

**“Ci sarà un giudice comune a Berlino?”
Le vicende del d.lgs. Severino come occasione
per ripensare il sistema di protezione dei diritti***

di Agatino Lanzafame**
(17 marzo 2016)

Sommario: 1. A mo' di premessa. La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano: la timidezza della Consulta e i nuovi spazi di protagonismo dei giudici comuni. – 2. La sentenza Corte costituzionale n. 236/2015. Una pronuncia dal “fiato corto”: davvero le disposizioni del d.lgs. Severino non hanno natura anche sanzionatoria? – 3. Una nuova chance per la Consulta: l'ordinanza Tribunale Napoli, I civile, n. 323/2015. – 4. Giudici comuni e tutela dei diritti fondamentali. L'interpretazione convenzionalmente conforme delle disposizioni del d.lgs. n. 235/2012. – 5. In conclusione. Ripensare il sistema circolare di protezione dei diritti. I rapporti tra i giudici, le Carte (e le Corti) nell'ottica del primato di servizio alla persona.

1. A mo' di premessa. La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano: la timidezza della Consulta e i nuovi spazi di protagonismo dei giudici comuni.

La moltiplicazione della Carte (e delle Corti) che sanciscono i diritti fondamentali della persona umana ha fatto sì che la funzione di tutela di tali diritti si sia progressivamente trasformata, da gelosa prerogativa degli stati nazionali, in una funzione plurale – anche se fondamentalmente unitaria¹ – che vede come coprotagonisti più soggetti, e più sistemi, tra loro interconnessi².

La proliferazione delle istanze giurisdizionali coinvolte in tale funzione e la conseguente sovrapposizione in termini di fonti, linguaggi³ e procedimenti, da un lato, ha portato alla formazione di una ricca (anche se a volte contraddittoria) giurisprudenza; dall'altro, induce ad una progressiva perdita di centralità della Corte costituzionale nel sistema circolare di protezione dei diritti fondamentali.

La *preminenza* della Corte costituzionale, quale massimo organo di garanzia, è, peraltro, messa a rischio dallo stesso atteggiamento della Consulta che, nella sua più recente giurisprudenza, non si è contraddistinta per l'intensità di tutela accordata ai diritti fondamentali della persona. Il riferimento è agli *arditi*

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ L'unitarietà della funzione di tutela dei diritti fondamentali è garantita sia dalla centralità che in ciascuno dei sistemi di protezione dei diritti presenti nell'ordinamento *euro-unitario* (RUGGERI) è riservata al giudice comune, sia dall'elaborazione giurisprudenziale di criteri di coordinamento, quale ad esempio quello della *massima protezione dei diritti* (cfr. Corte costituzionale, n. 170/2013, n. 85/2013 e n. 264/2012) che hanno permesso – salve alcune, sempre più frequenti, eccezioni su cui diffusamente *infra* – una feconda integrazione tra i vari sistemi e le diverse istanze giurisdizionali. Sull'unitarietà del sistema di tutela dei diritti fondamentali e sulla centralità del giudice, cfr. A. CARIOLA, *Integrazione processuale vs. integrazione sostanziale*, in A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, pag. 203 ss.

² Sul punto, per tutti, cfr. A. RUGGERI, *Cedu, diritto “euro-unitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in *Diritti comparati*, 19 aprile 2013.

³ Sulla pluralità dei linguaggi come elemento caratterizzante del processo di integrazione europea cfr. E. CASTORINA, *Linguaggio costituzionale e integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 2009.

bilanciamenti operati di recente dal Giudice delle leggi tra i diritti individuali ed altri principi costituzionali posti per lo più a tutela di interessi ed esigenze di carattere ordinamentale. Limitazioni ai diritti fondamentali della persona – quali il diritto di proprietà, il diritto alla retribuzione o il diritto di elettorato passivo – sono state giudicate ragionevoli ora attraverso il richiamo ad esigenze finanziarie dello Stato ed al rispetto del principio di solidarietà ⁴, ora per rispondere ad esigenze di salvaguardia della moralità pubblica ⁵.

Ancora, esigenze di carattere *sistemico* conducono la Corte ad adottare una giurisprudenza tollerante nei confronti di interventi retroattivi del legislatore sia in materia civile che in relazione a provvedimenti *lato sensu* sanzionatori, sino a porsi più volte in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ⁶.

Un contrasto talmente profondo che ha portato la Consulta ad assumere un atteggiamento di chiusura rispetto al tema dell'integrazione tra la Costituzione e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ⁷, arrivando teorizzare un utilizzo offensivo della cd. *teoria dei controlimiti* sulla scorta del *primato assiologico* della Costituzione (e del suo Giudice) ⁸. In altre parole la Corte ha ripetutamente scelto

⁴ Cfr. Corte costituzionale, n. 264/2012 con la quale il Giudice delle leggi ha fatto salva una disposizione retroattiva introdotta dal legislatore in materia previdenziale (sul caso delle cd. *pensioni svizzere*) – già censurata dalla Corte di Strasburgo (cfr. Maggio e altri c. Italia, 31 maggio 2011) – in ragione “*del vincolo imposto dall’art. 81, quarto comma Cost.*”, e “*nel rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà*”. Ancora, Corte Costituzionale, n. 10/2015 con la quale la Consulta dopo dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 81, commi 16, 17 e 18, del decreto legge istitutivo della cd. *Robin tax*, ha disposto che gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui in sentenza concorressero dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza al fine di evitare “*una grave violazione dell’equilibrio di bilancio di cui all’art. 81 Cost.*” e un “*irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.*”. In senso critico, rispetto a tale scelta della Corte di modulare gli effetti delle proprie sentenze in relazione ad esigenze di finanza pubblica, cfr. A. MARCHESSELLI, *Dalla Robin Tax allo sceriffo di Notthingam in Questione Giustizia*, 2015. Nello stesso senso, se si vuole, A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista Aic*, n. 4/2015. Più in generale, contro l’utilizzo del principio di pareggio di bilancio per limitare i diritti fondamentali, D. MONE, *Corte costituzionale italiana, Corte di giustizia dell’Unione europea e tutela delle identità nazionali quando il principio dell’equilibrio/pareggio di bilancio comprime i diritti fondamentali*, in *Diritti Fondamentali*, 2015.

⁵ Cfr. Corte costituzionale, n. 236/2015 su cui diffusamente *infra*.

⁶ Il riferimento è al serrato dialogo in materia di legittimità di disposizioni legislative retroattive – ed in particolar modo di cd. interpretazione autentica – avvenuto tra la Corte Costituzionale e la Corte EDU nella vicenda relativa al trasferimento del personale degli enti locali nei ruoli del personale ATA (cfr. Corte Costituzionale, n. 311/2009; e Corte EDU, 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia) e al già richiamato contrasto giurisprudenziale relativo alle cd. *pensioni svizzere* (Corte EDU, 31 maggio 2011, Maggio e altri c. Italia; e Corte Costituzionale, n. 264/2012). Sul punto cfr. *ex multis* A. VALENTINO, *Il Principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista Aic*, 2012; A. VALENTINO, *Ancora sulle leggi d’interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. “pensioni svizzere”*, in *Osservatorio AIC*, settembre 2013; M. MASSA, *La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanza tra le corti sul tema della retroattività*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013.

⁷ Cfr. Corte costituzionale, n. 264/2012, n. 49/2015 e n. 36/2016. In tal senso, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

⁸ Cfr. Corte costituzionale n. 49/2015, in cui si è sancito l’obbligo del giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale ogniqualvolta una norma convenzionale, interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si pone in contrasto con i diritti sanciti in costituzione. Sul punto cfr. D. RUSSO, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, che evidenzia come “*la Corte prospetta l’applicabilità della dottrina dei contro-limiti in una situazione in cui manca il presupposto*

di collocarsi in una posizione di *retroguardia* rispetto al tema della tutela dei diritti, salvo poi, per legittimare il proprio primato, rifugiarsi in petizioni di principio – e quindi incontestabili – relative alla propria preminenza.

Ora, è indubbio che tale atteggiamento della Corte rischia di condurre ad una perdita di centralità della stessa nel sistema di tutela dei diritti. E ciò non soltanto con riferimento al ruolo sempre più accentuato delle Corti sovranazionali, e segnatamente della Corte di Strasburgo, nel riconoscimento, nella promozione e nella protezione dei diritti fondamentali, ma anche rispetto ai giudici comuni. Questi ultimi, infatti, partecipano strutturalmente alla funzione di tutela dei diritti sia nell'ordinamento interno che in quello Europeo. La stessa azione della Corte costituzionale è vincolata, in virtù del principio della necessaria incidentalità del giudizio costituzionale, all'attività dei giudici comuni: in un rapporto di natura circolare, i giudici comuni alimentano l'attività della Consulta con le proprie ordinanze, e danno attuazione concreta ai suoi *dicta* all'interno dei giudizi *a quibus*⁹.

L'assenza di cortocircuiti in tale meccanismo circolare riposa nell'autorevolezza della Consulta e nella capacità di quest'ultima di intercettare le istanze di tutela che provengono dai giudici e di rispondere alle esigenze di giustizia – anche sostanziale – ad esse sottese. La giurisprudenza costituzionale *al ribasso* sopra richiamata rischia di moltiplicare la tensione tra i giudici e la Corte e ha già portato ad alcune pronunce in cui i giudici *a quo* hanno disatteso la pronuncia della Corte costituzionale¹⁰.

In altre parole, se la Corte rinuncia ad essere Giudice, ed abdica alla propria funzione di garanzia dei diritti e delle libertà, il rischio è che il sistema di protezione dei diritti scelga di fare a meno della stessa Corte e che il suo attore principale, ovvero il giudice comune, ricavi spazi di protagonismo attraverso l'utilizzo di sempre più sofisticati strumenti ermeneutici.

