

CONFRONTO DI IDEE

V. NICO D'ASCOLA

**Alla ricerca di un diritto che non c'è
La presunta retroattività della “legge Severino”,
tra derivate asistematiche
e suggestioni moralistiche**

SOMMARIO: 1. La preconditione che non può essere elusa. L'infruttuosa ricerca di una disposizione dotata di efficacia retroattiva. – 2. L'inconsistenza dell'*argumentum a contrariis* tratto dall'art. 16 del D.lgs. n. 235 del 2012. – 3. Il principio di affidamento e la sua indubbia rilevanza anche nel separato ambito del diritto penale sostanziale. – 3.1. (Segue) La data della sentenza di patteggiamento. – 4. Alcune ulteriori osservazioni critiche alla giurisprudenza del Consiglio di Stato. – 5. Un argomento suggestivo ma solo apparentemente fondato: la indebita sospensione dell'efficacia della legge Severino. – 6. La natura sanzionatoria della incandidabilità/decadenza. – 7. La qualificazione giuridica della incandidabilità/decadenza quale *effetto penale* della sentenza di condanna. – 8. La irretroattività sfavorevole quale principio generale dell'ordinamento.

1. La preconditione che non può essere elusa. L'infruttuosa ricerca di una disposizione dotata di efficacia retroattiva

La ricerca, nel testo del D.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, impropriamente definito “legge Severino”, di un argomento di diritto positivo in grado di giustificare l'applicazione retroattiva della misura della incandidabilità/decadenza, dovrebbe costituire un passaggio preliminare per la soluzione del problema giuridico che ci accingiamo ad affrontare. Tanto evidente e decisivo, da rendere incompleto ogni contributo che non se ne occupi¹. Il rispetto di canoni tradizionali del nostro diritto, la gravità delle misure previste, amplificata dalla controversa ipotesi della loro applicazione retroattiva, ma anche le non trascurabili innovazioni introdotte rispetto alla legislazione previgente, giustificano la convinzione secondo la quale si deve dapprima verificare se il legislatore abbia davvero assunto una esplicita posizione al riguardo. Occorre cioè domandarsi se la ipotesi della efficacia retroattiva sia soltanto frutto di opinioni certo rispettabili, tuttavia viziate da una sorta di peccato originale. Quello nel quale incorrono coloro i quali hanno ritenuto che un così netto capovolgimento di rassicuranti principi giuridici – di livello addirittura

¹ Sul punto sia consentito il rinvio a D'ASCOLA, *Ordine del giorno in dissenso alla relazione a maggioranza della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari comunicata alla Presidenza del Senato della Repubblica il 15 ottobre 2013, relativa alla decadenza per incandidabilità sopravvenuta del sen. Silvio Berlusconi*, in questa Rivista, on line. Già in quella sede si era notato come la cd. legge Severino non contenesse alcuna disposizione in grado di giustificare l'applicazione retroattiva.

costituzionale – possa giustificarsi mediante il ricorso a incerti e a volte contraddittori percorsi interpretativi.

È chiaro peraltro che l'eventuale esito positivo della ricerca e quindi la accertata esistenza di una norma siffatta, non comporterebbe nemmeno la conclusione della questione giuridica. In altri termini, verificata la retroattività delle “misure”, occorrerebbe poi comunque interrogarsi sulla costituzionalità di una norma, indiziata di possedere un così dilatato campo di rilevanza, al punto di trovare applicazione anche per il passato. E ciò è tanto vero perché la irretroattività costituisce una caratteristica della legge in generale².

