanzione penale mediante valutazioni più sostanziali, evidenziandone maggiormente il carattere punitivo o l'intensità del sacrificio che ne discende. Ma evidentemente sarebbe stato difficile, comunque, nel caso in questione, sostenere argomenti in tal senso.

Un altro aspetto importante da sottolineare riguarda il modo in cui il giudice *a quo* si relaziona alla giurisprudenza della Corte costituzionale, in particolare alla sentenza n. 118 del 1994, che – tra l'altro - espressamente richiama. Con tale pronuncia la Corte, in relazione a questioni analoghe a quella posta dal giudice *a quo*, fonda le sue argomentazioni chiarendo innanzitutto qual è la *ratio* della legge. Si tratta, nella fattispecie, della legge n. 16 del 1992 (Norme in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali), posta a tutela dell'interesse preminente delle funzioni connesse alle cariche elettive, che non possono essere ricoperte da coloro che incorrano in giudizi di indegnità morale a seguito di condanne irrevocabili per alcune tipologie di delitti. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la deroga al principio di irretroattività sia giustificata e che nell'ambito del bilanciamento la limitazione del diritto di elettorato passivo possa trovare una sua ragionevole giustificazione a fronte dell'interesse, prevalente, della moralità delle istituzioni pubbliche.

Sebbene si tratti di ipotesi distinte, nell'un caso di sospensione per sentenza non definitiva, e nell'altro di incandidabilità o cessazione dalla carica a seguito di sentenza irrevocabile, non sembra si possa negare la riconducibilità di entrambe le fattispecie alla medesima *ratio*. Ciò nonostante, dall'ordinanza del giudice *a quo*, sembra emergere un dubbio in proposito. Infatti, il Tar, pur convenendo con l'orientamento espresso dalla Corte, che giustifica nel caso di specie la deroga da parte del legislatore all'irretroattività della legge per garantire con maggiore pienezza l'interesse alla moralità delle istituzioni elettive⁸, afferma che tale interpretazione non consente, tuttavia, di risolvere «i pregiudiziali problemi di compatibilità costituzionale della normativa applicata al caso concreto, dal momento che la vicenda sottoposta all'esame del Collegio riguarda un provvedimento di sospensione adottato a seguito e per effetto di una condanna penale

⁷ A partire dalla sentenza 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel v. Olanda* alla recente sentenza de 14 gennaio 2014, caso n. 32042/11, *Muslija v. Bosnia Herzegovina*.

⁸ In questo senso, del resto, si v. in dottrina L. Paladin, *Appunti sul principio di irretroattività delle leggi*, in Foro amm., I, 1959, il quale, a proposito della presunzione di irretroattività della legge, osserva che «la presunzione stessa è superabile, purché la formulazione della legge sia tale che, interpretata irretroattivamente, questa perderebbe, in tutto o in parte, il proprio significato, né riuscirebbe a raggiungere le proprie "finalità"», p. 947.

non definitiva, non essendosi, quindi, in presenza di una pronuncia irrevocabile come, invece, nei casi esaminati nei citati precedenti giurisprudenziali».

3. Impianto argomentativo del giudice *a quo*

Che nel caso di specie possa essere riscontrabile una violazione del principio dell'irretroattività della legge, il Tar lo sostiene essenzialmente attraverso due piani argomentativi: 1) «Innanzitutto, vi è la natura sanzionatoria dell'istituto della sospensione»; 2) «Il secondo presupposto, [...], è costituito dall'efficacia retroattiva dell'istituto della sospensione dalla carica, applicato in presenza di una condanna penale non definitiva».

Per quanto riguarda la natura sanzionatoria della fattispecie, tre sono i rilievi del Tar. In primo luogo, esso evidenzia nel caso in questione la previsione di una presunzione assoluta di inidoneità, senza valutazioni inerenti il fatto concreto giudicato, ma sulla base della sola fattispecie astratta di reato. In secondo luogo, esso sottolinea che riconoscere agli istituti della incandidabilità, decadenza, sospensione natura sanzionatoria non vuol dire non poter riconoscere ad essi ulteriori finalità, quale quella di garanzia della moralità delle istituzioni. Infine, in considerazione del sacrificio del diritto all'elettorato passivo e dell'automatismo della causa limitativa, la discrezionalità del legislatore non potrebbe spingersi «fino al punto di negare natura di vera e propria sanzione ad istituti tanto incisivi sull'esercizio di un diritto costituzionale, quale quello di accesso alle cariche pubbliche di cui all'art. 51 della Carta».