Paradigmatica, in tal senso, potrebbe essere la vicenda relativa al contrasto tra le disposizioni d.lgs. Severino ed i principi costituzionali e convenzionali in materia di irretroattività penale, tornata di stringente attualità a seguito dell'adozione, da parte della Consulta, della sentenza n. 236/2015.

2. La sentenza Corte costituzionale n. 236/2015. Una pronuncia dal “fiato corto”: davvero le disposizioni del d.lgs. Severino non hanno natura anche sanzionatoria?

Tale pronuncia, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Campania¹¹ in relazione ad alcune disposizioni

logico della sua rilevanza”, in quanto essa si sostanzia “*in una sorte di azione difensiva volta a impedire l'ingresso di norme lesive dei valori fondanti l'ordinamento nazionale*”.

⁹ Sulla sussistenza di un vero e proprio dovere di collaborazione tra Corte e giudici *a quibus*, cfr. A. CARIOLA, *L'integrazione dei parametri di legittimità*, in ID., *Ricerche sulle culture costituzionali*, Torino, 2007, pag. 249 ss.

¹⁰ Cfr. Comm. Trib. Prov. Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 21773, commentata da R. G. RODIO, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo quale giudice d'appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?*, in *Diritti Fondamentali*, 2015.

¹¹ L'ordinanza Tar Campania 30 ottobre 2013, n. 1801, in particolar modo, era volta a far valere l'incostituzionalità dell'art. 11, comma 1, lettera a), d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 in relazione all'art. 10, comma 1, lettera c), del medesimo decreto legislativo, con riferimento agli artt. 2, 4, 51, e 97 Cost. A commento di tale provvedimento giurisdizionale S. LIETO, *Un'ordinanza di rimessione per il decreto*

del cd. “d.lgs. Severino”, rappresenta infatti un chiaro esempio dell’atteggiamento prudente – se non addirittura rinunciatario – della Consulta rispetto al tema della tutela dei diritti fondamentali.

La vicenda è nota. Con ricorso innanzi al Tar Campania, il Sindaco di Napoli, Luigi De Magistris, ha impugnato il provvedimento prefettizio con il quale era stata accertata la sua sospensione dalla carica a seguito di una condanna penale in primo grado¹². A fronte di un articolato gravame da parte del ricorrente, nel quale erano sollevate diverse questioni di legittimità costituzionale¹³, il Tar Campania ha dichiarato non manifestamente infondata solo una di queste, e segnatamente quella con cui si era lamentata la violazione degli art. 2, 4, 51 e 97 Cost.¹⁴.

Il Giudice delle leggi, con la richiamata sentenza n. 236/2015, ha - in primo luogo - dichiarato infondata l’eccezione di inammissibilità avanzata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri basata sull’accertato difetto di giurisdizione del Tar rimettente¹⁵ e nel merito ha dichiarato la questione non fondata.

La Corte, dopo aver circoscritto le disposizioni costituzionali che il giudice *a quo* ha assunto essere state violate¹⁶, ha contestato le argomentazioni dell’ordinanza di rimessione in ordine al carattere sanzionatorio della sospensione, alla sua applicazione retroattiva e al collegamento della stessa con una condanna non definitiva.

Si è esclusa la natura sanzionatoria degli istituti previsti dal d.lgs. Severino attraverso un mero – ed apodittico – rinvio *per relationem* alla propria giurisprudenza¹⁷ su quelli che essa stessa ha definito come i *precedenti* del d.lgs.

Severino: “tanto tuonò che piovve!”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 11/2014; L. BUSCEMA, *Orgoglio e pregiudizio (penale) in tema di diritto di elettorato passivo. Riflessioni a margine del Caso De Magistris*, in *Rivista Aic*, n. 1/2015.

¹² Il Sindaco De Magistris ha impugnato, innanzi al Tar Campania, il provvedimento 1 ottobre 2014, n. 87831 con il quale il Prefetto della Provincia di Napoli aveva dichiarato l’accertamento, a carico del Sindaco di Napoli, della sussistenza della causa di sospensione dalla carica di cui all’art. 11, primo comma, lettera a) del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, in seguito all’avvenuta condanna in primo grado con sentenza n. 3928/12 del Tribunale di Roma per reati di cui all’art. 323 c.p.

¹³ Tre le questioni proposte dal ricorrente: l’illegittimità dell’applicazione retroattiva degli artt. 10, comma 1, lett. c) e 11, comma 1, lett. a) d.lgs. 235/2012, in violazione degli art. 2, 51 e 97 Cost.; il contrasto delle disposizioni su cui è stata fondata la sospensione dalla carica di Sindaco con il principio di libera espressione del voto di cui all’art. 3, Protocollo Addizionale CEDU, e di conseguenza con l’art. 117 Cost, nonché con i principi di proporzionalità e ragionevolezza; l’eccesso di delega e la conseguente violazione dell’art. 76 Cost.

¹⁴ Il Tar Campania ha ritenuto sussistente uno sbilanciamento tra “*le esigenze di salvaguardia della moralità dell’amministrazione pubblica*” sottese alle predette disposizioni “*rispetto all’ampio favor da riconoscersi alle facoltà di pieno esercizio del diritto di elettorato passivo, di cui all’art. 51 Cost., nonché posto a fondamento del funzionamento delle istituzioni democratiche repubblicane, secondo quanto previsto dall’art. 97 Cost., ed infine espressione del dovere di svolgimento di una funzione sociale che sia stata frutto di una libera scelta del cittadino ai sensi dell’art. 4 Cost.*”.

¹⁵ In pendenza del giudizio di legittimità costituzionale, infatti, la Corte di Cassazione, con ordinanza 28 maggio 2015, n. 11131 aveva infatti affermato, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41 c.p.c., la giurisdizione del giudice ordinario nella vicenda *de qua* in quanto le controversie in materia di ineleggibilità, decadenza e incompatibilità vertono sul diritto di elettorato passivo. In virtù di tale pronuncia della Suprema Corte, il Presidente del Consiglio dei ministri ha eccepito l’inammissibilità della questione innanzi la Corte costituzionale. Quest’ultima ha dichiarato infondata tale eccezione sulla scorta del principio di autonomia del giudizio costituzionale rispetto ai vizi del giudizio *a quo*. *Contra* Corte Costituzionale, n. 291/2011 ord.

¹⁶ Secondo la Corte, infatti, il giudice *a quo*, ha sì invocato quattro parametri costituzionali, ma “*la questione da esso sollevata si regge essenzialmente sull’art. 51, primo comma Cost, considerato nella sua relazione con l’art. 2 Cost.*”.

¹⁷ Cfr. Corte Costituzionale, n. 25/2002, n. 132/2001, n. 206/1999, n. 295/1994, n. 184/1994 e n. 118/1994.

n. 235/2012¹⁸, nonché ad alcuni orientamenti della giurisprudenza comune¹⁹ che ha insistito sulla natura non affittiva di tali misure che risponderrebbero solo “*ad esigenze proprie della funzione amministrativa*”.

In ordine al secondo argomento dell’ordinanza di rimessione – ovvero l’asserita retroattività dell’art. 11, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 235/2012 – la Corte ha innanzitutto evidenziato che il giudice *a quo* avrebbe esteso, se non addirittura frainteso, la questione sollevata dal Sindaco di Napoli: mentre il ricorrente ha contestato la retroattività della disposizione nella misura in cui comporta l’applicazione “*al mandato già in corso*” di una nuova causa ostativa, il giudice *a quo*, invece, ha inteso censurare l’applicazione della nuova norma a un fatto illecito commesso prima dell’entrata in vigore della legge.

In ogni caso, entrambi i rilievi sono stati considerati privi di pregio dalla Corte: il primo, infatti, sarebbe fondato solo se “*a tale applicazione dovesse riconoscersi natura sanzionatoria*”, e se “*si fosse fatto riferimento all’art. 25 Cost.*”; il secondo avrebbe come presupposto l’infondata costituzionalizzazione del principio di irretroattività.

Infine, in relazione al terzo profilo, la Corte ha evidenziato che “*la permanenza in carica di chi sia stato condannato anche in via non definitiva per determinati reati che offendo la p.a. può comunque incidere sugli interessi costituzionali protetti dall’art. 97, secondo comma, (...) e dall’art. 54, secondo comma, Cost.*”, e che, però, la scelta compiuta dal legislatore è frutto di un ragionevole bilanciamento tra gli interessi in gioco.

Secondo la Corte, insomma, l’applicazione immediata delle nuove cause ostative costituisce una ragionevole risposta all’esigenza di evitare l’inquinamento dell’amministrazione e di garantire la credibilità della stessa. Sulla scorta di tali motivazioni la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale avanzata dal Tar Campania.

Epperò, deve evidenziarsi che la pronuncia in oggetto ha rappresentato un’occasione mancata per il giudice costituzionale per pronunciarsi in maniera *definitiva* sulla natura delle ipotesi di incandidabilità, decadenza e sospensione previste dal d.lgs. n. 235/2012²⁰ e, in particolar modo, sul carattere, affittivo o preventivo, di tali istituti e – di conseguenza – sulla legittimità della loro applicazione retroattiva²¹.

¹⁸ Il riferimento è all’art. 15 della legge 19 marzo 1990, n. 55 (Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale), come modificato dalla legge 18 gennaio 1992, n. 16 (Norme in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali), dalla legge 12 gennaio 1994, n. 30 (Disposizioni modificative della legge 19 marzo 1990, n. 55, in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali, e della legge 17 febbraio 1968, n. 108, in materia di elezioni dei consigli regionali delle regioni a statuto ordinario), e dalla legge 13 dicembre 1999, n. 475 (Modifiche all’articolo 15 della L. 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni), e sull’art. 59 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali).

¹⁹ Cfr. Consiglio di Stato, V, 29 ottobre 2013, n. 5222 e Consiglio di Stato, V, 6 febbraio 2013, n. 695.

²⁰ Per una puntuale ricostruzione delle novella legislativa in materia di incandidabilità introdotta con il d.lgs. n. 235/2012, cfr. F. SCUTO, *La nuova dimensione dell’incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in *Rivista Aic*, n. 4/2013.