In virtù poi dell'ulteriore passaggio, rappresentato dall'accertamento della natura della incandidabilità/decadenza o, per meglio dire, del settore giuridico al quale appartiene, si pongono quei problemi di costituzionalità ai quali abbiamo già accennato, dato che l'art. 25 cpv. Cost. eleva al rango delle disposizioni costituzionalmente protette il medesimo principio. Ovviamente ciò presuppone che le “misure” delle quali si discute siano dotate di efficacia punitiva. Tutte queste precisazioni danno conto della ragione per la quale sin qui, ma anche nel corso della successiva esposizione, quanto meno sino a quando non avremo chiarito la nostra posizione in merito alla natura della incandidabilità/decadenza, abbiamo preferito la neutra espressione “misura” che allo stato ha il pregio di non denotare alcuna aprioristica presa di posizione.

Quanto abbiamo sin qui rappresentato sembra tracciare l'esatto ordine attraverso il quale sviluppare l'intera questione. D'altronde, lo stesso Consiglio di Stato, con la nota sentenza n. 695 del 6 febbraio 2013³, si è posto alla ricerca di una espressa disposizione idonea a giustificare l'affermata efficacia retroattiva. Proprio con lo scopo di porsi al riparo da accuse che prevedibilmente ne avrebbero criticato, già su questo preliminare versante, le conclusioni. Pertanto è da qui che prenderemo le mosse, ostinatamente legati – ma questa potrebbe essere, capovolti i termini della questione, la nostra colpa – al diritto che c'è.

2. L'inconsistenza dell'*argumentum a contrariis* tratto dall'art. 16 del D.lgs. n. 235 del 2012

Il Consiglio di Stato segue un percorso del tutto lineare sul piano formale, ma non per questo condivisibile. Individua nell'art. 16 della legge Severino la norma che legittimerebbe, secondo il noto *argumentum a contrariis*,

² Cfr. art. 11 disp. prel. c.c.

³ Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 2013, n. 695, in *Il nuovo dir. amm.*, 2013, 3, 14. La sentenza utilizza l'espressione “cause ostative” per descrivere le misure introdotte dalla legge Severino.

l'estensione delle cosiddette "cause ostative" in materia di incandidabilità/decadenza dalle sentenze di patteggiamento successive, a tutte le altre sentenze di condanna, precedenti e successive all'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo. Ossia quelle pronunciate in sede di giudizio ordinario o abbreviato. Si scrive testualmente che l'art. 16 «*deroga al regime che sarebbe stato altrimenti applicabile in ossequio all'art. 11 delle preleggi, escludendo la rilevanza ostativa delle sole sentenze di patteggiamento anteriori alla data di entrata in vigore del D.lgs. n. 235/12, così introducendo un regime di favore limitato alle sole fattispecie di applicazione della pena su accordo delle parti, ex art. 444 del codice di procedura penale, confermando il diverso regime temporale applicabile con riguardo alle sentenze di condanna*»⁴.

Pertanto, l'estensione degli effetti della legge Severino a tutte le altre sentenze, antecedenti o successive al 5 gennaio 2013 (data di entrata in vigore della legge), discenderebbe dal fatto che l'art. 16, disponendo la sottoposizione delle sole sentenze di patteggiamento successive, *a contrariis* sottrae alla sua stessa disciplina unicamente le sentenze ex art. 444 c.p.p. precedenti.

Sennonché il Consiglio di Stato non si avvede dell'errore nel quale finisce per cadere. Errore che ne condiziona l'intero ragionamento. Infatti, dall'affermazione contenuta nell'art. 16, secondo il quale soltanto le sentenze ex art. 444 c.p.p. successive al 5 gennaio 2013 sono assoggettabili agli effetti della nota "legge", può trarsi la unica conclusione secondo la quale le altre sentenze di patteggiamento, ossia quelle precedenti, si sottraggono a questa stessa disciplina e quindi soggiacciono ai principi generali.

A tal punto il lettore più attento avrà perfettamente compreso il senso della nostra obiezione. Infatti, se l'*argumentum a contrariis* giustifica le conclusioni precedenti, non si capisce in forza di quale altro argomento giuridico il Consiglio di Stato abbia poi preteso di trarre da questa stessa disposizione anche l'ulteriore, ma ben diversa conclusione secondo la quale tutte le altre sentenze, cioè quelle pronunciate in ordinario o in abbreviato, sia antecedenti che successive, ricadrebbero anch'esse sotto la medesima regola⁵.