Il primo aspetto che il giudice *a quo* intende, dunque, consolidare è la natura sanzionatoria della fattispecie, senza spingersi al punto da riconoscerne rilevanza penale. Non sembra tuttavia di immediata evidenza - nonostante nel ragionamento emerga un tentativo di consequenzialità - il nesso tra il concetto generico di sanzione, che si ritiene configurabile nella fattispecie, e l'irretroattività della legge. Infatti, anche a voler riconoscere una natura genericamente sanzionatoria dell'istituto, ciò non implica alcun irrigidimento del principio di irretroattività della legge al punto da non poterne configurare una deroga, dal momento che se non fosse retroattiva essa probabilmente non raggiungerebbe la sua finalità⁹. Diverso sarebbe il discorso se la sanzione avesse rilievo penale, in tal caso infatti sarebbe un principio di rango costituzionale ad impedirne la retroattività.

Ma si assuma pure il ragionamento fin qui condotto dal giudice *a quo* nel ritenere la fattispecie considerata quale sanzione e irretroattiva la legge che la contempla, è evidente però che l'impianto così delineato è debole. Infatti, argomenti idonei a sostenere che, nel caso, il legislatore non possa prevedere istituti (la cui natura, a meno che non sia penale, - a questo punto - è irrilevante) con efficacia retroattiva - derogando appunto al principio di rango primario dell'irretroattività della legge - non ne vengono proposti dal giudice *a quo* se non - nel progredire del suo ragionamento - quello secondo cui il principio di rango primario dell'irretroattività si "trasformerebbe" in uno di rango costituzionale¹⁰.

Siamo dunque al secondo piano argomentativo, al quale si è già fatto riferimento nell'introduzione. Si tratta - come si diceva - di una impostazione che ruota attorno al concetto di riserva di legge, per cui laddove la Costituzione pone una riserva di legge a tutela di un diritto fondamentale, l'irretroattività che informa tendenzialmente quella

⁹ Se infatti l'intento del legislatore è quello di garantire le pubbliche istituzioni, soprattutto quelle elettive, qualora la legge non fosse retroattiva, tali istituzioni potrebbero essere ricoperte da soggetti condannati, che non rispondono ai requisiti di integrità che il loro ruolo comporterebbe.

¹⁰ Sul tema vi è una dottrina consolidata, a partire da G. Azzariti, *Il principio della irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1955, il quale sottolinea: «Che la irretroattività della legge sia una regola generale tra le più fondamentali dell'ordinamento giuridico, è cosa sicurissima. Ma molto dubbio sarebbe, a mio avviso, attribuire ad essa carattere di principio costituzionale. In ogni modo non si tratterebbe mai di un principio inderogabile, nel senso che presentemente, in regime di costituzione rigida, le leggi ordinarie non possono più conferire efficacia retroattiva ad alcuna delle proprie norme, occorrendo a questo scopo una legge costituzionale emanata nelle forme prescritte nell'art. 138 della Costituzione», p. 622.

