




Osservatorio
Legislativo
Interregionale

Roma, 20 - 21 novembre 2014

Giovanni Giardino e Gianguido D'Alberto - Regione Abruzzo

Giurisprudenza non costituzionale di interesse regionale

GIURISPRUDENZA NON COSTITUZIONALE DI INTERESSE REGIONALE

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 20 - 21 novembre 2014 Giovanni Giardino e Gianguido D'Alberto - Regione Abruzzo Giurisprudenza non costituzionale di interesse regionale
---	---	--

T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I 30 ottobre 2014, n. 1801 – Sulla retroattività dell'articolo 11 del D.Lgs. n. 235 del 2012 la parola alla Corte costituzionale.


1.Premessa e i precedenti del Consiglio di Stato.

L'ordinanza in esame, che ha assunto una rilevanza sotto il profilo mediatico per le significative ripercussioni sul piano politico e istituzionale, merita di essere segnalata per le questioni giuridiche sollevate, nella misura in cui ha di fatto riaperto il tema della portata retroattiva dell'art. 11 della c.d. legge Severino (D.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235), ovvero della sua applicazione a fattispecie di reato concretatesi anteriormente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto, investendo di tale questione il Giudice costituzionale.

Come è noto, infatti, la giurisprudenza amministrativa pronunciata in materia all'indomani dell'approvazione della legge Severino, dopo una prima fase ondivaga, sembrava essersi consolidata sulla tesi secondo cui l'applicazione retroattiva delle cause ostative di cui al citato decreto non si porrebbero in contrasto con il principio di irretroattività delle disposizioni penali e, più in generale, delle disposizioni sanzionatorie ed afflittive, ricavabile dalla Carta Costituzionale e dalle disposizioni della CEDU in quanto le stesse, non solo non costituiscono misure di natura sanzionatoria penale, ma neppure una sanzione amministrativa o una disposizione *lato sensu* sanzionatoria. "Il provvedimento legislativo "contempla casi di non candidabilità che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha ritenuto di configurare in relazione al fatto che l'aspirante candidato abbia subito condanne in relazione a determinate tipologie di reato caratterizzate da uno speciale disvalore. (TAR Molise, SEZ. I - sentenza 1° febbraio 2013 n. 27 e CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 6 febbraio 2013 n. 695)¹"

Alla luce di tali considerazioni, nella predetta sentenza il Consiglio di Stato aveva giudicato manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale delle disposizioni sulla incandidabilità introdotte dall'art. 7 del D.Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, prospettata dal ricorrente in relazione agli artt. 3 e 51 della Costituzione, in ragione della natura non sanzionatoria degli effetti preclusivi sanciti dalla stessa norma. In particolare, si evidenzia che "costituisce [...] frutto di una scelta discrezionale del legislatore, certamente non irrazionale, l'aver attribuito all'elemento della condanna irrevocabile per determinati reati una rilevanza così intensa, sul piano del giudizio di indegnità morale del soggetto, da esigere, al fine del miglior perseguimento delle richiamate finalità di rilievo costituzionale della legge in parola - connesse ai valori dell'imparzialità, del buon andamento dell'amministrazione e del prestigio delle cariche elettive - l'incidenza negativa sulle

¹ Aggiunge il giudice amministrativo che "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"

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 20 - 21 novembre 2014 Giovanni Giardino e Gianguido D'Alberto - Regione Abruzzo Giurisprudenza non costituzionale di interesse regionale
---	---	--

procedure successive anche con riguardo alle sentenze di condanna anteriori alla data di entrata in vigore della legge stessa”.