A ben riflettere, la soluzione del Consiglio di Stato si pone in palese contrasto con le sequenze di un corretto percorso interpretativo. Risulta infatti evidente che l'*argumentum a contrariis* non può esplicare effetti al di fuori del campo di significati direttamente riferibili alla norma della quale propone una interpretazione per così dire invertita.

⁴ Cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 2013, n. 695, cit.

⁵ Il Consiglio di Stato usa il gerundio "confermando".

In altre parole non può consistere in una sorta di trasferimento del risultato al quale conduce, sino a coinvolgere componenti che non sono in alcun modo richiamate nella norma dalla quale l'interprete ha preso le mosse. Per essere ancora più espliciti, giova osservare che dall'art. 16 non si può desumere il regime giuridico al quale sottoporre le sentenze pronunciate in sede di giudizio ordinario o abbreviato. Infatti la norma in questione risulta esclusivamente dettata per le sentenze di patteggiamento ed in via espressa soltanto per quelle successive. Quanto alle ordinarie o abbreviate, non si comprende sulla base di quale argomento sia possibile escludere il ricorso alle regole generali. Queste ultime – preferiamo dirlo sin da subito, anticipando così un tema che sarà successivamente sviluppato – certo non conducono a trascurare la data di commissione del fatto in conseguenza del quale dovrebbe essere irrogata la “misura”, non ancora meglio qualificata.

D'altronde il Consiglio di Stato, se per un verso tradisce i postulati della interpretazione *a contrariis*, per altro verso offre una soluzione preclusa anche sul diverso terreno del divieto di analogia, per come disciplinato dall'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile. Norma, questa, che non comporta l'obbligo di risolvere il già accennato problema della natura e, quindi, del settore giuridico di appartenenza della incandidabilità/decadenza, dato che si riferisce ad ogni legge. Ragionando infatti in questo separato ambito, l'estensione del regime dettato per le sentenze di patteggiamento alle altre sentenze, risulta vietata dalla espressa destinazione della disciplina giuridica, specialmente ed eccezionalmente dettata soltanto per i casi di patteggiamento, in virtù – si dice – della *ratio* dell'istituto e quindi della necessità di tutelare coloro i quali, necessariamente inconsapevoli dei mutamenti legislativi, possono subirne gli effetti sfavorevoli⁶.

Conclusivamente, sia che si ragioni nel separato ambito dell'*argumentum a contrariis*, sia che si ritenga di estendere l'art. 16 alle sentenze ordinarie o abbreviate, il risultato non cambia. Non è possibile trarre dalla disciplina dettata per le sole sentenze di patteggiamento, il regime al quale sottoporre le diverse altre sentenze.

Ma non basta, sul punto occorre poi sottolineare un ulteriore aspetto problematico. L'*argumentum a contrariis* al quale quella motivazione si richiama, se utilizzato con riferimento alle sentenze pronunciate nel giudizio ordinario o abbreviato, prendendo le mosse dalla disposizione dettata per quelle di patteggiamento, dovrebbe semmai condurre ad una conclusione diversa ma

⁶ È noto infatti come il divieto di analogia sfavorevole riguardi anche le disposizioni processuali. Sul punto, VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Pen.*, I, Torino, 1988, pp. 171 ss.

ugualmente sbagliata. Ossia le sentenze non patteggiate, in particolare quelle successive alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, finirebbero per essergli assoggettate⁷.

Il Consiglio di Stato, contro ogni previsione, mette insieme tutte le altre sentenze, ordinarie o abbreviate, precedenti o successive al decreto legislativo, sottoponendole tutte indistintamente alla legge Severino. Così facendo, probabilmente ben al di là delle proprie intenzioni, finisce per accreditare implicitamente due conclusioni entrambe infondate che tuttavia costituiscono il necessario sviluppo della sua stessa impostazione.