specifica fonte (la legge) assume, per assimilazione con il diritto protetto, rango costituzionale. Sembra tuttavia trattarsi di un percorso non del tutto convincente, che – tra l'altro – se avesse qualche possibilità di accoglimento implicherebbe, come conseguenza, che per il tramite della riserva di legge – che è posta sempre a garanzia dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati – il principio dell'irretroattività debba intendersi definitivamente costituzionalizzato¹¹. Soluzione questa discutibile, in quanto preclusiva della discrezionalità legislativa, che deve poter trovare espressione non solo sul piano dei contenuti ma anche degli effetti temporali, salvo il limite espresso ex art. 25 Cost. ed i limiti rappresentati dagli altri principi costituzionali, che siano in qualche misura compromessi¹². In realtà, come si è già evidenziato, il tema della irretroattività/retroattività è molto complesso ed assume una posizione di speciale rilievo nell'ambito della teoria generale del diritto¹³. In particolare, sul concetto di retroattività molti orientamenti in dottrina sono stati elaborati, finanche nel senso di esprimere una sua sostanziale inadeguatezza concettuale, dovendo esso in sostanza «la propria perdurante fortuna semplicemente alla necessità di dare un qualche contenuto al principio di irretroattività»¹⁴. Come è stato osservato, «nella misura in cui non è legislativamente definita, la nozione di irretroattività non ha – ovviamente – maggiore consistenza di quella di retroattività e – anzi – sta e cade con essa»¹⁵. Tuttavia, essendo comunque il principio di irretroattività contemplato dal diritto positivo anche se non definito, particolare interesse – anche ai fini della specifica riflessione – potrebbe assumere l'ipotesi che ad esso possa essere dato un contenuto precettivo a seconda del soggetto che vi si relaziona. Il giudice, ad esempio, a meno che il legislatore non sia intervenuto con norme che definiscono gli ambiti di efficacia della legge nel tempo, dovrebbe interpretare la legge sulla base di una «presunzione di minimo impatto temporale», cioè minimizzando il suo impatto sul passato¹⁶. Mentre per il legislatore, pur non essendo il principio di rango costituzionale, il precetto dell'irretroattività dovrebbe operare in modo 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»¹⁷.

¹¹ Va tuttavia segnalata in dottrina la posizione di L. Paladin, *Appunti sul principio di irretroattività delle leggi*, cit., il quale – in una prospettiva che sembra porsi in linea con quanto sostenuto dal Tar – ritiene che se da un lato non si può ritenere quello di irretroattività come un principio implicitamente costituzionale, la sua rilevanza costituzionale può essere invece positivamente reperibile «in campi ben individuati, come in quello penale (art. 25, II comma Cost.) 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. Al di fuori di questi settori, viceversa, l'affermazione che l'irretroattività delle leggi rappresenti un imperativo della Costituzione (materiale?) appare gratuita o, almeno, non ha fino ad oggi ricevuto sufficiente dimostrazione», p. 948.

¹² In questo senso, si v. sent. Corte cost. n. 229 del 1999: «Questa Corte ha infatti ripetutamente precisato che il divieto di retroattività della legge - pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento, cui il legislatore deve in linea di principio attenersi - non è stato tuttavia elevato a dignità costituzionale, se si eccettua la previsione dell'art. 25 Cost., limitatamente alla legge penale (*ex plurimis*, sentenze n. 397 del 1994, n. 155 del 1990, n. 13 del 1977). Il legislatore ordinario, pertanto, nel rispetto del suddetto limite, può emanare norme con efficacia retroattiva, interpretative o innovative che esse siano, 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 (ancora, tra le tante, sentenze n. 432 del 1997, n. 376 del 1995, n. 153 del 1994)».

¹³ Sul tema la letteratura è molto vasta. Si v., in ogni caso, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano: le fonti normative, la Corte costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 188 ss.; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991; G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984; R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, in Commentario del Codice civile, a cura di A. Scialoja e S. Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 42 ss.

¹⁴ Così 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, p. 1831.

¹⁵ Ivi, p. 1832.

¹⁶ Ivi, p. 1833.

¹⁷ Ibidem.

