

## La “legge Severino” in cerca di un giudice\*

Paola Torretta\*\*

(14 aprile 2015)

Non c'è pace per la “legge Severino”, che continua a far discutere. Questa volta il problema è la giurisdizione sugli atti di sospensione degli amministratori locali.

L'interrogativo nasce dalla vicenda della rimozione, con successivo reintegro cautelare nell'ufficio, del sindaco di Napoli Luigi De Magistris. La Procura Generale della Cassazione ha infatti ritenuto ammissibile il ricorso, presentato dal *Movimento Difesa del Cittadino*, che ha chiesto alle Sezioni Unite di affermare, sul punto, la giurisdizione del giudice ordinario.

L'udienza è prevista per il 26 maggio, data che, evidentemente, tiene la Campania col fiato sospeso, perché la vera posta in gioco del giudizio affidato alla Suprema corte attiene ora, in particolare, alla competizione per la carica di Presidente di detta Regione.

Ma andiamo con ordine.

Se accolta, l'istanza giunta alla Cassazione verrebbe a porre nel nulla la pronuncia del T.AR. Napoli che ha restituito il primo cittadino del capoluogo partenopeo al suo incarico, dopo che il Prefetto lo aveva sospeso in applicazione della normativa anticorruzione, a seguito della condanna in primo grado per abuso d'ufficio.

Nello stesso tempo, con un inevitabile (e temuto) effetto domino, il verdetto delle sezioni unite andrebbe ad investire anche l'altro caso di sospensione appeso alle sorti di De Magistris: quello del sindaco di Salerno, Vincenzo De Luca, anch'egli condannato in primo grado per lo stesso reato e – nonostante ciò - in corsa per l'imminente elezione del Governatore della Campania in veste di vincitore delle primarie del PD.

Di nuovo pertanto - dopo la vicenda della decadenza di Silvio Berlusconi (peraltro ancora non definitivamente conclusa) – l'applicazione del D.lgs. n. 235/2012 scatena una vivace diatriba politica.

Le ragioni sono da ricercare – forse - in un legislatore troppo frettoloso, che non ha soppesato attentamente tutte le delicate implicazioni connesse alla riforma approvata e che ha lasciato (pericolosi) spazi vuoti nella trama del nuovo testo unico in tema di incandidabilità. Lacune che finiscono per addossare all'interprete il compito di individuare significati normativi (e scelte) non esplicitati(e).

---

\* Scritto sottoposto a *referee*.

Se nel primo 'precedente' di decadenza dal mandato parlamentare conseguente a condanna penale è toccato al Senato doversi destreggiare fra i non pochi dubbi sollevati dal decreto Severino (anche sul piano della compatibilità con il parametro 'integrato' costituzione/CEDU/CDFUE)<sup>1</sup>, nella fattispecie la patata bollente è finita in mano alla magistratura.

Dapprima, in relazione alla questione dell'efficacia *ratione temporis* della disciplina in commento, con l'ordinanza del T.A.R. Campania che, al riguardo, ha proposto incidente di costituzionalità sull'applicazione retroattiva delle norme in tema sospensione degli amministratori locali condannati in primo grado e ha 'congelato' in via cautelare, fino alla pronuncia del Giudice delle leggi, il provvedimento prefettizio che aveva temporaneamente rimosso dall'ufficio elettivo il sindaco di Napoli.

Ora, con l'ulteriore 'quesito' riguardante la giurisdizione sugli atti emanati in esecuzione della suddetta normativa, nonché sui diritti che vi risultano coinvolti.

L'interrogativo, sul piano strettamente giuridico, non è in effetti di poco conto e corre su una linea di discriminazione davvero sottile.

L'ammissibilità della domanda di regolamento preventivo di giurisdizione è, nelle argomentazioni del Procuratore Generale della Cassazione Luigi Salvato, basata sul principio, costantemente accolto dalle Sezioni Unite, secondo cui "In materia di contenzioso elettorale amministrativo, sono devolute al giudice amministrativo (...) le controversie in tema di operazioni elettorali, mentre spetta al giudice ordinario la cognizione delle controversie concernenti l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, in quanto volte alla tutela del diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo" (*ex multis*, Cass. civ., sez. un., 9 novembre 2009, n. 23682).