Del tutto irragionevole la prima già accennata, dal momento che consentirebbe di rovesciare il dato normativo, garantendo un trattamento di favore per le sentenze ordinarie o abbreviate successive, dato che – per come abbiamo già notato – questa assurda conclusione costituirebbe l'*a contrario* di quanto dispone l'art. 16 per quelle patteggiate posteriori.

Ma è altrettanto irragionevole anche la seconda implicita conclusione, dato che non si comprende la ragione per la quale le sentenze ordinarie o abbreviate precedenti alla legge Severino, quindi relative a fatti anteriori alla data della sua entrata in vigore per le quali l'*argumentum a contrariis* non può valere, dovrebbero essere accomunate – in modo del tutto ingiustificato – a quelle posteriori, se nei loro confronti si ritenessero applicabili le regole generali⁸.

A sostenere le nostre perplessità intervengono però ulteriori argomenti. Risulta infatti alquanto singolare che una disposizione marginale, come l'art. 16 possa segnare una eccezione a un principio, quello della irretroattività delle disposizioni legislative, che costituisce una sorta di caratteristica generale della legge, anche a prescindere dalla sua esatta collocazione all'interno dei diversi settori dell'ordinamento giuridico.

⁷ Infatti, se l'art. 16 viene interpretato *a contrariis*, ma trasferendo l'argomento che se ne può trarre al diverso settore delle sentenze ordinarie o abbreviate, quindi rovesciando per queste ultime sentenze la disciplina dettata per le diverse sentenze di patteggiamento, non soltanto – per come già abbiamo osservato – si abusa dell'argomento, ma si giunge a risultati palesemente irragionevoli. Insomma, se le sentenze di patteggiamento successive sono sottoposte all'art. 16 e quindi ricadono sotto l'efficacia della legge Severino, argomentando *a contrariis* con riferimento alle altre sentenze successive, si dovrebbe giungere all'assurda conclusione secondo la quale queste ultime, ordinarie o abbreviate, si sottraggono a questa impegnativa disciplina. Con l'ulteriore ancor più assurda conclusione secondo la quale così non sarebbe nei casi di sentenze ordinarie e abbreviate temporalmente precedenti.

⁸ Sul punto si veda MAZZA, *Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla "legge Severino")*, in questa Rivista on line, 3 ss., secondo il quale soltanto le sentenze non patteggiate successive al d.lgs. n. 235 del 2012 possono essergli sottomesse, ma non quelle precedenti. Ciò perché, ragionando diversamente si determinerebbe una indebita e vietata rivisitazione del giudicato. Lo "spartiacque" nell'applicazione della legge Severino sarebbe quindi costituito dalla data della sentenza e non del fatto.

Pur riconoscendo i limiti dell'argomento, è nota anche l'accusa di incostituzionalità, per eccesso di delega, e quindi per violazione dell'art. 76 Cost., che si muove alla norma in esame, ritenuta frutto di una unilaterale e non consentita iniziativa del Governo⁹.

Escluso quindi che l'art. 16 possa legittimare l'applicazione retroattiva della incandidabilità/decadenza, malgrado questo sia l'argomento utilizzato sul punto dal Consiglio di Stato, lo sviluppo della questione non sarebbe completo se si omettesse di valutare altre eventuali disposizioni che, pur trascurate dalla più volte richiamata sentenza, risultassero ciononostante indiziate di giustificare l'asserita efficacia retroattiva della legge Severino.

Al riguardo potrebbe infatti richiamarsi l'art. 3 co. 1 secondo il quale, se una delle cause di incandidabilità di cui all'art. 1 sopravviene o comunque è accertata nel corso del mandato elettorale, la Camera di appartenenza delibera ai sensi dell'art. 66 Cost¹⁰.