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»¹⁸. Sembra questo un paradigma teorico particolarmente persuasivo, in cui la valutazione dell'impatto della legge sul passato viene posta in relazione con norme costituzionali specifiche, per il tramite della certezza e dell'affidamento¹⁹. Per quanto riguarda, in particolare, il concetto di affidamento, esso assume specifico rilievo laddove su un diritto costituzionalmente garantito l'impatto retroattivo della legge possa produrre effetti tali da determinarne una diminuzione. In altri termini, sarebbe la violazione stessa dell'affidamento a mettere «in dubbio la legittimità costituzionale dell'incidenza legislativa nel passato»²⁰. Il principio dell'affidamento, del resto, è stato in più occasioni rilevato dalla stessa Corte costituzionale quale elemento essenziale dello Stato di diritto e quale fattore di temperamento all'efficacia retroattiva della legge²¹. Nell'ambito di tali considerazioni, in una prospettiva di certezza del diritto, non può non essere prospettata in ogni caso l'esigenza in generale che la volontà retroattiva sia dal legislatore esplicitamente espressa, considerata la difficoltà talvolta di rilevarla sul piano interpretativo²². Questo, del resto, sembra un punto centrale nel caso in esame. Manca infatti nel testo una esplicita indicazione in termini di retroattività, dovendosi la stessa ricavare attraverso l'interpretazione. Se gli istituti della incandidabilità, decadenza e sospensione potessero essere pacificamente intesi quali sanzioni di natura penale, non ci sarebbero naturalmente dubbi in proposito. Trattandosi, invece, di fattispecie dubbie, sarebbe stata forse auspicabile da parte del legislatore una maggiore chiarezza in tal

¹⁸ Ivi, p. 1831.

¹⁹ Ivi, p. 1837, in cui l'A. osserva: «Sebbene certezza e affidamento siano assiologicamente connessi e tendano sovente a sovrapporsi praticamente, essi sono, nondimeno, strutturalmente, contenutisticamente e funzionalmente distinti. Strutturalmente, in quanto la certezza evoca un plesso di caratteristiche oggettive dell'ordinamento, mentre l'affidamento ha a che fare [...] soprattutto con i diritti (fondamentali) del cittadino. Contenutisticamente, in quanto la certezza esige conoscibilità, chiarezza e comprensibilità dei precetti normativi e (sebbene sovente lo si dimentichi) infallibilità nell'applicazione delle loro sanzioni (*lato sensu*, ovviamente, intese, e quindi sia come sanzioni negative che come sanzioni positive), mentre l'affidamento esige stabilità dei rapporti giuridici e prevedibilità delle scelte legislative. Funzionalmente, in quanto la certezza presidia l'efficienza e l'efficacia dell'ordinamento, mentre l'affidamento tutela la sfera di libertà (anche nel senso di autodeterminazione) degli individui nel loro rapporto con il pubblico potere».

²⁰ Ivi, p. 1840.

²¹ Si v., tra le altre, sent. Corte cost. n. 349 del 1985: «Osserva la Corte che nel nostro sistema costituzionale non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.). Dette disposizioni però, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche *l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica*, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto (v. sentt. n. 36 del 1985 e n. 210 del 1971)»; sent. Corte cost. n. 525 del 2000: «[...] *sull'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica*; principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere lesa da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti (v. le sentenze n. 416 del 1999 e n. 211 del 1997)»; sent. Corte cost. n. 446 del 2002: «In linea generale, *l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica* - essenziale elemento dello Stato di diritto - non può essere lesa da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori (sentenza n. 416 del 1999; in precedenza sentenze nn. 211 del 1997 e 390 del 1995, successivamente sentenza n. 525 del 2000 e ordinanze nn. 319 e 327 del 2001). Da tale principio discende che solo in questi limiti - in presenza di una legge avente, in settori estranei alla previsione dell'art. 25, comma 2, della Costituzione, portata ragionevolmente retroattiva - l'affidamento sulla stabilità della normativa previgente è coperto da garanzia costituzionale».

²² In tal senso, si v. F. Satta, *Irretroattività degli atti normativi*, in Enc. giur., XVII, il quale osserva: «In primo luogo, vi è un'istintiva avversione nei confronti di leggi che tolgono certezza al passato - più concretamente, che introducono una modifica in situazioni che si avevano per ormai consolidate -. Questa istintiva avversione è fatta propria dall'art. 11 delle preleggi, il cui primo comma statuisce che la legge dispone soltanto per l'avvenire. Assolutamente ovvia dal punto di vista di una mera analisi logica, in realtà la disposizione recepisce la diffusissima esigenza che la legge non sia ordinariamente retroattiva; ovvero, che lo sia, solo se, derogando, come ogni legge può, all'art. 11, esplicitamente si attribuisca questo carattere», p. 1.

senso. Ma a siffatte conclusioni si giunge, in tal caso, sulla base di un approccio interpretativo a carattere prevalentemente letterale, che può talvolta rivelarsi insufficiente, mentre invece della fattispecie in esame, andando oltre il dato letterale in un'ottica interpretativa logico-sistemica, in coerenza con l'univoca finalità della legge, sembra invece evidente l'efficacia retroattiva.