Il criterio di risoluzione adottato dal PG sarebbe, dunque, rintracciabile nella distinzione fra controversie attinenti alla regolarità del processo elettorale e controversie che, invece, hanno ad oggetto il diritto all'elettorato passivo nella sua duplice declinazione di *ius ad officium* e *ius in officio*.

Rispetto a questo ragionamento, ci sentiamo di poter abbozzare alcune considerazioni.

In prima battuta, ci sembra di poter affermare che in *entrambe* le situazioni considerate sia in gioco un diritto individuale, per giunta inviolabile (fra le tante pronunce, v. Corte cost. 235/1988; 141/1996 e 25/2008): quello all'accesso in condizioni di eguaglianza ad una carica pubblica, quale strumento di partecipazione alla vita collettiva ed espressione della tensione personalista che orienta ogni 'sforzo' istituzionale ad assicurare ad ognuno l'effettivo godimento di opportunità di promozione umana (artt. 2 e 3 Cost.).

---

<sup>1</sup> Sia consentito il rinvio a P. TORRETTA, *Incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, Napoli, ES, 2015.

Ciò che peraltro non ha, in molti altri casi, impedito l'intervento della giurisdizione amministrativa, ormai sempre più spesso chiamata ad utilizzare il linguaggio dei diritti fondamentali e a 'dialogare' con le istanze ad esso sottese<sup>2</sup>.

Per addentrarci, invece, nella specifica interpretazione delle norme attraverso cui il d.lgs. n. 235/2012 regola l'acquisto e la conservazione delle cariche elettive locali, è da capire se la questione debba essere valutata dalla prospettiva propria dell'istituto dell'incandidabilità (nella specie sopravvenuta) – avendo riguardo quindi alla sua natura e finalità - o dal punto di vista dei suoi effetti (la decadenza e, nello specifico, la sospensione, essendo l'incandidabilità legata a condanna non definitiva).

Se ci poniamo nell'ottica della categoria giuridica dell'incandidabilità (nella sua versione 'originaria'), la giurisdizione del giudice amministrativo è esplicitata dallo stesso T.U. del 2012, il quale rinvia ai riti speciali previsti dal codice del processo amministrativo (art. 129, d.lgs. 104/2010) per le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti preparatori del processo elettorale, tra cui le delibere degli uffici elettorali sull'ammissibilità e ricusazione delle candidature (e dei simboli) elettorali (art. 5, III c., d.lgs. 235/2012).

Sul piano, invece, delle conseguenze prodotte dall'incandidabilità che sopraggiunga in corso di mandato, è in effetti agevole constatare come vi sia una sostanziale 'sovrapposizione' con lo schema della decadenza, fino ad oggi conosciuto e 'utilizzato' per dar corso all'accertamento di cause di ineleggibilità e di incompatibilità sopravvenute.

Nondimeno, ci sembra che il riferimento per individuare il giudice dell'incandidabilità sopravvenuta (e nello specifico della sospensione dal mandato elettivo) per gli amministratori locali non possa essere quest'ultimo.

Riteniamo, infatti, che ci si debba focalizzare sulla figura dell'incandidabilità, sulla sua caratterizzazione tipica.

Per comprendere meglio la scelta di questa angolazione di indagine appare utile mettere a confronto l'istituto ora in discussione con il diverso concetto dell'ineleggibilità che, se sopravvenuta, dà origine (al pari dell'incandidabilità) ad esiti decadenziali.

L'incandidabilità riguarda la fase antecedente la costituzione del rapporto elettorale e si iscrive nella più generica definizione dei presupposti della capacità elettorale passiva<sup>3</sup>;

---

2 v. sul punto, in particolare, A. D'ALOIA, *Il giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la 'maschera' dell'interesse legittimo)*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, F. DEFFENU, A. GUZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 563 ss., nonché F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in *Teoria e storia del diritto privato*, rivista internazionale online, [www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), p. 1 ss. e, in giurisprudenza, Corte cost. 140/2007, Cass. civ., Sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187 e T.A.R. Lombardia, sez. II, ord. 22 maggio 2008, n. 791.

l'eleggibilità, invece, attiene alle condizioni in base alle quali chi viene eletto può validamente assumere l'ufficio.