Il dubbio, tuttavia, si dimostra subito privo di ogni consistenza. Infatti, il sopravvenire della causa di incandidabilità, da intendersi come sopravvenienza all'avvenuta elezione del parlamentare, ovvero come accertamento di questa nel corso del mandato, quindi successivamente alla convalida dei risultati elettorali, non dice nulla quanto alla eventuale posteriorità della legge rispetto ai fatti e alle sentenze, eventualmente definitive, che ne determinano l'applicazione. In altri termini, l'art. 3, co. 1, del d.lgs. n. 235 del 2012 è del tutto compatibile con una sequenza tale da implicare l'anteriorità della sentenza alle vicende condizionanti l'applicazione della decadenza e, quindi, risulta in sé del tutto rispettoso del principio di irretroattività.

Crediamo quindi di potere affermare che la possibilità di una sopravvenienza concerna la causa di incandidabilità/decadenza e non la legge.

Né, infine, può trarsi alcun argomento dall'uso dell'avverbio "comunque" contenuto nel co. 1 dell'art. 1, dal momento che costituisce un mero rafforzativo del divieto – in presenza dei requisiti prescritti dalla legge – di ricoprire la carica di deputato o senatore.

Insomma, tutti gli argomenti sin qui utilizzati univocamente convergono verso il medesimo risultato. Nel testo del decreto legislativo non esiste alcuna nor-

⁹ Invero, la legge delega conteneva sì il riferimento alle sentenze di cui all'art. 444 c.p.p., ma non la previsione della loro irretroattività, la quale è stata invece successivamente introdotta nella sua autonomia dal Governo, evidentemente accortosi della problematicità di un'applicazione *tout court* retroattiva della disciplina dell'incandidabilità/decadenza sulla base del principio, di matrice spiccatamente processuale, del *tempus regit actum*.

¹⁰ Ciò perché l'uso del verbo "sopravvenire" potrebbe legittimare l'erronea convinzione di un meccanismo legislativo posteriore al fatto.

ma che legittimi l'affermazione secondo la quale si è inteso conferirgli efficacia retroattiva.

A questo punto resta da chiedersi se, esclusa questa prima possibilità, esistano altre e diverse ragioni in grado di giustificare la reclamata retroattività. Ciò tuttavia senza dimenticare che le prime negative conclusioni alle quali siamo giunti attualizzano, rafforzandola, quella domanda che l'interprete dovrebbe porsi, rovesciando in un certo senso i termini della questione. In assenza di adeguate disposizioni in grado di spiegare l'effetto retroattivo, non si comprende in virtù di quale ragione si possa escludere il ricorso alle regole generali e quindi l'applicazione fisiologica del diritto.

3. Il principio di affidamento e la sua indubbia rilevanza anche nel separato ambito del diritto penale sostanziale

A questo punto peccheremmo di incompletezza se non ci chiedessimo quale sia stata la ragione che ha indotto il legislatore a differenziare, attraverso l'art. 16, la sentenza di condanna pronunciata in sede di patteggiamento rispetto a tutte le altre.

L'orientamento più diffuso al riguardo¹¹ consiste nel ritenere che questa speciale disposizione sia funzionale a garantire l'affidamento riposto in un rito del tutto anticognitivo, destinato a concludersi con una sentenza che – fatte salve talune eccezioni – si ritiene equivalente a quella di condanna¹². Nel rispetto di queste premesse, implica la stabilità del quadro normativo di riferimento, per evitare che disposizioni peggiorative sopravvenute alterino i presupposti che hanno determinato una scelta che, a causa di queste modificazioni potrebbe rivelarsi svantaggiosa¹³. Sviluppo, questo, in sé astrattamente condivisibile, che però non appare decisivo, dal momento che trascura alcuni aspetti dimostrativi della criticità della legge Severino. Solo per fare un esempio, possiamo ipotizzare il caso della anteriorità della richiesta di patteggiamento, ma della posteriorità della relativa sentenza, esemplificativo di una vicenda nella quale, in virtù di un mero accidente la sentenza rientra nella disciplina del citato art. 16. Caso, questo, del tutto emblematico di un sia pur astrattamente possibile sacrificio dello stesso principio di affidamento che

¹¹ Di recente, MAZZA, *Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla "legge Severino")*, cit., 3.