4. Orientamenti giurisprudenziali

Qualora gli istituti dell'incandidabilità, decadenza e sospensione siano intesi come requisiti negativi che attengono al profilo del candidato o dell'eletto, non sembra potersi configurare dunque alcun impedimento alla retroattività della legge, potendosi al più rilevare, nel caso di specie, una mancanza da parte del legislatore nel non averla espressamente dichiarata. Si tratterebbe comunque di una ipotesi di fisiologica manifestazione della discrezionalità legislativa, rispetto alla quale la Corte non potrebbe che assumere una decisione di inammissibilità della questione, ben potendo il principio di irretroattività – che non ha rango costituzionale – essere derogato²³. Se invece nella *ratio* della legge fosse l'elemento punitivo a prevalere, la previsione di effetti retroattivi, in questo caso, assumerebbe connotazioni patologiche, contravvenendo al principio costituzionale dell'irretroattività delle norme penali sanzionatorie.

Considerate queste due alternative, il *petitum* del giudice *a quo* sembra porsi a metà strada. Al di là della ricostruzione compiuta al fine di "costituzionalizzare" il principio di irretroattività della legge, su cui già sono stati espressi dubbi, va fatto anche un altro ordine di considerazioni. Come si ricordava all'inizio, la scelta del Tar di non intendere gli istituti come sanzioni penali in senso stretto è stata essenzialmente dettata dalla giurisprudenza amministrativa ed in particolare da una pronuncia del Consiglio di Stato (sent. n. 00753 del 6 febbraio 2013), che ha sul piano interpretativo escluso che nelle fattispecie previste dal decreto possa ravvisarsi alcun elemento punitivo. A questo punto, il Tar – pur non vigendo nel nostro sistema la regola del precedente vincolante – avrebbe anche potuto disattendere tale interpretazione e sostenere un punto di vista differente, intendendo gli istituti come fattispecie sanzionatorie e quindi sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 25 Cost. La Corte, però, si sarebbe così trovata di fronte ad un vincolo di diritto vivente, espresso dall'interpretazione degli istituti, da parte del Consiglio di Stato, come privi di natura sanzionatoria e quindi avrebbe potuto: o rigettare la questione del Tar, perché fondata su una interpretazione non conforme al diritto vivente, oppure accoglierla qualora avesse ritenuto l'interpretazione di diritto vivente della norma di per sé incostituzionale. Il discorso sarebbe stato diverso, naturalmente, se la questione di legittimità costituzionale del decreto Severino fosse stata sollevata prima delle pronunce del Consiglio di Stato; in questo caso, infatti, non essendosi ancora formato un orientamento giurisprudenziale, la Corte avrebbe potuto più agevolmente esprimere sul punto la propria interpretazione. In questo senso, pertanto, in occasione delle prime applicazioni del decreto ed in particolare nell'ipotesi di decadenza nel caso Berlusconi²⁴, la questione avrebbe forse dovuto essere posta al giudizio della Corte da parte della giunta per la verifica dei poteri del Senato, in qualità di giudice *a quo*²⁵.

Le cose sono andate però diversamente. Nonostante l'orientamento interpretativo del Consiglio di Stato, secondo cui nella finalità della legge non è l'interesse punitivo a doversi

²³ In questo senso si v. G. Azzariti, *Il principio della irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, cit., il quale osserva: «Ma la valutazione dei motivi che abbiano indotto il legislatore a disporre la retroattività sfugge al controllo dei giudici, perché esula dal campo giuridico della pura legittimità costituzionale, per rientrare in quello della opportunità e convenienza politica», p. 630.

²⁴ Il Senato, in applicazione del cd. decreto Severino, ha votato a favore della decadenza di S. Berlusconi il 27 novembre 2013, a seguito della sua condanna in via definitiva per frode fiscale.