L'incandidabilità funge da presidio alla qualità, imparzialità e buon andamento delle amministrazioni pubbliche, oltre che alla garanzia dell'ordine pubblico e della libera determinazione degli organi elettivi. Mira infatti ad evitare, come ha chiarito il Giudice costituzionale (Corte cost. 118/1994; 295/1994 e 141/1996), che esigenze attinenti al corretto e democratico funzionamento dell'organizzazione statale possano risultare compromesse dall'accesso ad incarichi istituzionali di chi versi in una condizione di inidoneità funzionale dovuta alla carenza di indispensabili qualità personali connesse all'etica e alla moralità richieste per l'esercizio di una funzione pubblica. Si tratta, in particolare, di una condizione di "indegnità" che investe il soggetto che sia condannato per determinate (e gravi) fattispecie di reato.

Essa è concepita come 'blocco' che interviene prima dello scrutinio popolare, ossia nella fase della presentazione della candidatura, perché chiamata ad impedire in modo assoluto (e insanabile) l'accesso alla tornata elettorale da parte di chi sia sprovvisto di quei requisiti di onestà, lealtà istituzionale e rettitudine necessari per esprimere il prestigio delle cariche pubbliche per le quali intende concorrere.

Una diversa *ratio* sta, invece, alla base dell'ineleggibilità, diretta a prevenire forme di *captatio benevolentiae* o di *metus publicae potestatis* nei confronti degli elettori, a scapito della libera ed eguale espressione del voto (art. 48, I c., Cost.) e della parità di *chances* dei candidati<sup>4</sup>.

Questa figura, che presuppone la piena capacità elettorale passiva (e, quindi, anche la candidabilità), vincola dunque il soggetto interessato a rimuovere preventivamente la causa ostativa all'assunzione di un dato ufficio elettivo e, se ciò non avviene, non impedisce la partecipazione alla competizione elettorale, ma determina l'invalidità dell'investitura seguita all'elezione. Ciò in quanto l'acquisizione del mandato rappresentativo si deve presumere viziata dal ruolo in precedenza ricoperto dall'eletto, tale da metterlo in condizione di poter esercitare indebite pressioni sugli elettori.

---

3 Cfr. N. LUPO, G. RIVOSECCHI, *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 6/2013, p. 590 ss., ma nello stesso senso anche A. MARI, *Incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità negli organi degli enti locali*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1/2001, p. 99 ss.; F. SCUTO, *La nuova dimensione dell'incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in *Rivista AIC*, 2013, p. 6 e G.M. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 235 del 2012*, in *Archivio penale*, 1/2014, [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), p. 3.

4 fra i tanti, v. T. MARTINES, *In tema di ineleggibilità e di incompatibilità*, in *Annali seminario giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Napoli, Jovene, 1949, 478 ss.; C. DE CESARE, *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, p. 2; G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 151 ss.

Da questa breve analisi si evincono le premesse e le giustificazioni proprie dei due istituti, da cui deriva anche un diverso modo di operare degli stessi. L'incandidabilità attiene cioè al momento pre-elettorale, alle operazioni preparatorie del voto, mentre l'ineleggibilità viene in rilievo se e quando si sia costituito, tramite l'elezione, il rapporto elettorale.

E la giurisdizione del giudice amministrativo risiederebbe proprio in questa sottile (ma chiara sul piano ontologico) differenza, sebbene – è da ricordarlo – la Corte costituzionale abbia ascritto l'incandidabilità al più ampio *genus* dell'ineleggibilità (Corte cost. nn. 407/1992; 141/1996 e 132/2001).