²¹ Sulla natura delle disposizioni in materia di incandidabilità, decadenza e sospensione previste dal d.lgs. n. 235/2015 si è registrato un vivace dibattito in dottrina, anche in ragione delle vicende giudiziarie che hanno portato alla decadenza dell’ex Presidente del Consiglio dei Ministri, sen. Silvio Berlusconi. In particolar modo si segnalano i contributi di A. MANNA, *L’incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l’irretroattività della norma penale*, O. MAZZA, *Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla “legge Severino”)*, B. GALGANI, *Le vicende dell’incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali: distingue frequenter*, GAMBARDILLA, *“Legge Severino” in materia di incandidabilità*

Si è già detto, infatti, che la Corte si è limitata, da un lato, a richiamare la propria giurisprudenza che aveva escluso il carattere sanzionatorio di tali istituti; dall'altro ha fatto riferimento agli orientamenti della giurisprudenza amministrativa secondo cui tali misure non hanno – neanche in senso ampio – natura sanzionatoria e non contrastano pertanto con l'art. 25 Cost. in materia di sanzioni penali e con l'art. 7 CEDU in tema di misure *lato sensu* sanzionatorie²².

L'approccio della Corte è stato apodittico: non ha argomentato in alcun modo le motivazioni che giustificano l'estensione delle valutazioni compiute in ordine a fattispecie simili – ma non identiche – agli istituti previsti dal d.lgs. n. 235/2012; non ha fornito alcuna motivazione in ordine alla validità o, meglio, alla tenuta costituzionale delle argomentazioni utilizzate dal Consiglio di Stato per negare la natura sanzionatoria di tali disposizioni; non ha in alcun modo preso in considerazione la più recente giurisprudenza della Corte EDU che – con un approccio pragmatico – ha riconosciuto natura sostanzialmente sanzionatoria ad una pluralità di provvedimenti *lato sensu* afflittivi ed ha esteso ad essi il divieto di retroattività di cui all'art. 7 CEDU²³.

In un'ottica rinunciataria, quasi formalistica, la Corte si è limitata a richiamare acriticamente le conclusioni assunte dalla giurisprudenza di merito secondo cui il fine primario degli istituti di cui si controverte è *“quello di allontanare dallo svolgimento del rilevante munus pubblico i soggetti la cui radicale inidoneità sia conclamata da irrevocabili pronunzie di giustizia”*.

Sulla scorta di tale premessa la Corte ha affermato che *“la condanna penale è presa in considerazione come mero presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di indegnità morale a ricoprire determinate cariche elettive”*, quasi a recidere completamente il legame tra conseguenze della sentenza di condanna e

sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.), E. R. BELFIORE, *Incidibilità/decadenza e principio di irretroattività della sanzione penale*, V. NICO D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della “legge Severino”, tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, tutti in *Archivio Penale*, gennaio-aprile 2014. Sul punto, cfr. altresì A. SEVERINI, *La presunta incostituzionalità del Decreto Severino: tattica dilatoria o dubbio non manifestamente infondato?*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013; D. FALCINELLI, *Schemi di vera sanzione penale e limiti di retroattività applicativa, ovvero prove di forza/compatibilità tra politica criminale nazionale e CEDU*, in *diritti-cedu.unipg.it*; M. A. RACCA, *Problematiche costituzionali del nuovo regime dell' “incandidabilità” per le cariche elettive (e di governo) nell'ordinamento italiano*, in *Consulta Online*. Più recentemente, proprio in relazione alla vicenda De Magistris, F. S. MARINI, *La “legge Severino” tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio Aic*, 6 febbraio 2016; L. LONGHI, *Il caso De Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 1/2016; S. CECCHINI, *Retroattività della sospensione dalla carica di Sindaco e problemi di (ir)retroattività: il caso De Magistris*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015; L. MARCHESE, *Legge Severino: la Corte si pronuncia... e resta nel solco dei suoi passi*, e G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della “legge Severino”: nota a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, entrambi in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2016.

²² Cfr. Consiglio di Stato, n. 695/2013 secondo cui *“Il fine primario perseguito 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”*.

²³ Cfr. V. MANES, *Art. 7 Cedu*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pag. 258 ss. Sul punto anche A. BERNARDI, *Art. 7*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001 pag. 249 ss.

fatti di reato sulla base dei quali essa è stata emessa ²⁴.

Al contrario, l'esigenza di una protezione quanto più ampia dei diritti fondamentali avrebbe dovuto indurre la Corte ad adottare un approccio di tipo sostanziale ed a confrontarsi, quantomeno nella propria attività qualificatoria, con i cd. criteri Engel ²⁵ elaborati dalla Corte di Strasburgo per verificare l'effettiva natura di un provvedimento afflittivo.

In altre parole, la Corte non avrebbe dovuto accontentarsi del *nomen juris* attribuito dal legislatore a tali misure, ma piuttosto verificare la natura "sostanzialmente" afflittiva delle stesse sulla base della loro finalità, della gravità, nonché del procedimento di irrogazione ed esecuzione.

Tale approccio avrebbe ricondotto ad esiti diversi. Se, infatti, è innegabile che le disposizioni di cui al d.lgs. n. 235/2012 possano essere qualificate come misure di profilassi parlamentare ²⁶; dall'altro non si può automaticamente negare che queste rivestano – anche – natura sanzionatoria proprio in relazione alla gravità della limitazione che impongono al cittadino ed al procedimento attraverso le quali queste sono irrogate.

In ordine alla gravità della sanzione, infatti, non può certo dubitarsi del fatto che venga ad essere limitato gravemente il diritto fondamentale di accesso alle cariche pubbliche e, più a monte, di svolgere "un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società", così come previsto dall'art. 4 Cost. Diritti, questi ultimi, che rientrano nel "patrimonio assiologico inalienabile" ²⁷ della democrazia moderna costituito dai diritti politici ²⁸ e sociali.

In ordine al procedimento di irrogazione deve prendersi atto che la sanzione viene

²⁴ Secondo la Corte, quindi la conseguenza sfavorevole – dell'incandidabilità, decadenza, o sospensione – si imporrebbe al cittadino condannato non in conseguenza dei fatti commessi dallo stesso ma piuttosto per il mero avvenimento di un evento (l'emanazione della sentenza). Epperò, la compatibilità con l'art. 51 Cost. di tale assunto è tutta da verificare. Se, infatti, la limitazione del diritto di elettorato passivo trova la sua esclusiva giustificazione nella necessità di dare una risposta immediata ad una "grave situazione di illegalità nella pubblica amministrazione" non può dubitarsi che il fatto, riprovevole, che legittima tale limitazione è la commissione del reato e non certo l'emanazione della sentenza. Tale circostanza è ulteriormente confermata dal fatto che le valutazioni circa la proporzionalità e la ragionevolezza della limitazione vengono collegate – come è naturale – alla gravità del reato sotteso alla condanna. Sul punto si rimanda alle considerazioni di F. S. MARINI, *op. cit.*, pag. 3 secondo cui "l'indegnità morale o sociale non è un effetto meramente processuale e, dunque non può essere causata dalla semplice sentenza penale di condanna (ossia, da un fatto del giudice), ma essa consiste nella qualificazione sostanziale di un cittadino e, pertanto, non può che essere commessa al compimento di un fatto illecito".

²⁵ Affermati da Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Engel c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976. Attraverso tali indici – natura della misura, sua finalità e gravità, sua qualifica nel diritto interno e tipologia del procedimento di irrogazione ed esecuzione – sono state ricondotte all'interno della "materia penale" diverse tipologie di provvedimenti *latu sensu* sanzionatori: l'illecito amministrativo punitivo (Ozturk c. Germania, 21 febbraio 1984 e Mauer c. Austria, 18 febbraio 1997), le sanzioni disciplinari (Campbell c. Regno Unito, 28 giugno 1984), alcune tipologie di misura di sicurezza preventiva (M. c. Germania, 17 dicembre 2009), le sanzioni interdittive pecuniarie (Dubus S. A. c. Francia, 11 giugno 2009). Sulla scorta di tali indici sono state altresì considerate di natura *latu sensu* penale le sanzioni irrogate all'esito del procedimento di "lustrazione, comportante l'interdizione dai pubblici uffici, previsto dalla legislazione polacca (Matyjek c. Polonia, 30 maggio 2006). La stessa Corte EDU ha, peraltro, evidenziato che tali criteri, ai fini della valutazione circa la natura della misura sanzionatoria, sono alternativi e non cumulativi, così Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014.

²⁶ O. MAZZA, *op. cit.*, pag. 7 che sottolinea che lo scopo precipuo di tale norma "non è tanto di sanzionare il soggetto destinatario, quanto di tutelare l'onorabilità dell'istituzione alla quale non hanno diritto di partecipare soggetti la cui condotta antisociale e deviante è stata accertata con una sentenza di condanna definitiva". Nello stesso senso A. SEVERINI, *op. cit.*, pag. 14 evidenzia che queste perseguono il "nobile obiettivo di allontanare dalla res publica soggetti che non hanno curriculum idoneo per amministrarla".

²⁷ Cfr. L. BUSCEMA, *op. cit.*, pag. 1.

comminata – peraltro automaticamente ed *ex lege* – all’esito di un procedimento penale, che per i motivi di cui si è già discusso, non può essere derubricato a mera *occasio* da cui far discendere effetti non riconducibili alla sanzione penale ²⁹. Insomma, il confronto con i criteri Engel avrebbe permesso alla Corte di rilevare il carattere proteiforme degli istituti previsti dal d.lgs. n. 235/2012 i quali rispondono a finalità tanto sanzionatorie quanto preventive. Da ciò la Corte avrebbe dovuto desumere il divieto di applicazione retroattiva di tali istituti in virtù non soltanto dei già richiamati arresti giurisprudenziali della Corte EDU ma anche del basilare principio giuridico secondo cui “*il cittadino deve conoscere quale sia il comportamento che la norma richiede, specie se si tratta di limitazione ad un diritto di libertà*” ³⁰. In tal senso, depone, d’altronde una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato secondo cui “*il divieto di applicazione retroattiva assume un rilievo ancora maggiore laddove la legge consente l’adozione di provvedimenti sostanzialmente ablatori (...) che incidono tanto sulla reputazione individuale quanto sulla [titolarità di diritti e] libertà*” ³¹.