²⁵ In tal senso, si v. S. Lieto, *Per un incremento di latitudine del controllo di costituzionalità. Estensione del concetto di giurisdizione per l'accesso in via incidentale, a partire dalla verifica dei poteri delle Camere*, in Rivista AIC, n. 1/2014.

ritenere prevalente quanto piuttosto quello di integrità delle istituzioni pubbliche²⁶, i dubbi evidentemente non sono stati del tutto fugati. Di qui la richiesta di controllo di costituzionalità da parte del Tar, che tuttavia non sembra essere stata impostata in maniera del tutto convincente. Il costrutto su cui il giudice *a quo* fonda, infatti, la questione di legittimità costituzionale risulta artificioso, implicando un processo di “costituzionalizzazione” di un principio di rango primario, che sostanzialmente determina un irrigidimento dell’irretroattività, che invece – salvo il limite della legge penale – deve poter contemplare effetti retrospettivi, sia pur in un’ottica di garanzia del legittimo affidamento dei cittadini sul piano dei diritti²⁷.

Vi è poi la questione della sospensione connessa ad una condanna non definitiva. Sul punto, il Tar, pur evidenziando la circostanza, non prospetta in merito a questo aspetto alcuna ipotesi di incostituzionalità. Esso piuttosto viene utilizzato, sul piano argomentativo, come elemento di differenziazione del caso in esame rispetto all’orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa, al cui giudizio sono state sottoposte ipotesi diverse dalla sospensione²⁸. In ogni caso, non ha costituito l’ipotesi dell’eccesso di delega – rappresentato dal ricorrente per non essere il caso della condanna non definitiva espressamente contemplato nell’ambito dei criteri e principi direttivi²⁹ – un argomento sufficientemente fondato per il giudice *a quo*, che infatti ha rigettato questa specifica eccezione³⁰. Del resto, l’interesse perseguito dal legislatore si pone nel solco della legge n. 55 del 1990, dove per la prima volta l’istituto della sospensione viene contemplato. In questo senso, come sottolinea il Consiglio di Stato, la legge n. 190 del 2012 «è stata concepita con la dichiarata finalità di rendere più efficaci e penetranti gli strumenti di prevenzione e repressione della corruzione, anche per adempiere agli obblighi internazionali assunti in questo senso»³¹, e sembra evidente inoltre – in base ad una

²⁶ Sull’argomento, in relazione alle prime applicazioni del decreto Severino, si v. V. Marcenò, *L’indegnità dei candidati e il suo tempo*, in Giur. cost., fasc. 1/2014, p. 621 ss.

²⁷ Si v. sent. Corte cost. n. 103 del 2013, *in diritto*, paragrafo 4, in cui si osserva: «[...] questa Corte ha individuato una serie di limiti generali all’efficacia retroattiva delle leggi, attinenti alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (sentenza n. 209 del 2010, citata, punto 5.1, del Considerato in diritto)».

²⁸ «[...] la vicenda sottoposta all’esame del Collegio riguarda un provvedimento di sospensione adottato a seguito e per effetto di una condanna penale non definitiva, non essendosi, quindi, in presenza di una pronuncia irrevocabile come, invece, nei casi esaminati nei citati precedenti giurisprudenziali; e che si tratti di una situazione del tutto diversa si evince, non solo dai differenti effetti che conseguono, anche dal punto di vista della disciplina penale, all’emanazione di una sentenza di primo grado rispetto alla sua successiva condizione di irrevocabilità, ma anche dal fatto che una lettura costituzionalmente orientata del dato normativo non autorizza 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, e ciò superando il divieto di retroattività, 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».

²⁹ Legge 6 novembre 2012 n. 190, art. 1, commi 63, 64, 65.

³⁰ Del resto sulla non sussistenza dell’ipotesi dell’eccesso di delega si v. Consiglio di Stato sez. III sent. n. 730/2014, paragrafo 8: «[...] lo sviluppo della normativa in materia, anteriormente alla legge delega del 2012 e a partire dalla legge n. 55/1990, è stato sempre coerente nel prevedere lo strumento della sospensione dalla carica, in presenza di un procedimento penale per fattispecie penali di una certa gravità, pur in assenza di una condanna definitiva; sopravvenendo la quale alla sospensione subentra la decadenza. Anzi i vari passaggi hanno affinato la disciplina della sospensione, nel trasparente scopo di rendere tale strumento maggiormente efficace, e non già di renderlo evanescente».