2. La riapertura della questione nell’ordinanza del Tar Campania.


Il giudizio da cui ha tratto origine l’ordinanza di remissione in esame è sorto sulla base del ricorso presentato dal Sindaco di Napoli, il Dott. Luigi De Magistris, avverso il provvedimento prefettizio che ai sensi dell’art.11, comma 5, del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, ha dichiarato di aver accertato nei confronti dello stesso la sussistenza della causa di sospensione dalla carica di cui al medesimo art. 11, primo comma, lettera a) del citato decreto legislativo, in ragione della sopraggiunta sentenza di condanna alla pena di anni uno e mesi tre di reclusione ed all’interdizione dai pubblici uffici per anni uno, con il beneficio della sospensione condizionale della pena, per i delitti ascritti ai capi A, B, C,D, E, F, G ed H della rubrica, che, dal decreto che dispone il giudizio n. 23078/09/GIP del 21 gennaio 2012, risultavano essere reati di cui all’art. 323 c.p., ovvero una fattispecie delittuosa per cui è prevista la sospensione di diritto dalle cariche elettive nei confronti di chi abbia riportato condanna.

In questa sede, si tralascia l’esame delle pur rilevanti questioni attinenti alle censure relative alla legittimità del provvedimento prefettizio e delle eccezioni di difetto di giurisdizione amministrativa sollevate dalla difesa erariale, per sviluppare le ragioni e le motivazioni che hanno indotto il giudice *a quo* a superare la precedente giurisprudenza amministrativa e a ritenere non manifestamente infondata una fra le quattro questioni di legittimità costituzionale della normativa della Legge Severino sollevate dal ricorrente.

In particolare, con la prima questione di legittimità costituzionale il ricorrente ha rilevato che la sospensione dello stesso dalla carica di Sindaco sarebbe conseguenza di un’interpretazione retroattiva degli artt. 10, comma 1, lettera c) e 11, comma 1, lettera a) del d.lgs. 31 dicembre 2014 n. 235 e quindi non conforme ai diritti di elettorato ed ai principi di cui agli artt. 2, 51 e 97 della Costituzione.

In particolare, il ricorrente ha evidenziato che nel momento della sua candidatura e fino alla sua proclamazione a Sindaco, avvenuta il 1° giugno 2011, tra le cause di incandidabilità e di sospensione da tale carica non figurava l’aver riportato una condanna per il delitto di cui all’art. 323 c.p., introdotta solo successivamente con l’entrata in vigore del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, ossia dal 5 gennaio 2013. Pertanto, nel rispetto del principio generale dell’ordinamento di irretroattività della legge, sarebbe applicabile la diversa disciplina legislativa vigente al tempo della candidatura del ricorrente che definiva i requisiti prescritti per l’accesso agli uffici pubblici ed alle cariche elettive ex art. 51 Cost.

Inoltre, l’inquadramento del diritto di elettorato passivo tra i diritti inviolabili di cui all’art. 2 della Costituzione impone in sede interpretativa un regime di *favor* per chi intenda accedere a cariche pubbliche ed elettive nel senso che chiunque sia intenzionato a candidarsi in una competizione elettorale deve essere posto nelle condizione di conoscere fin da tale momento le condizioni ostative alla nomina o al mantenimento della carica; per tale ragione, il ricorrente invoca una interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni censurate che consenta di ritenere irrilevanti sentenze di condanna riportate per fattispecie delittuose che al momento della candidatura non costituivano cause di incandidabilità o sospensione; qualora tale soluzione interpretativa non sia

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 20 - 21 novembre 2014 Giovanni Giardino e Gianguido D'Alberto - Regione Abruzzo Giurisprudenza non costituzionale di interesse regionale
---	---	--

ritenuta percorribile dal Giudice il ricorrente chiede la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale per l'esame della questione di costituzionalità in relazione agli artt. 2, 51 e 97 della Costituzione da parte della norma legislativa applicata al caso esame.

Inoltre, l'interpretazione della norma legislativa contestata dal ricorrente determinerebbe una violazione anche del diritto di elettorato attivo, potenzialmente alterando i risultati del procedimento elettorale, e, quindi, della libera espressione di voto, principio consacrato dall'art.3 del Protocollo Addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, norma interposta rispetto all'art. 117 della Costituzione.