¹² Cfr. Cass., Sez. un., 29 novembre 2005, D., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 353.

¹³ Cfr. Corte cost., n. 394 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 2884 ss., con commento di MAZZA, *L'affidamento "qualificato" e i limiti alla retroattività normativa in materia processuale penale*, ivi, 2002, 3331 ss. In altri termini si vuole evitare che taluno possa subire, oltre alla condanna patteggiata e agli effetti penali ad essa conseguenti ma conosciuti o conoscibili, anche quelli non conoscibili, costituiti dalla incandidabilità/decadenza introdotti da una legge posteriore alla sentenza.

l'art. 16, a questo punto, non riesce a riflettere. Ciò malgrado l'anteriorità della richiesta di patteggiamento alla legge e la impossibilità di imputare al richiedente il ritardo nel deposito della sentenza.

Insomma, qui il principio di affidamento è sacrificato a danno di chi nemmeno avrebbe potuto rappresentarsi l'effetto della incandidabilità/decadenza e subisce una condanna *ex art. 444 c.p.p.* con sentenza posteriore alla legge Severino per fatto a lui non imputabile, ossia per la inevitabile distanza temporale che può separare la richiesta di patteggiamento dalla relativa sentenza. Ciò già dimostra la inaffidabilità anche pratica di un criterio che si dice dovrebbe garantire l'affidamento dei cittadini nella legge. Senza ancora considerare l'ulteriore problema costituito dalla anteriorità del fatto di reato, non soltanto alla data della richiesta o della sentenza, ma anche a quella di entrata in vigore della legge.

Se le cose stanno così per il patteggiamento, l'impianto della legge Severino già suscita perplessità, dato che non tiene in alcun conto un aspetto che non avrebbe dovuto essere trascurato poiché ingenera una ingiustificata differenziazione. Ma analoghe riserve possono muoversi in caso di giudizio ordinario o abbreviato, rispetto ai quali sono del tutto simili i profili di tutela dell'affidamento, ove a questo stesso termine si conferisse un significato più ampio, in grado di abbracciare la scommessa che l'imputato formula in relazione alle sue scelte processuali e alle loro ricadute sui possibili diversi esiti del giudizio, in dipendenza delle forme con le quali è celebrato. È ovvio, infatti, che tutte queste scelte risultano inevitabilmente condizionate dalla preventiva conoscenza delle complessive conseguenze giuridiche, anche non necessariamente sanzionatorie, alle quali ci si espone.

D'altronde, ragionando diversamente, nel solco della interpretazione che differenzia il regime della incandidabilità/decadenza sulla base del diverso rito prescelto, l'obiettivo della norma che sottopone alla legge Severino tutte le sentenze ordinarie o abbreviate, antecedenti o successive, senza tenere in alcun conto il fatto, non potrebbe consistere in altro che nella sbrigativa neutralizzazione del destinatario politico. A quest'ultimo non verrebbe data la possibilità di acquisire anticipata conoscenza di tutto l'apparato sanzionatorio connesso alla eventuale consumazione di un reato e nemmeno di quello connesso alle modalità di esercizio del diritto costituzionale di difesa.

Avere differenziato questa materia in relazione ai diversi effetti conseguenti alle scelte processuali, determina una vera e propria discriminazione alla rovescia in danno di chi è stato condannato a seguito di rito ordinario o abbreviato. Non potendosi negare che anche colui il quale ha scelto di difendersi

così avrebbe diritto di sapere anticipatamente a cosa rinuncia, nel caso in cui non intenda avvalersi del patteggiamento.