La circostanza che il Giudice delle leggi abbia del tutto ignorato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo tradisce una posizione di chiusura della Corte, quasi a difendere il proprio spazio di azione, che si traduce in una riduzione degli spazi di tutela dei diritti fondamentali. Tale omissione peraltro può – probabilmente – essere dovuta alla circostanza, già evidenziata ³², che il Tar Campania ha omesso di integrare il parametro di valutazione della legittimità delle disposizioni in questione con il riferimento all’art. 7 CEDU. Il mancato riferimento da parte del giudice *a quo* alla disposizione convenzionale ha spinto la Consulta ad ignorare del tutto gli orientamenti della Corte EDU, nonostante la giurisprudenza di quest’ultima rappresenti un riferimento imprescindibile per ciascun giudice all’interno del sistema *euro-unitario* ³³.

Tale scelta se, da un lato, appare coerente con una rigida applicazione del cd. *principio della domanda* ex art. 112 c.p.c. e art. 27, l. n. 87/1953, dall’altro può condurre ad esiti paradossali: la Consulta potrebbe trovarsi a qualificare in modo diverso – e antitetico – lo stesso istituto a seconda dei parametri di costituzionalità/convenzionalità invocati dai giudici rimettenti ³⁴. È quello che

²⁸ Deve rilevarsi, peraltro, che la limitazione di un diritto fondamentale, o comunque la compressione o l’ablazione di una situazione giuridica conseguente all’infrazione di un precetto costituisce peraltro una “*fenomenologia tipica del contenuto e degli effetti della norma sanzionatoria*”, così F. S. MARINI, *op. cit.*, pag. 9.

²⁹ In tal senso cfr. G. GUZZETTA, *Parere pro veritate allegato al Ricorso Berlusconi c. Italia, innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, reperibile in *Archivio Penale* pag. 23, che sottolinea che la condanna “*non può costituire una mera occasio cui conseguono effetti non riconducibili alla nozione di sanzione penale di cui alla Convenzione*”. Una siffatta argomentazione, secondo quanto evidenziato dallo stesso autore, è confermata Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso Welch c. Regno Unito.

³⁰ Già Corte costituzionale, n. 202/1991.

³¹ Consiglio di Stato, VI, 3 marzo 2016, n. 882.

³² Sul punto, se si vuole, cfr. A. LANZAFAME, *Retroattività della lex mitior. Una riflessione sul diritto intertemporale tra principio del favor, tutela dell’affidamento, e libertà di autodeterminazione del singolo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, n. 4/2015.

³³ Secondo l’espressione di A. RUGGERI, *Cedu, diritto “euro-unitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, cit., pag. 1.

³⁴ Tale circostanza potrebbe indurre a mettere in discussione l’applicabilità del principio della domanda all’attività qualificatoria del giudice costituzionale. Se, infatti, la corretta individuazione del parametro, rileva certamente in ordine all’ammissibilità della questione nonché al suo accoglimento, può dubitarsi che questa abbia ripercussioni in relazione all’attività qualificatoria del giudice costituzionale rispetto alla quale lo stesso dovrebbe ritenersi chiamato, al pari di ogni altro organo giudicante, a guardare l’ordinamento nella

potrebbe succedere, proprio in relazione alle disposizioni del d.lgs. Severino, a seguito dell'adozione da parte di altre istanze giurisdizionali di nuove ordinanze di rimessione che hanno ampliato il parametro di giudizio invocato dal Tar Campania nella propria lacunosa ordinanza ³⁵.

3. Una nuova *chance* per la Consulta: l'ordinanza Tribunale Napoli, I civile, n. 323/2015.

La Corte costituzionale, infatti, avrà presto una *seconda chance* per pronunciarsi nuovamente sulle disposizioni del d.lgs. Severino. Il riferimento è alla vicenda relativa alla sospensione dell'on. Vincenzo De Luca dalla carica di Presidente della Regione Campania, comminata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 giugno 2015 ³⁶. Tale provvedimento è stato, infatti, impugnato dall'on. De Luca innanzi al Tribunale di Napoli che, con ordinanza 22 luglio 2015, n. 323, ha accolto le doglianze del ricorrente, ha sospeso cautelatamente gli effetti del provvedimento impugnato ed ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, primo comma, d.lgs. n. 235/2015.

Invero, con sentenza 5 febbraio 2016, la Corte d'Appello di Salerno ha riformato la sentenza di condanna che aveva *costretto* la Presidenza del Consiglio dei Ministri a sospendere l'on. De Luca dalla carica di Presidente della Regione Campania. Tale circostanza, però, sulla scorta del principio dell'autonomia del giudizio costituzionale ³⁷ – ed alla luce della più recente giurisprudenza

sua interezza e al di là dei confini imposti dal giudice remittente e/o dalle parti. La regola *iura novit curia*, infatti, deve ritenersi applicabile ad ogni giudice, anche quello costituzionale, ed inerisce sia alla conoscenza della fonte normativa sia alla qualificazione giuridica del fatto.

³⁵ Sul punto deve rilevarsi l'assoluta insufficienza del parametro di legittimità costituzionale invocato dal Tar Campania in relazione alle questioni prospettate. Tale circostanza è stata peraltro confermata dalle considerazioni svolte dalla stessa Corte che, in più parti della sentenza n. 236/2015, ha rilevato l'omesso riferimento agli art. 25 e 27 Cost. Invero, il Tar Campania non si è limitato ad analizzare – sotto il profilo della rilevanza e della non manifesta infondatezza – la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Sindaco De Magistris nel quarto motivo del suo ricorso. Il giudice *a quo* ha criticato la tesi sostenuta dal ricorrente nel predetto motivo di ricorso ed ha ricostruito – in termini diversi – la questione; ha evidenziato nuovi e diversi profili di criticità degli artt. 11, primo comma, lett. a) e 10, primo comma, lettera c); ha modificato la questione sollevata dalla parte senza però integrare in alcun modo le disposizioni costituzionali individuate dal ricorrente come parametro di giudizio. Tale “leggerezza” del giudice *a quo* – che non ha definito in maniera adeguata i termini della questione sì da “costringere” la Consulta a confrontarsi in maniera adeguata con la giurisprudenza europea in termini di disposizioni sanzionatorie – ha permesso al giudice costituzionale di eludere la questione della compatibilità delle disposizioni del d.lgs. Severino con la CEDU. Sui limiti dell'ordinanza di rimessione cfr. S. LIETO, *op. cit.*, pag. 9 secondo cui l'ordinanza del Tar Campania non è “*stata impostata in maniera del tutto convincente*”. Un giudizio ancor più severo è contenuto in F. S. MARINI, *op. cit.*, pag. 5 secondo cui l'ordinanza “*non individua le principali questioni di costituzionalità, né in relazione all'oggetto, né in relazione al parametro è caratterizzata da salti logici e da rilevanti omissioni circa la più recente giurisprudenza costituzionale ed europea e non è priva nemmeno di qualche tesi al limite del fantasioso*”. Nello stesso senso, se si vuole, A. LANZAFAME, *Retroattività della lex mitior*, cit., pag. 27.

³⁶ L'on. De Luca è stato condannato dal Tribunale di Salerno, seconda sezione penale, con sentenza 21 gennaio 2015, n. 153, per i reati di cui agli articoli 81, 110 e 323 c.p. Eletto presidente della Regione Campania nel mese di giugno del medesimo anno è stato poi sospeso dalla carica ai sensi degli artt. 7 e 8, d.lgs. n. 235/2012. Con sentenza 5 febbraio 2016, la Corte d'Appello di Salerno ha riformato la sentenza di condanna di primo grado ed ha assolto il Presidente della Regione Campania “*perché il fatto non sussiste*”.

³⁷ Tale principio è cristallizzato nell'art. 18, Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, 7 ottobre 2008, che prevede che “*la sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non*

costituzionale in materia di rilevanza della questione di legittimità costituzionale³⁸ – non dovrebbe avere ripercussione sull’ammissibilità dei quesiti innanzi alla Consulta che – di conseguenza – dovrà pronunciarsi sulle articolate questioni prospettate dal Tribunale di Napoli.

In particolare il giudice *a quo* ha rilevato la violazione: a) degli artt. 76 e 77 Cost. in quanto – in eccesso di delega – le disposizioni del d.lgs. “Severino” prevedono la sospensione dalla carica di presidente della regione a seguito di condanna non definitiva ; b) dell’art. 25, comma 2, Cost. e dell’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 7 CEDU, in quanto non è previsto che la sospensione sia limitata alle sentenze di condanna relative a reati consumati dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 235/2012; c) degli artt. 2, 4, comma 2, 51, comma 1 e 97, comma 2, Cost.; d) la violazione degli artt. 3, 51, 76 e 77 Cost. in quanto non è prevista per gli eletti al consiglio regionale una soglia di pena – superiore ai due anni, come per i parlamentari nazionali ed europei – per l’applicazione delle misure interdittive.

Insomma, il Tribunale di Napoli ha ampliato i termini della questione di legittimità precedentemente sollevata dal Tar Campania, ha volto lo sguardo anche all’ordinamento europeo ed ha quindi fornito alla Corte costituzionale una più ricca occasione per esaminare il d.lgs. Severino.