³¹ Consiglio di Stato sez. III sent. n. 730/2014, paragrafo 10; si v. inoltre al paragrafo 6: «Il Collegio osserva, innanzi tutto, che la “sospensione” è, per definizione, uno stato transitorio, necessariamente limitato nel tempo, e destinato a concludersi o con la definitiva cessazione dall’incarico (decadenza) o con la reintegrazione nelle funzioni. Sembra evidente dunque che la “sospensione” non possa dipendere, per sua stessa natura, che da una condanna non definitiva. Se invece la condanna è definitiva, vi è la decadenza, non la sospensione»

interpretazione esclusivamente letterale questa volta - che «il legislatore delegante non ha voluto sopprimere l'istituto della sospensione, ma anzi conservarlo, tanto è vero che ha chiesto al legislatore delegato di "disciplinarlo", vale a dire recepirlo nell'emanando testo unico»³².

5. Prospettive

Nel contesto politico e nell'opinione pubblica, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Campania ha avuto una notevole risonanza, anche per gli accostamenti (talvolta approssimativi ed imprecisi) del caso in esame a precedenti più o meno noti di applicazione del decreto Severino. Ma al di là delle considerazioni inerenti a questo specifico piano di riflessione - che non costituiscono oggetto di approfondimento in questa sede - senza alcuna pretesa di previsione ma unicamente come conseguenza delle riflessioni sviluppate, si potrebbero sinteticamente delineare, in sola linea teorica, tre ipotesi decisorie da parte della Corte.

Da un punto di vista formale, la decisione più plausibile, in base al *petitum* così come strutturato dal Tar, sembrerebbe essere quella dell'inammissibilità, in quanto il parametro che si ritiene violato, cioè il principio di irretroattività della legge, non è di rango costituzionale. Dunque, innanzitutto la Corte potrebbe assumere una decisione di inammissibilità per difetto del parametro. Ed inoltre, sempre in termini di inammissibilità, potrebbe, in subordine, evidenziare che essendo tale principio di rango primario derogabile, salvi i limiti costituzionali ex art. 25 Cost., qualsiasi valutazione in merito comporterebbe una ingerenza da parte della Corte sul piano della discrezionalità del legislatore.

Qualora la Corte ritenga, invece, di poter entrare nel merito, è plausibile che ciò accada sostanzialmente al fine di rafforzare la giurisprudenza che si è andata formando sul tema. In tal senso, essa potrebbe dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale così come prospettata dal giudice *a quo* con una interpretativa di rigetto, offrendo una sponda al Consiglio di Stato, consolidando il diritto vivente formatosi in applicazione del decreto.

Oppure ancora, la Corte potrebbe emettere una interpretativa di rigetto, con monito al legislatore ad intervenire, al fine di chiarire la natura delle fattispecie previste e la retroattività della legge, dunque sollecitando una interpretazione autentica. Quest'ultima ipotesi però appare remota, innanzitutto perché rappresenterebbe da parte della Corte una presa di distanza dal Consiglio di Stato, ed inoltre perché nel caso del decreto Severino non si riscontra nella giurisprudenza amministrativa, formatasi a partire dalla sua entrata in vigore, alcuna difformità interpretativa, che sola potrebbe giustificare un intervento legislativo di carattere interpretativo, con effetto - in tal caso - senza dubbio retroattivo.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico - Università di Napoli Federico II - saralieto@libero.it.

³² Consiglio di Stato sez. III sent. n. 730/2014, paragrafo 9. Si v. inoltre art. 1, comma 64, lettera m) legge n. 190 del 2012: «Il decreto legislativo di cui al comma 63 provvede al riordino e all'armonizzazione della vigente normativa ed è adottato secondo i seguenti principi e criteri direttivi: - *omissis* - m) disciplinare le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto dalle cariche di cui al comma 63 in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all'affidamento della carica».