Insomma, sullo sfondo si profila una possibile censura di incostituzionalità sul versante del principio di uguaglianza - ragionevolezza contenuto nell'art. 3 Cost. Può accadere che fatti medesimi, stesso *tempus commissi delicti*, persino condanne alla medesima pena determinino o no la incandidabilità, a seconda del rito del tutto *casualmente* scelto dall'indagato/imputato, addirittura prima della data di entrata in vigore della legge peggiorativa¹⁴. Circostanza, questa, che come si diceva prima sembra richiamare anche la possibile violazione dell'art. 24 Cost. sul versante di una impropria sanzione per scelte processuali incolpevoli e per di più legittime.

Né si può sostenere che questo vantaggio per il solo patteggiamento si inquadra nel contesto dei benefici che lo caratterizzano. Per come abbiamo già osservato succede che in questo caso la premialità presenti un versante opposto, del tutto ingiustificatamente sfavorevole. L'altra faccia della medaglia è infatti costituita dall'incolpevole svantaggio riservato a chi, a questo punto, lo subisce soltanto perché ha osato difendersi.

Come dicevamo prima, ciò che non persuade è la *ratio* attribuita all'art. 16, asseritamente propria del solo patteggiamento. In realtà, limitare l'analisi al principio di affidamento e in primo luogo al settore processuale, con l'ulteriore esclusivo riferimento al giudizio *ex art. 444 c.p.p.*, sembra insufficiente. Qui non ci confrontiamo con l'intervento di disposizioni peggiorative degli originari effetti propri della sentenza di patteggiamento¹⁵. Bensì con effetti sfavorevoli, esclusi per la sentenza pronunciata *ex art. 444 c.p.p.*, se precedente, ma imposti per tutte quelle ordinarie o abbreviate. È chiaro quindi che il problema non consiste soltanto nel garantire per il futuro la medesimezza delle condizioni premiali alla luce delle quali è stata avanzata la richiesta *ex art. 444 c.p.p.*

Occorre farsi carico anche dell'affidamento riposto nel trattamento sanzionatorio e non, al quale ci si espone nel caso in cui si intenda percorrere altre soluzioni. Si tratta insomma di comprendere sino a qual punto sia legittimo discriminare, per fatti intervenuti e non prevedibili, sulla base di una scelta consentita, gli effetti connessi alla celebrazione di tutti i riti, anche di quelli diversi dal patteggiamento.

¹⁴ Se l'ormai *ex* senatore Silvio Berlusconi avesse patteggiato, secondo questa disposizione non sarebbe stato destinatario della decadenza.

¹⁵ Corte cost., n. 394 del 2002, cit.

In altre parole, a noi sembra che il principio di affidamento debba valere dappertutto, dal momento che ogni cittadino – a prescindere dal rito che ha scelto – deve essere posto nelle condizioni di conoscere anticipatamente le *regole del gioco* e di orientare quindi le proprie scelte all'interno delle alternative conosciute (o conoscibili), sì da potersi adeguatamente motivare¹⁶. È appena il caso di notare che il mancato rispetto di queste fondamentali regole, valide per ogni rito, non certo per il solo patteggiamento, renderebbe ingiusto il processo, così violando i principi di cui all'art. 111 Cost.

Sul punto dovrebbe convenirsi che l'affidamento trae la sua giustificazione dalla funzione di orientamento svolta dalle norme giuridiche, avuto riguardo alla motivazione dei comportamenti – osservanti o non – che i cittadini intendono assumere¹⁷. Funzione, questa, che maggiormente si evidenzia allorquando le norme intervenute introducano limitazioni dei diritti, come quelli in questo caso costituiti dal diritto di elettorato passivo riconosciuto dall'art. 51 Cost., ma anche di quello attivo di cui al precedente art. 48.