Particolare rilievo assumono le prime due questioni sollevate. Con la prima sono state censurate le disposizioni dell’art. 8 del d.lgs. n. 235/2012, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost. in quanto, in violazione della delega conferita al governo, si è esteso l’istituto della sospensione alle sentenze di condanna non definitive e – in particolar modo – anche a quelle precedenti la candidatura o l’assunzione della carica³⁹. Con la seconda questione si è contestata la legittimità dell’applicazione retroattiva di un provvedimento avente effetto affittivo, sia sotto il

producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale”. Sulla scorta di tale principio la giurisprudenza della Corte ha evidenziato come la cessazione della materia del contendere nel giudizio *a quo* non comporti affatto l’«irrelevanza» della questione di costituzionalità, cfr. Corte costituzionale n. 120/2015. Che la sorte del giudizio *a quo* non influenzi il giudizio innanzi la Consulta è una statuizione consolidata nella giurisprudenza costituzionale, *ex multis*, Corte costituzionale n. 115/2015, n. 274/2011 e n. 227/2010. Con riferimento all’analogia norma contenuta in precedenza nell’art. 22 delle Norme integrative, cfr. Corte costituzionale n. 244/2005 e n. 270/2003 ord.). Da ultimo cfr. Corte costituzionale, n. 236/2015.

³⁸ Sul punto cfr. Corte costituzionale n. 10/2015, che ha affermato come la valutazione della Consulta sul giudizio di rilevanza operato dal giudice *a quo* costituisca “*un controllo di mera plausibilità sulla motivazione*”. Tale pronuncia si colloca nel solco di una tendenza giurisprudenziale, anche della magistratura ordinaria, volta a qualificare la valutazione di rilevanza come un compito “esclusivo” del giudice *a quo*. Sul punto cfr., Cass. civ., I, 17 maggio 2013, n. 12060 che ha evidenziato come il giudizio di rilevanza va fatto “*nel momento in cui il dubbio di costituzionalità è posto*” e che dalla dimostrata fondatezza della questione sollevata “*è possibile avere solo una conferma e non certo una smentita della correttezza del giudizio di rilevanza*”. Sul punto, se si vuole, A. LANZAFAME, *Le simmetrie necessarie. Italicum, forma di governo e disposizioni costituzionalmente consequenziali*, in *Rivista Aic*, n. 4/2015 in cui si nota che le argomentazioni della Suprema Corte paiono essere rivolte non soltanto ad individuare il “tempo” della valutazione della rilevanza (pacificamente consolidatosi “*nel momento genetico in cui il dubbio di costituzionalità viene sollevato*”, cfr. Corte costituzionale n. 110/2000, nello stesso senso Corte costituzionale n. 367/1991) quanto piuttosto “il giudice” della rilevanza medesima. Per una compiuta ricostruzione della rilevanza anche con riguardo ai rapporti tra giudici *a quibus* e Corte costituzionale, da ultimo L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, 2012

³⁹ Tale previsione, secondo il giudice remittente, integra la violazione dell’art. 1, commi 63 e 64, lett. m), l. n. 190/2012 con i quali era stata conferita al governo delega legislativa per “*disciplinare le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto dalle cariche (...) in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all’affidamento della carica*”.

profilo della violazione dell'art. 25 Cost., che in relazione alla violazione dell'art. 7 della CEDU ⁴⁰.

E' evidente allora che con tale motivo il Tribunale partenopeo ha integrato il parametro di giudizio con ogni utile riferimento ai principi ed alle disposizioni costituzionali e convenzionali in relazione al divieto di irretroattività penale; ha prospettato al giudice costituzionale la coesistenza in capo al medesimo istituto (nel caso di specie) di una duplice natura preventiva-afflittiva e, di conseguenza, di una duplice finalità; ha sviluppato gli argomenti forniti dal Tar Campania, pur integralmente trasposti nella terza questione sollevata. Adesso, di fronte a tali articolate argomentazioni resta da comprendere quale decisione prenderà la Corte.

La prima delle questioni sollevate dal Tribunale di Napoli rappresenta, infatti, una questione nuova per la Consulta che intercetta non solo i profili dell'eccesso di delega e della limitazione del diritto di elettorato passivo ⁴¹, ma soprattutto il tema della coerenza e della ragionevolezza di un ordinamento che dapprima permette ad un cittadino di candidarsi a ricoprire una funzione pubblica – ritenendolo, di conseguenza, idoneo e degno – e successivamente ne dispone, automaticamente e senza che residui alcun margine di apprezzamento, la sospensione ⁴².

Le questioni cui ai punti 2 e 3, invece, chiedono alla Corte di ritornare ad interrogarsi sulla natura (anche) aflittiva degli istituti previsti dal d.lgs. Severino e

⁴⁰ Il Tribunale di Napoli ha ripreso le argomentazioni - utilizzate precedentemente dalla Corte d'appello di Bari con ordinanza 27 gennaio 2014, n. 1748 – secondo cui anche a ritenere che la sospensione dalla carica “costituisca un effetto di natura amministrativa della condanna penale ancorché non passata in giudicato, non appare tuttavia dubbio che si tratta di effetto aflittivo conseguito di diritto a condanna per un reato consumato in data antecedente a quella dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 235/2012”; ciò rende plausibile, o comunque non manifestamente insussistente, secondo il giudice rimettente, la violazione degli articoli della 27 e 117 Cost. (quest'ultimo con riferimento all'art. 7 della CEDU) in quanto “*sebbene lo scopo delle norme sia quello di allontanare dall'amministrazione della cosa pubblica, anche in via cautelare, chi si sia reso moralmente indegno (...) tuttavia va considerato che la suddetta tutela collide con il diritto di rango costituzionale di accesso alle cariche elettive e di esercizio delle funzioni connesse alla carica conseguita in virtù di libere elezioni, diritti tutelati e garantiti dall'art. 51 della Carta costituzionale che non possono in concreto essere garantiti se non nell'ambito delle garanzie costituzionali tutte*”.

⁴¹ Invero l'ordinanza Tribunale di Napoli, 22 luglio 2015, n. 323, dapprima, in motivazione, ha affermato la non manifesta infondatezza “*della questione di legittimità costituzionale eccepita dal ricorrente quanto al punto 1) del ricorso di merito: violazione art. 8 del decreto legislativo n. 235/2012 in relazione all'art. 51 Cost. – divieto di interpretazione analogica estensiva in tema di cause restrittive del diritto di elettorato passivo – illegittimità dell'art. 8, comma 1, lett a) e 7, comma 1, lett. c) del decreto legislativo n. 235/2012 per violazione dell'art. 1, comma 64, l. n. 190/2012*”. Nel dispositivo del provvedimento, però, è stato espunto ogni riferimento all'art. 51 Cost. – in relazione a tale prima questione – ed è stata evidenziata la sola violazione degli art. 76 e 77 Cost.

⁴² L'istituto della sospensione dalla carica è stato sempre collegato, nella disciplina prevista dall'art. 15, l. n. 55/1990, ad una condanna non definitiva “sopravvenuta”. Invero la disciplina della l. n. 55/1990, nelle sue varie riformulazioni, ha sempre operato un parallelismo tra cause di incandidabilità e cause di sospensione (e decadenza): la sussistenza di una determinata condanna (ancorché non definitiva) impediva al soggetto di candidarsi a ricoprire la carica elettiva, la sopravvenienza della medesima condanna – a mandato in corso – determinava la sospensione dell'eletto (in caso di condanna non definitiva) o la sua decadenza (in caso di condanna definitiva). Il sistema previsto dal d.lgs. n. 235/2012 permette, invece, che un soggetto, già colpito da una condanna non definitiva si candidi, sia eletto ed immediatamente sospeso. Tale circostanza appare in evidente contrasto sia con la *ratio* complessiva del sistema, sia con il diritto di ogni elettore ad esprimere un voto “utile”, che comporti cioè, l'elezione di un soggetto che possa utilmente svolgere le proprie funzioni. Non sfuggono peraltro gli effetti evidentemente distorsivi delle dinamiche elettorali, e conseguentemente della stessa democrazia, di una disciplina che prima fa scegliere al corpo elettorale il soggetto che è investito della responsabilità di governo, e poi, con l'automatica sospensione, affida ad altro soggetto (il vicepresidente da questo nominato), lo svolgimento delle funzioni di governo.

sulla compatibilità con la CEDU della loro efficacia retroattiva.

In ordine a questi ultimi temi, appare certamente improbabile che la Consulta – dopo un così breve lasso di tempo – capovolga il proprio orientamento ed affermi la natura *tout court* sanzionatoria delle disposizioni censurate dal Tribunale di Napoli. Allo stesso tempo, però, non è possibile escludere che la Corte riveda la propria posizione ed affermi che gli istituti della incompatibilità/decadenza/sospensione assumono un carattere sostanzialmente punitivo nei confronti dei singoli consociati colpiti da tali misure, e sono perciò gravemente limitativi dei loro diritti (*iura*), pur conservando lo scopo di difendere le istituzioni e con esse l'ordinamento costituzionale (*ius*). Una scelta che assicurerebbe “*la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali, sovranazionali ed internazionali, complessivamente considerati che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca*”⁴³ e che potrebbe essere incoraggiata dagli ultimi orientamenti della giurisprudenza amministrativa in materia di (ir)retroattività dei provvedimenti ablatori⁴⁴.

Certo è che la Corte ha il dovere – a prescindere dalle considerazioni sulle altre questioni sollevate dal Tribunale di Napoli – di pronunciarsi, con adeguata motivazione, sulla compatibilità delle disposizioni del d.lgs. n. 235/2012 con l'art. 7 CEDU. Ogni altra soluzione che evitasse alla Corte di argomentare sul punto apparirebbe irrimediabilmente rinunciataria e compromissoria⁴⁵. Il silenzio della Corte, peraltro, potrebbe lasciare spazio all'attività dei giudici comuni che, in attesa di una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul tema⁴⁶, per colmare il vuoto di tutela venutosi a creare, potrebbero – attraverso gli strumenti interpretativi a loro disposizione – ritagliarsi cospicui spazi di intervento a difesa dei diritti fondamentali che le disposizioni del d.lgs. Severino – come finora applicate – paiono violare.

4. Giudici comuni e tutela dei diritti fondamentali. L'interpretazione convenzionalmente conforme delle disposizioni del d.lgs. n. 235/2012.