Il Tar Campania accoglie tale questione, relativamente all'efficacia retroattiva della disposizione normativa di cui all'art. 11 del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, mettendo in primo luogo in evidenza come, in assenza di una normativa transitoria o comunque di disposizioni specifiche sul punto, sia necessario analizzare la questione movendo dai principi generali dell'ordinamento.

Tra i principi generali, ovviamente, rileva in primo luogo il principio di irretroattività sancito nell'art.11 delle preleggi nella parte in cui dispone che "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"; tale principio è dotato di una copertura costituzionale, *attraverso il rafforzamento del divieto da parte dell'art. 25, comma 2, Cost., con riferimento alle leggi "punitive", identificate dalla giurisprudenza costituzionale in quelle in materia penale.*

Nello specifico, il TAR non accoglie le censure sollevate dal ricorrente nella parte in cui lo stesso ha obiettato che l'attribuzione di rilevanza ad una sopravvenuta successiva sentenza di condanna avrebbe inciso sulla condizione di soggetto candidabile del ricorrente, per nulla esposta al rischio di una futura sospensione o decadenza per effetto di pronunce sfavorevoli per il delitto di cui all'art. 323 c.p. al momento della candidatura medesima.

In sostanza, tale questione imponeva al giudice a quo di chiedersi se, rispetto alla conclusione del procedimento elettorale in senso favorevole ad un candidato, questi conservi ancora, come giuridicamente rilevante, lo status di soggetto candidabile.

Al quesito viene data risposta negativa, dal momento che *la qualità di soggetto candidabile è destinata ad esaurire la sua funzione tipica una volta conclusosi il procedimento elettorale, al cui esito potrà seguire lo status di candidato non eletto o di eletto e, in quest'ultimo caso, la nomina; atteso il rapporto di consecutività che caratterizza il procedimento, e nella specie quello elettorale, anche la posizione soggettiva dell'interlocutore del potere evolve e si modifica, non restando più la medesima; inoltre, la progressione del procedimento elettorale, ma soprattutto la sua conclusione, finisce per rendere la posizione di semplice soggetto candidabile non solo superata, ma anche incompatibile con quella di eletto, trattandosi, in fondo, della medesima posizione vista nella prospettiva del suo divenire; invero, la qualità di candidato finisce per rifluire completamente nello status di eletto, esaurendo così completamente ogni ulteriore ed autonoma funzione.*

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 20 - 21 novembre 2014 Giovanni Giardino e Gianguido D'Alberto - Regione Abruzzo Giurisprudenza non costituzionale di interesse regionale
---	---	--

A ben vedere, si tratta dell'applicazione del generale principio procedimentale del tempus regit actum che riconosce giuridica rilevanza alle sole posizioni attuali, concorrenti con l'evoluzione del dispiegarsi della funzione esercitata.


D'altra parte lo stesso D.Lgs. 235/2012, nel tenere distinte tra cause di incandidabilità da un lato e cause di decadenza e sospensione dalla carica dall'altro, giustifica nel caso di specie la conclusione secondo cui, *il provvedimento prefettizio impugnato costituisce espressione del potere di rilevazione di una causa ostativa alla prosecuzione dell'esercizio della carica di Sindaco, senza alcuna riferibilità anche alla presupposta e ormai superata qualità di candidato del ricorrente, la cui funzione ha da tempo esaurito i suoi effetti, evolutisi e confluiti nell'esito a lui favorevole della competizione elettorale.*

I dubbi di legittimità costituzionale sono, invece, riscontrati con riferimento agli artt.11, primo comma, lettera a) e 10, primo comma, lettera c), nella parte in cui, nel prevedere quale causa di sospensione – oltre che di decadenza e di incandidabilità – la condanna non definitiva per alcuni delitti, tra cui quello di cui all'art. 323 c.p., attraverso il provvedimento prefettizio impugnato le predette disposizioni normative sono state applicate retroattivamente al ricorrente quale Sindaco in carica del Comune di Napoli.