Ma veniamo ora, in modo più specifico, alla problematica della sospensione. Si potrebbe obiettare che, quando l'incandidabilità sorga nello svolgimento del mandato, la distinzione sopra delineata tenda a sfumare (e negli effetti prodotti ciò è evidente), non potendo la causa ostativa all'esercizio dell'elettorato passivo cancellare il mandato già svolto. Il risultato, quindi, può essere solo quello di precluderne la prosecuzione.

E' però da considerare che, anche per tale circostanza, l'incandidabilità rimane, nella sua connotazione intrinseca, un limite *a proporsio* come titolare di una carica elettiva. E', cioè, pur sempre un ostacolo che si frappone nel (preliminare) momento della formazione delle liste elettorali. Ciò significa che, anche quando sia sopravvenuta (o accertata in corso di mandato) essa è fondata sulla *ratio* per cui il soggetto (divenuto) incandidabile non possiede (e non possedeva) quei requisiti morali indispensabili anche solo per prendere parte alla competizione elettorale.

L'incandidabilità è, in sostanza, una forma di divieto (preventivo) che, anche quando viene in essere (o è rilevata) successivamente all'elezione, sebbene non possa travolgere ciò che è stato, è la dimostrazione che il titolare dell'ufficio elettivo è 'affetto' da una 'radicale' incapacità funzionale.

E tale profilo – benché questa non sia la sede per approfondire l'argomento – mette ben in luce la delicata questione della "latitudine" temporale assegnata alla nuova disciplina anticorruzione (soprattutto rispetto all'incandidabilità sopravvenuta). L'intensa 'carica invalidante' sottesa all'incandidabilità (con tutte le ripercussioni che comporta) pare infatti, a nostro avviso, avallare una lettura del D.lgs. 235/2012 che ne circoscriva l'applicabilità ai soli fatti di reato commessi successivamente alla sua entrata in vigore. Ciò in un'ottica di salvaguardia della certezza del diritto, declinata nel significato di conoscibilità delle conseguenze giuridiche legate alla condotta individuale, specie se limitative di una libertà fondamentale<sup>5</sup>.

Per tornare, allora, alla decadenza prodotta dalla "legge Severino" (anticipata con la sospensione per gli amministratori locali), la perdita della carica elettiva sembrerebbe

---

<sup>5</sup> Diffusamente, su questo aspetto, ancora P. TORRETTA, *Incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, op. cit., part. p. 75 ss.

assumere il senso di unico 'rimedio' ad un percorso già compromesso in origine, tanto che a questo esito si accompagna, per il soggetto decaduto, anche la preclusione (per tutta la durata dell'incandidabilità) a concorrere per una ulteriore carica pubblica.

La cessazione dal mandato rappresentativo, sembrerebbe pertanto – diversamente da quanto avviene per l'ineleggibilità – il sintomo di un 'vizio' della procedura pre-elettorale (in relazione alla ammissibilità della candidatura), sebbene acclarato solo dopo l'elezione. Anche in tale fattispecie, ciò che viene in rilievo è sempre e comunque l'irregolarità degli atti propedeutici alla scelta del corpo elettorale o, per utilizzare le parole di G.M. Salerno, "l'illiceità di tutti gli atti compiuti dal soggetto per ottenere la candidatura"<sup>6</sup>.

E su questo 'significato' della «*decadenza da "legge Severino"*» si fonda, a nostro parere, la cognizione del giudice amministrativo.

E' chiaro che anche in ordine all'incandidabilità non si possa disconoscere l'impatto (peraltro gravoso) della normativa in commento su un diritto soggettivo perfetto, ma ciò non è sufficiente per dire che non se ne possa occupare il giudice amministrativo.

Semmai anche questo 'nuovo' intoppo sulla riforma Severino può essere un insegnamento, facendo emergere tutta la problematicità legata all'applicazione dell'incandidabilità, quando il dato normativo - punto di partenza per l'interprete - è rappresentato da un testo che presenta troppe 'falle' a fronte di un istituto non pienamente riconducibile agli schemi operativi già noti e consolidati nella prassi della tutela (effettiva) del diritto di elettorato passivo.

\*\* Associato di diritto costituzionale. Università di Parma.

---

6 G.M. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 235 del 2012*, op. cit., p. 4.