Si è notato che la riduzione degli spazi di tutela dei diritti fondamentali della persona da parte della giurisprudenza costituzionale a favore di esigenze di carattere ordinamentale (economico-finanziarie, di pubblica sicurezza, di tutela

⁴³ Cfr. Corte costituzionale, n. 170/2013, n. 85/2013 e n. 264/2012.

⁴⁴ Il riferimento è, ancora una volta, a Consiglio di Stato, VI, 3 marzo 2016, n. 882.

⁴⁵ Si è già detto che, a meno di clamorosi *overruling*, la Corte non potrà dichiarare inammissibili e/o irrilevanti le questioni sollevate dal Tribunale di Napoli a seguito dell'intervenuta assoluzione a carico dell'on. De Luca. La Consulta, però, ben potrebbe limitarsi ad analizzare e – qualora la ritenesse fondata – accogliere la prima delle questioni sollevate dal giudice *a quo* ritenendo assorbite le ulteriori questioni (quelle relative, appunto, alla natura e alla portata retroattiva degli istituti previsti dal d. lgs. Severino). In tal senso, cfr. Corte costituzionale n. 293/2010, secondo cui è compito della Consulta “*valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il thema decidendum devoluto al suo esame e stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza e dichiarare assorbite le altre quando si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità*”. Sul tema, per tutti, cfr. A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, 2013. Ora, non può non rilevarsi che una siffatta conclusione, pur essendo possibile da un punto di vista processuale secondo la giurisprudenza costituzionale, sarebbe sintomo della volontà della Corte di sottrarsi dal confronto con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di (ir)retroattività penale.

⁴⁶ Il riferimento è all'atteso verdetto della Corte EDU sul ricorso Berlusconi c. Italia, rg. n. 58428/13.

delle istituzioni) potrebbe portare ad un nuovo protagonismo dei giudici comuni quale sede privilegiata per la tutela dei diritti fondamentali così come garantiti nell'ordinamento euro-unitario.

In tal senso, un ruolo fondamentale potrebbe essere rivestito dal *potere/dovere* di interpretazione convenzionalmente conforme che vincola ciascun giudice ad applicare il diritto interno nel rispetto dei precetti della CEDU così come enucleati dalla Corte di Strasburgo ⁴⁷.

Ora, sul tema dell'interpretazione convenzionalmente conforme si è registrato un'ampia riflessione in dottrina ⁴⁸ ed in giurisprudenza ⁴⁹. Da ultimo si è visto che la Corte costituzionale, con le sentenze n. 49/2015 e n. 36/2016, ha stabilito che il dovere di interpretazione convenzionalmente conforme del giudice comune è recessivo rispetto all'attività ermeneutica costituzionalmente conforme ⁵⁰. La stessa Corte ha peraltro evidenziato che – nell'applicazione e nell'interpretazione della CEDU – i giudici comuni non possano configurarsi quali “passivi ricettori” degli orientamenti giurisprudenziali di Strasburgo, ma devono piuttosto essere protagonisti esclusivi dell'attività ermeneutica ⁵¹.

Ora, nella vicenda De Luca, il Tribunale di Napoli ha rilevato la sussistenza di un contrasto tra le disposizioni del d.lgs. n. 235/2012 e l'art. 7 della CEDU ⁵², ed ha sollevato la questione di legittimità costituzionale delle stesse, rimettendo alla Corte la responsabilità della scelta senza verificare prima, come pure avrebbe dovuto, la possibilità di un'interpretazione convenzionalmente conforme delle disposizioni del d.lgs. Severino.

In altre parole, il giudice *a quo* ha scelto di *non forzare la mano* – probabilmente anche in considerazione del rilievo politico della vicenda – e non ha, come pur avrebbe dovuto, utilizzato tutti gli strumenti ermeneutici a propria disposizione al fine di rispettare la sostanza delle disposizioni convenzionali per come interpretate/applicate dalla Corte EDU.

La circostanza che la Corte costituzionale possa, anche in relazione alla vicenda

⁴⁷ Per tutti cfr. Corte costituzionale n. 239/2009.

⁴⁸ Sul tema cfr. A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015; A. CELOTTO - G. PISTORIO, *Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi*, in *Giur.it.*, 2010, 1983 ss. In generale, sul tema dell'interpretazione conforme cfr. G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

⁴⁹ *Ex plurimis* Corte costituzionale, n. 348 e 349 del 2007, n. 39/2008, n. 311 e 317 del 2009, n. 93, 187 e 196 del 2010, n. 49/2015.

⁵⁰ Tale modo di procedere, secondo la Consulta, “riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”. Sul punto A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito europeo*, cit., pag. 3, ha evidenziato che attraverso tale pronuncia “torna a emergere prepotente una visione piramidale dei rapporti tra le Carte stesse (e tra le Corti)” che si allontana dalla diversa visione “orizzontale (e circolare) che considera tutte le Carte abilitate a concorrere su basi paritarie alla tutela dei diritti in campo”.

⁵¹ Nello stesso senso Corte costituzionale n. 349/2007 ha affermato che “l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito in prima battuta ai giudici degli Stati membri”.

⁵² La sussistenza di tale contrasto, peraltro, risulta evidente non soltanto in virtù della già richiamata – e consolidata – giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito a disposizioni sanzionatorie sostanzialmente “afflittive”, ma altresì in virtù del dovere di ciascun giudice di interpretare le disposizioni della CEDU in maniera conforme all'oggetto e allo scopo del trattato che è quello “della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo”. Deve precisarsi, infatti, che le disposizioni della CEDU devono essere interpretate non ricorrendo ai criteri interpretativi contenuti nelle cd. preleggi, ma in ossequio alle disposizioni contenute nell'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Sul punto cfr. V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, maggio 2015, pag. 4.

De Luca, adottare un approccio *minimale* rispetto al tema della tutela dei diritti sanciti dalla Convenzione, però, potrebbe spingere i giudici comuni ad operare una scelta diversa e ad assumersi direttamente la responsabilità di garantire tali diritti attraverso una interpretazione convenzionalmente conforme delle disposizione del d.lgs. Severino. Da ciò la necessità di verificare se un'operazione ermeneutica in tal senso è da ritenersi possibile, anche alla stregua delle stringenti limitazioni recentemente definite dalla Consulta con la già richiamata sentenza n. 49/2015.

Secondo il disposto degli artt. 8 e 11 del d.lgs. n. 235/2015, sono sospesi di diritto dalle cariche indicate al comma 1 degli artt. 7 e 10 del medesimo decreto: coloro che hanno riportato una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati dagli artt. 7 e 10, comma 1, lettere a), b) e c); coloro che, con sentenza di primo grado, confermata in appello per la stessa imputazione, hanno riportato, dopo l'elezione o la nomina, una condanna ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per un delitto non colposo; coloro nei cui confronti l'autorità giudiziaria ha applicato, con provvedimento non definitivo, una misura di prevenzione in quanto indiziati di appartenere ad una delle associazioni di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a) e b), del d.lgs. n. 159/2011.

In altre parole, il dato testuale delle citate disposizioni non fornisce alcuna indicazione circa la loro applicazione retroattiva⁵³. Ciononostante, la giurisprudenza di merito – a partire da Consiglio di Stato, V, 6 febbraio 2013, n. 695 – ha affermato che l'applicazione retroattiva degli istituti previsti dal d.lgs. n. 235/2012 con riferimento a sentenze per fatti commessi in data antecedente all'entrata in vigore del predetto decreto debba farsi discendere dall'applicazione della disciplina generale dettata dall'art. 11 preleggi, nonché dall'interpretazione sistematica di tali disposizioni alla luce di quanto stabilito dall'art. 16, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 235/2012.

Tale interpretazione, a cui pare aderire anche il giudice partenopeo, è stata oggetto di critiche, anche in ordine alla fragilità dell'impianto logico su cui è fondata⁵⁴, ed appare peraltro in palese contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui *“la retroattività della legge rappresenta un'eccezione e deve essere esplicita, dovendosi, in mancanza di una previsione univoca, optare per l'interpretazione che esclude la retroattività”*⁵⁵. In questa sede è sufficiente evidenziare che l'interpretazione sistematica delle disposizioni interne è in ogni caso *recessiva* rispetto a quella convenzionalmente conforme.

In altre parole, nel silenzio della legge, che omette qualsiasi riferimento esplicito all'efficacia retroattiva delle sue disposizioni⁵⁶, l'interprete ha – prioritariamente – il dovere di ricavare da queste la sola interpretazione conforme al dettato della Convenzione. Tale criterio ermeneutico ha la priorità su ogni altro, fatta salva l'ipotesi di contrasto tra la norma ricavata attraverso esso e la Costituzione.

In questo caso è da ritenersi che il giudice chiamato a dare applicazione alla disposizione *de qua* posso applicarla esclusivamente con riferimento alle sole condanne per fatti commessi successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 235/2012.

In altre parole, posto che il principio di irretroattività in materia penale è garantito in maniera più intensa dall'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di

⁵³ V. NICO D'ASCOLA, *op. cit.*, pag. 2 ss.

⁵⁴ Sul punto ancora V. NICO D'ASCOLA, *op. cit.*, pag. 2 ss.

⁵⁵ Consiglio di Stato, VI, 3 marzo 2016, n. 882.

⁵⁶ In tal senso V. NICO D'ASCOLA, *op. cit.*, *passim*. Nello stesso senso anche S. CECCHINI, *op. cit.*, pag. 11.

Strasburgo, e che la sua applicazione si estende ad ogni provvedimento *lato sensu* punitivo, i giudici sono chiamati ad interpretare le disposizioni del d.lgs. n. 235/2012 in maniera convenzionalmente conforme, e – quindi – irretroattiva. Tale interpretazione, d'altronde, non contrasta né con il tenore letterale delle predette disposizioni né con una diversa interpretazione costituzionalmente conforme delle stesse⁵⁷ ed è anzi conforme al generale principio di (ir)retroattività della legge che informa tutto l'ordinamento e che assume carattere maggiormente stringente in materia di provvedimenti ablatori⁵⁸.