Al riguardo, il giudice a quo mostra piena consapevolezza della giurisprudenza amministrativa di legittimità, in parte citata, che ha escluso la retroattività delle previsioni normative *de quibus* (Consiglio di Stato V Sezione 6 febbraio 2013 n. 695; Consiglio di Stato V Sezione, 29 ottobre 2013 n. 5222; TAR Lazio II bis, 8 ottobre 2013 n. 8696), nonché degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale in materia nella parte in cui ha fatto salvi casi in cui «la condanna penale irrevocabile è stata presa in considerazione come mero presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di “indegnità morale” a ricoprire determinate cariche elettive: la condanna stessa viene, cioè, configurata quale “requisito negativo” ai fini della capacità di assumere e di mantenere le cariche medesime» (Corte Costituzionale 31 marzo 1994 n. 118);

La giurisprudenza costituzionale ha tra l'altro ritenuto che *non costituisce irragionevole limitazione del diritto di elettorato di cui all'art. 51 della Costituzione l'aver attribuito immediata operatività «all'elemento della condanna irrevocabile per determinati gravi delitti una rilevanza così intensa, sul piano del giudizio di indegnità morale del soggetto, da esigere, al fine del miglior perseguimento delle richiamate finalità di rilievo costituzionale della legge in esame, l'incidenza negativa della disciplina medesima anche sul mantenimento delle cariche elettive in corso al momento della sua entrata in vigore»*(Corte Costituzionale, 31 marzo 1994 n. 118).

Tali decisione, tuttavia, ad avviso del TAR, non consentono di risolvere in via interpretativa anche i pregiudiziali problemi di compatibilità costituzionale della normativa applicata al caso concreto, in quanto *la vicenda sottoposta al suo esame riguarda un provvedimento di sospensione adottato a seguito e per effetto di una condanna penale non definitiva, non essendosi, quindi, in presenza di una pronuncia irrevocabile come, invece, nei casi esaminati nei citati precedenti giurisprudenziali; peraltro, una lettura costituzionalmente orientata del dato normativo non autorizza l'interprete a presumere la sussistenza di una situazione di indegnità morale che legittimi l'inibizione dell'accesso ad una carica pubblica o la sua perdita, e ciò superando il divieto*

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 20 - 21 novembre 2014 Giovanni Giardino e Gianguido D'Alberto - Regione Abruzzo Giurisprudenza non costituzionale di interesse regionale
---	---	--

di retroattività, anche nel diverso caso in cui si sia in presenza di una sentenza non definitiva.

Il giudice a quo rinviene la non manifesta infondatezza della questione sull'art. 11 del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235 per violazione del divieto di retroattività ove sia una sentenza non passata in cosa giudicata a determinare la sospensione dalla carica, su due presupposti:

- in primo luogo, sulla base della natura sanzionatoria dell'istituto della sospensione.

Il TAR non disconosce che la *ratio* della legge 235/2012 sia da rinvenire anche nell'esigenza, fortemente sentita, di preservare l'amministrazione pubblica, a tutti i livelli istituzionali, dalla presenza e partecipazione di chi si sia reso moralmente indegno; tuttavia, soprattutto laddove il giudizio di inidoneità non si basi su una sentenza passata in giudicato, al fine di non incorrere in dubbi di costituzionalità, è necessario ricercare un punto di equilibrio sia rispetto al diritto di elettorato, attivo e passivo, sia rispetto all'esigenza concreta ed effettiva di allontanare chi sia "moralmente indegno".

Peraltro, riconoscere natura sanzionatoria, e comunque afflittiva, agli istituti dell'incandidabilità, sospensione e decadenza non significa affatto negare l'esistenza di ulteriori finalità, anche principali, che la disciplina legislativa in esame pone a fondamento della propria giuridica esistenza.


L'esigenza di preservare l'amministrazione pubblica al fine di garantirne l'imparzialità attraverso istituti quali l'incandidabilità, la sospensione o la decadenza da cariche, reca in sé l'immanenza di un conflitto, imponendo il sacrificio del diritto di chi a quella carica aspira o ne è stato investito.

Attraverso l'automatica operatività della causa limitativa il legislatore ha, di fatto, azzerato il confronto procedimentale, spingendo la propria discrezionalità fino al punto di negare natura di vera e propria sanzione ad istituti tanto incisivi sull'esercizio di un diritto costituzionale, quale quello di accesso alle cariche pubbliche di cui all'art. 51 della Carta².

- Il secondo presupposto, cui in parte si è già accennato, è costituito dall'efficacia retroattiva dell'istituto della sospensione dalla carica, applicato in presenza di una condanna penale non definitiva.

Il Tar ritiene che l'applicazione retroattiva di una norma sanzionatoria, anche di natura non penale ai sensi dell'art. 25, secondo comma della Costituzione, urta con la pienezza ed il regime rafforzato di diritti costituzionalmente garantiti, tutte le volte in cui la Carta rimette alla disciplina legislativa il regime ordinario di esercizio di quel diritto; pertanto, ove vi sia riserva di legge per la disciplina di diritti fondamentali riconosciuti

² A ben vedere, che si tratti di misure afflittive è aspetto che non ha ignorato nemmeno il legislatore delegato che nell'art. 15, secondo comma, nel prevedere l'autonomia degli effetti dell'incandidabilità rispetto all'interdizione temporanea dai pubblici uffici, mostra di averne assimilato l'identità quoad effectum ed ancora nel comma successivo in cui ne ammette l'estinzione a seguito di riabilitazione in sede penale, come remissione degli effetti di un regime indiscutibilmente sanzionatorio.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 20 - 21 novembre 2014 Giovanni Giardino e Gianguido D'Alberto - Regione Abruzzo Giurisprudenza non costituzionale di interesse regionale
---	---	--

dalla Carta, assumono rango costituzionale anche i principi generali che disciplinano la fonte di produzione normativa primaria; di conseguenza, essendo il divieto di retroattività di cui all'art. 11 delle Disposizioni sulla Legge in Generale, uno dei principi su cui si fonda l'efficacia della legge nel tempo, la sua violazione è anche violazione del diritto che la Costituzione espressamente la chiama a disciplinare e proteggere.

In questo senso, l'art. 51 della Costituzione nell'affidare alla legge l'individuazione dei requisiti per l'accesso alle cariche pubbliche, quindi la disciplina positiva per l'esercizio del diritto di elettorato passivo, consente ciò nei limiti fisiologici entro i quali alla legge stessa è consentito operare, cioè non retroattivamente.

Inoltre, anche l'assenza di una norma transitoria, non consente al giudice di risolvere in via interpretativa la questione della legittimità costituzionale del superamento del limite costituito dal divieto di retroattività della legge anche nell'ipotesi in cui la sospensione dalla carica sia prevista in caso di condanna non definitiva; *il dubbio di compatibilità costituzionale concerne la sussistenza di un eccessivo sbilanciamento in favore della previsione normativa di tale misura cautelativa di salvaguardia della moralità dell'amministrazione pubblica rispetto all'ampio favor da riconoscersi alle facoltà di pieno esercizio del diritto soggettivo di elettorato passivo di cui all'art. 51, primo comma della Costituzione, da ritenersi inviolabile ai sensi dell'art. 2 della Carta, nonché posto a fondamento del funzionamento delle istituzioni democratiche repubblicane, secondo quanto previsto dall'art. 97, secondo comma, 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, secondo comma.*

Per tali ragioni, il TAR Campania solleva questione incidentale di legittimità costituzionale, dell'art. 11, primo comma, lettera a) del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, in relazione all'art.10, primo comma lettera c) del medesimo decreto legislativo perché la sua applicazione retroattiva si pone in contrasto con gli artt. 2, 4, secondo comma, 51, primo comma e 97, secondo comma della Costituzione.