Peraltro, anche a postulare che il dato testuale sancisca inequivocabilmente la retroattività delle disposizioni in materia di incandidabilità, decadenza e sospensione, deve ritenersi che in ogni caso il giudice – ove si tratti di garantire una maggiore tutela dei diritti della persona – potrebbe andare oltre il dato testuale, quasi ad integrarlo. L'esigenza di dare una più intensa tutela agli *iura* del singolo cittadino giustificerebbe, insomma, una torsione più accentuata del dato testuale nell'ottica di un'ermeneutica orientata ai diritti⁵⁹.

Si obietterà che, così facendo, il giudice interverrebbe in maniera invasiva sulle disposizioni legislative assolvendo ad una funzione creativa piuttosto che interpretativa. Una siffatta obiezione non tiene conto, però, del fatto che ogni istanza giurisdizionale partecipa strutturalmente al processo formativo del diritto, al fine di rispondere a esigenze di giustizia ed ovviare alle lacune normative presenti nell'unico ordinamento⁶⁰.

5. In conclusione. Ripensare il sistema circolare di protezione dei diritti. I rapporti tra i giudici, le Carte (e le Corti) nell'ottica del *primato di servizio alla persona*.

Le riflessioni sin qui svolte spingono a ritenere che il sistema di protezione dei

⁵⁷ Suscita, peraltro, perplessità la teorizzazione di una “*contrapposizione secca*” tra le due tipologie di interpretazione effettuata dalla Corte, sul punto cfr, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta*, cit. pag. 6.

⁵⁸ Così Consiglio di Stato, VI, 3 marzo 2016, n. 882.

⁵⁹ Nel solco di quanto affermato da E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratore-collaborativo*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, pag. 1854 che, in tema di interpretazione costituzionalmente conforme, ha sostenuto che “*i giudici sono in linea di principio abilitati a compiere operazioni creative anche molto ardite che arrivano a ignorare, stravolgere o ribaltare la nuda lettera della legge, allo scopo di adeguare la legge stessa al dettato costituzionale*” purché tale interpretazione sia “*sorretta da una adeguata motivazione e assicuri alle parti una regolamentazione dei rapporti giuridici pendenti non incostituzionale*”. Nello stesso senso, R. COSIO, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento complesso*, in www.europeanrights.eu, 2014. *Contra* Corte Costituzionale n. 49/2015, n. 1/2013, e n. 219/2008 secondo cui è compito del giudice assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alla CEDU solo “*a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettura della legge*”. Nello stesso senso, la recentissima Corte costituzionale n. 36/2016 secondo cui l'interpretazione conforme [a Costituzione] è doverosa “*ma appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche esegetiche poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale che hanno carattere dichiarativo*”.

⁶⁰ Sulla “*circolarità*” dei rapporti tra legislatore e giudici nell'attività di creazione, interpretazione ed applicazione del diritto cfr. A. CARIOLA, *Sull'interpretazione costituzionale ed altri saggi*, Torino, 2015, pag. VIII e 32 ss. che evidenzia come “*nell'ottica del diritto costituzionale fatto, norma e decisione giudiziaria sono oggetti necessari di considerazione*”. Sulla natura necessariamente creativa della giurisprudenza, se si vuole, si rimanda altresì alle riflessioni contenute in A. LANZAFAME, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative. Note a margine di Cass. civ., VI, n. 174/2015*, in Judicium.it, 2015.

diritti – e di conseguente integrazione delle Carte che li riconoscono – nel cd. ordinamento multilivello possa e debba essere ripensato nell’ottica di un progressivo ampliamento dei poteri del giudice quale istanza di *prossimità* nella garanzia dei diritti⁶¹.

In tal senso depongono: a) la timidezza della Consulta nell’accoglimento delle istanze di tutela dei diritti fondamentali; b) la *lontananza* della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e la sua insufficienza rispetto all’esigenza di immediatezza nella tutela dei medesimi diritti; c) la sempre più capillare diffusione di strumenti ermeneutici attraverso cui il giudice può ricavare dalle disposizioni di diritto interno – quasi a forzarle – delle norme capaci di garantire tali diritti.

Dovrebbe registrarsi, in altre parole, la *tendenza* dell’ordinamento verso un ampliamento degli spazi di azione del giudice comune nel sistema circolare di tutela dei diritti fondamentali si da consentire a quest’ultimo di conoscere dell’intero ordinamento e di applicare direttamente le disposizioni, anche convenzionali, che assicurano il maggiore livello di tutela ai predetti diritti.

Si tratta – però – di una tendenza fermamente contrastata dalla Corte costituzionale che, a partire dalle cd. “sentenze gemelle”⁶², ha negato la possibilità per il giudice di procedere ad un’applicazione diretta delle disposizioni della Convenzione, ed ha affermato il dovere di quest’ultimo di sollevare questione di legittimità costituzionale della disposizione interna innanzi alla Consulta. È una scelta che appare coerente con una visione piramidale dei rapporti tra le Carte (e tra le Corti) e che è stata sostanzialmente confermata dalle cd. sentenze gemelle-*bis* che hanno continuato ad escludere la diretta applicabilità della CEDU⁶³.

Invero, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona l’applicazione diretta delle disposizioni convenzionali è stata riproposta dalla giurisprudenza⁶⁴, sulla scorta di una sorta di “comunitarizzazione” della CEDU. Una siffatta conclusione è stata invero ritenuta inapplicabile, se non addirittura “*errata in termini di logica giuridica*”⁶⁵. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 80/2011 è ritornata sulla possibilità di disapplicazione diretta della CEDU che “*deve escludersi che il giudice [comune] possa ritenersi abilitato a non applicare, omisso medio, le norme interne ritenute incompatibili con la Convenzione*”. Secondo i giudici costituzionali, infatti, “*la*

⁶¹ Sul punto cfr. A. CARIOLA, *Integrazione processuale vs. integrazione sostanziale*, cit, pag. 207 ss. Sulla possibilità di ripensare il modello di protezione dei diritti cfr. altresì R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2014 e ID., *Corte di giustizia e giudici nazionali. Il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico*, cit., pag. 465 ss che insiste sulla trasformazione del nostro sistema di giustizia costituzionale verso un modello “duale”.

⁶² Corte costituzionale, n. 348/2007 e n. 349/2007.

⁶³ Corte costituzionale, n. 311/2009 e n. 317/2009. Sul punto cfr. A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta*, cit., pag. 3 ha evidenziato che all’indomani di tali sentenze la visione piramidale dei rapporti tra le Carte è persa “*poter talora recedere a fronte della diversa visione orizzontale che considera tutte le carte abilitate a concorrere su basi paritarie alla tutela dei diritti in campo*”.

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, IV, 2 marzo 2010, n. 1220, in cui si afferma che gli articoli 6 e 13 CEDU sono divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale a seguito della modifica dell’art. 6 TUE. Nello stesso senso Tar Lazio, II-*bis*, 18 maggio 2010, n. 11984

⁶⁵ L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014. Sul punto cfr. altresì A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano?*, in *Giust. Amm.*, 2010; G. REPETTO, *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un’efficacia diretta e prevalente nell’ordinamento interno? Consiglio di Stato e TAR Lazio alla ricerca di nuove (e discutibili) soluzioni*, in www.diritticedu.unipg.it.

statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta ancora improduttiva di effetti” e “la puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l’adesione [della UE alla CEDU] verrà realizzata”. Nello stesso senso la Corte di Giustizia UE, con la sentenza *Kamberaj*⁶⁶, ha affermato che il Trattato UE non impone al giudice della controversia, in caso di conflitto tra norma nazionale e CEDU, di applicare direttamente le disposizioni di quest’ultima⁶⁷.

Tale posizione è stata recentemente ripresa dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁶⁸, che ha sostenuto l’impossibilità per il giudice comune di disapplicare una disposizione interna ritenuta incompatibile con la Convenzione.

Infine, si è già evidenziato che con la sentenza n. 49/2015 la Corte costituzionale è nuovamente tornata, in chiave *difensiva*⁶⁹, sui rapporti tra Costituzione e Convenzione per ribadire il *primato assiologico* della prima sulla seconda⁷⁰.

Tale impostazione, già vivacemente criticata da alcuni Autori⁷¹, non riesce ad essere convincente. Si è già evidenziato in dottrina che i rapporti tra le Carte, e tra le rispettive Corti, dovrebbero regolarsi sulla base della logica della “maggiore protezione” dei diritti⁷², cristallizzata nell’ordinamento “euro-unitario” negli artt. 52, paragrafo 3, e 53 della Carta di Nizza⁷³.

⁶⁶ CGUE, 24 aprile 2012, C-571/2010.

⁶⁷ In tal senso, A. MARCHESELLI, *Il riconoscimento dei “diritti fondamentali” nella CEDU, nell’UE e nel diritto italiano: uno spunto da una sentenza del Consiglio di Stato francese*, in *Giur. It.*, 2012, pag. 2686 ss. secondo cui sebbene “l’art. 6 non obblighi alla disapplicazione del diritto interno incompatibile con la CEDU, sempre e direttamente, non sembra poter significare che principi fondamentali del diritto comunitario, siano essi di origine genuinamente comunitaria, siano essi oggetto di recepimento provenendo da una origine nella Convenzione, possano essere violati dal legislatore interno, né che il giudice interno possa soprassedere alla diretta applicazione del diritto comunitario (sia esso di principio o di dettaglio, originario o derivato dalla Convenzione)”.

⁶⁸ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 2/2015 ord. Secondo i giudici amministrativi l’adesione dell’UE alla CEDU sancita con il Trattato di Lisbona “non ha comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la ricordata concezione delle norme interposte”.

⁶⁹ Invero, la Corte costituzionale si è spinta, al fine di affermare il primato della Costituzione (e del suo giudice) a teorizzare un utilizzo “offensivo” della teoria dei controlimiti,

⁷⁰ Così Corte Costituzionale, n. 49/2015 quasi a rivendicare una posizione assolutistica nella definizione dei contenuti dei diritti dell’uomo. Sul punto appare non può non condividersi la considerazione critica di I. RIVERA, *L’obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, in *Federalismi.it*, n. 19/2015 secondo cui tale rivendicazione potrebbe comportare “l’inasprimento delle relazioni tra giudici, alla ricerca di quadra che potrebbe non giungere mai”.

⁷¹ Sul punto A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta*, cit., pag. 5 ss. ha evidenziato il “patriottismo costituzionale ingenuo ed infecondo” della Corte. Critica anche D. RUSSO, cit., pag. 5, secondo cui la lettura operata dalla Consulta “tende ad irreggimentare la funzione interpretativa del giudice comune, vincolandola al principio del predominio assiologico della Costituzione e ostacolando l’espressione di una interpretazione sostanzialistica ispirata alla maggiore tutela”. Nello stesso senso R. CONTI, *La CEDU assediata? (Osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *ConsultaOnline*, 2015, pag. 192, il quale evidenzia che “la Corte sembra avere aperto le porte ad operazioni potenzialmente al ribasso nella protezione dei diritti fondamentali”.

⁷² Sul punto, cfr. A. RUGGERI, *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in *ConsultaOnline*, 2014, pag. 1, Id., *L’interpretazione conforme*, cit., pag. 5 ss. Nello stesso senso D. RUSSO, cit., pag. 5, secondo cui tale criterio ordinante “dovrebbe assurgere a principio cardine del patrimonio costituzionale europeo” e R. CONTI, *op. cit.*, pag. 187. Sulla necessità di garantire la “massima espansione delle garanzie di tutti i diritti”, ancora una volta, cfr. Corte costituzionale, n. 170/2013, n. 85/2013 e n. 264/2012.

⁷³ Cfr. Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, art. 52, paragrafo 3, che prevede che “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono

Sulla scorta di tale assunto si è affermato che nell'ordinamento unico europeo ciascun giudice – al fine di espandere al massimo la garanzia dei diritti – può (e deve) applicare per intero il diritto esistente nelle parti coerenti rispetto ai valori fondanti⁷⁴.

Potrebbe obiettarsi che una siffatta impostazione collide con l'empirica – e fondata – considerazione che i diritti sono “a somma zero”⁷⁵ e che la logica della massimizzazione degli *iura* è per ciò stesso una petizione di principio inattuabile. Epperò, tale obiezione risulta inconferente ogniqualvolta di fronte al giudice *a quo* si controverta di una limitazione dei diritti e delle libertà personali derivante da esigenze – più o meno meritevoli di tutela – di pubblico interesse.

Se si muove dalla preminenza dei diritti i rapporti tra le Carte non possono che strutturarsi secondo un *primato di servizio* rispetto alle libertà della persona. In altre parole, è da ritenersi che, a fronte di una disposizione che limiti il diritto/libertà personale in nome di un'esigenza pubblica (sanzionatoria e/o di protezione), l'interprete debba riconoscere il primato della Carta che meglio “serve” (e protegge) tale diritto⁷⁶.

In tale caso, la finalità di garantire la massima tutela dei diritti della persona giustifica, insomma, non soltanto un intervento maggiormente incisivo del giudice nell'attività interpretativa, ma altresì la possibilità per quest'ultimo di applicare direttamente i principi e le disposizioni convenzionali e, di conseguenza, disapplicare – anche solo parzialmente – le norme interne contrastanti con essi⁷⁷.

Ora, tornando alle vicende del d.lgs. Severino, una siffatta impostazione permetterebbe a ciascun giudice di proteggere il diritto fondamentale del cittadino/eletto a non essere vittima dell'applicazione retroattiva di un provvedimento di natura *afflittiva*.

E' noto – infatti – che il divieto di retroattività in materia penale costituisce un

uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”; l'art. 53 prevede altresì che “nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”. Deve precisarsi che la Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 80/2011 ha rilevato che “presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo “.

⁷⁴ Cfr. A. CARIOLA, *Integrazione processuale vs. integrazione sostanziale*, cit, pag. 210.

⁷⁵ R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa - Relazione finale*, in A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2013, pag. 505. Secondo l'Autore il bilanciamento è la dimensione propria di tutti i diritti e pertanto “quanto maggiore è la tutela riconosciuta ad un diritto, di altrettanto è ridotta quella di un altro diritto (o del diritto di un altro)”.

⁷⁶ In tal senso cfr. A. RUGGERI, *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il “valore” della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2014, pag. 12. L'adozione di una siffatta prospettiva sarebbe coerente con l'obbligo dello Stato Italiano, e dei suoi giudici - financo costituzionali - di applicare e/o interpretare la CEDU in maniera coerente con il suo oggetto ed il suo scopo (“tutela dei diritti fondamentali dell'individuo”), come prescritto dal già richiamato art. 32, Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati.

⁷⁷ In una prospettiva comparatistica va rilevato come la disapplicazione delle disposizioni interne contrarie alla CEDU sia pacifica in altri ordinamenti europei. In Francia, ad esempio, l'art. 55 della Costituzione prevede che “i trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, una volta pubblicati, efficacia superiore a quella delle leggi, con riserva, per ciascuno accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra Parte”. Sulla scorta di tale enunciazione i giudici francesi non hanno esitato a disapplicare – per contrasto con l'art. 1, Primo Protocollo, CEDU, una disposizione con la quale era stato abrogato, prima della fine del periodo di imposta di riferimento, un credito di imposta introdotto in precedenza, cfr., Conseil d'etat, 4 giugno 2012, n. 308996.

principio fondamentale nell'intero ordinamento internazionale ed europeo, garantito non soltanto dalla CEDU ma tipico delle tradizioni costituzionali comuni degli stati europei⁷⁸.

Seguendo l'impostazione del *primato di servizio* sarebbe doveroso per ciascun giudice applicare tale principio nella misura più garantista possibile che, nel caso di specie, è costituita dal livello di protezione fornito dall'art. 7 della Convenzione. Peraltro, ad applicare direttamente il divieto di retroattività nella più ampia accezione prevista dalla CEDU i giudici non dovranno *intervenire* sulla disposizione, né tantomeno espungere dall'ordinamento gli istituti previsti dal d.lgs. n. 235/2012; il risultato della loro attività ermeneutica sarà la limitazione dell'applicazione retroattiva – come d'altronde è convenzionalmente necessario – delle misure di incandidabilità/sospensione/decadenza.

L'intervento del giudice, collocandosi a metà tra l'interpretazione convenzionalmente conforme e la disapplicazione delle disposizioni incriminate (nella parte in cui non prevedono la loro applicazione solo per le condanne relative a fatti commessi successivamente alla loro entrata in vigore), si potrebbe qualificare piuttosto come una etero-integrazione *necessaria* delle disposizioni interne con quelle convenzionali con carattere incrementale dei diritti e delle libertà della persona⁷⁹. È una prospettiva questa che permetterebbe ad ogni giudice di assumere il ruolo di protagonista della *reductio ad unitatem* del cd. ordinamento multilivello nell'ottica della più ampia estensione dei diritti della persona, e della riaffermazione del primato della sua dignità e libertà su ogni esigenza ordinamentale⁸⁰.

Le perplessità *teoriche* che una siffatta impostazione potrebbe destare, peraltro, paiono peraltro destinate ad essere superata dalla *concreta* evoluzione dell'ordinamento: cosa è la già richiamata sentenza Consiglio di Stato, VI, n. 882/2016, se non un caso di applicazione diretta – e mascherata – del principio di generale irretroattività della legge così come elaborato dalla Corte di Strasburgo?

⁸¹ Un modo, in altri termini, per preannunciare che, in assenza di una presa di posizione forte e decisa della Consulta, i giudici comuni *faranno da se* per impedire l'applicazione retroattiva di disposizioni (quali ad esempio quelle del d.lgs. Severino) che intervengono in maniera restrittiva nel campo dei diritti fondamentali?

⁷⁸ Tale principio è sancito, innanzitutto, all'art. 11, comma 2, della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, all'art. 25, comma 2, della Costituzione Italiana, e all'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Ciò in quanto il divieto di retroattività che, in ogni settore dell'ordinamento giuridico, trova fondamento nell'esigenza della previa conoscibilità delle regole da osservare e delle conseguenze della loro violazione, assume in materia penale un particolare significato a tutela della libertà del cittadino, costituendo un "essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale", cfr. Corte costituzionale n. 394/2006.

⁷⁹ Nello stesso senso F. POLACCHINI, *Controllo di convenzionalità e Corte costituzionale nell'esperienza italiana*, in *DPCE Online*, n. 3/2015, pag. 7 ss.

⁸⁰ Sul punto cfr. sempre A. RUGGERI, "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in *Diritti comparati*.

⁸¹ La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di interventi *retroattivi* del legislatore (ivi comprese le cd. leggi di interpretazione autentica) ha come fondamento l'esistenza di un generale limite alla retroattività delle leggi, sulle quali è possibile affermare che gravi quasi una *presunzione di irragionevolezza*, superabile soltanto attraverso la dimostrazione da parte dello Stato della sussistenza dei motivi imperativi di interesse generale che giustifichino l'approvazione della legge retroattiva, cfr. *ex multis*, Corte Edu, *Affaire National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, 23 ottobre 1997.

Ad ogni modo, la strada pare tracciata. Sempre che il protagonismo giudiziario nel campo della tutela dei diritti induca la Corte costituzionale ad abbandonare la posizione di *retroguardia* ed a riconsiderare la propria funzione anche di garante dei diritti della persona umana in un quadro *intercostituzionale* e non solo – o forse non più – della Costituzione come sistema *autosufficiente* ⁸².

** Università di Catania

⁸² Cfr. A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla costituzione come "sistema". Notazioni di metodo*, in *ConsultaOnline*, 2015, pag. 538.