Ecco perché il ricorso al principio di affidamento da parte di chi sostiene la tesi secondo la quale la differenziazione favorevole si giustificerebbe soltanto per le sentenze di patteggiamento antecedenti alla data di entrata in vigore della legge, ma contemporaneamente nega la natura afflittiva e sanzionatoria della incandidabilità/decadenza, si regge su basi molto incerte e per di più si espone a critiche di contraddittorietà. Infatti, se la “misura” in oggetto non avesse natura afflittiva, non avrebbe nemmeno alcun significato il richiamo al medesimo principio di affidamento per il giudizio celebrato ex art. 444 c.p.p. Infatti non avrebbe senso porre taluno al riparo da effetti imprevedibili, se questi non fossero sfavorevoli. Obiezione, questa, che già risolverebbe positivamente il problema della natura sanzionatoria o meno della incandidabilità/decadenza. Né si comprende come lo stesso identico effetto possa essere sfavorevole nel caso del patteggiamento e non esserlo più nel caso del giudizio ordinario o abbreviato.

Ma se il principio di affidamento consente di motivarsi per effetto di un orientamento reso possibile dalla conoscenza (o quanto meno dalla conoscibilità) delle conseguenze della propria condotta, relazione questa che si pone

¹⁶ Per restare al diritto processuale penale, a ben riflettere anche il fondamentale principio della necessaria correlazione tra imputazione e sentenza si basa sulla necessità di rispettare l'affidamento dell'imputato nella contestazione che gli viene mossa. Affidamento che si risolve nella predisposizione di una correlativa strategia difensiva.

¹⁷ Sulla funzione di orientamento culturale e di determinazione psicologica della legge penale, da ultimo, PULITANO, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1231 ss.

alla base del corretto rapporto tra Stato e cittadini¹⁸, è altrettanto chiaro come l'ulteriore elemento che completa il quadro così tracciato sia quello costituito dal tempo di commissione del fatto determinativo delle conseguenze giuridiche. Ciò per l'evidente ragione che proprio rispetto al preliminare momento della condotta inosservante ha senso richiamare il principio di affidamento come quello di orientamento tra le opposte scelte di conformarsi o meno al diritto.

Quest'ultima osservazione consente poi di evidenziare come il principio di affidamento denoti una ancor più spiccata vocazione di diritto penale sostanziale. Ciò perché affonda le proprie radici nel principio costituzionale di irretroattività sfavorevole, nonché nella correlativa esigenza di salvaguardare gli ulteriori principi di rieducazione e di prevenzione. Così assicurando ad ogni cittadino che il *se* e il *quanto* della punizione saranno determinati soltanto dalla legge in vigore al momento della commissione della condotta¹⁹.

Ma allora è chiaro che il fatto costituisce un parametro al quale anche qui non si sarebbe dovuto rinunciare. Il fenomeno di successione di leggi nel tempo implica un giudizio di relazione, nel senso che serve a coordinare vicende che si collocano all'interno di un più ampio contesto, le cui coordinate temporali sono costituite dalla data di entrata in vigore delle diverse leggi, dalla data di un fatto rilevante per il diritto e da quella nella quale la legge è applicata.

Il percorso che abbiamo intrapreso legittima pertanto una ampia critica alle scelte legislative sottese dall'art. 16.

Ben al di là delle innegabili peculiarità del patteggiamento, il principio di affidamento dovrebbe regolare anche le vicende connesse agli altri riti. Per di più si pone alla base del principio di irretroattività e della sua *ratio* di certezza.

3.1. (Segue) La data della sentenza di patteggiamento

Questo nostro, non ancora del tutto esplicitato ragionamento, sembrerebbe tuttavia infrangersi dinnanzi ad una obiezione che contiene un'affermazione

¹⁸ Sulla necessaria conoscenza/conoscibilità della legge quale requisito essenziale del principio di personalità colpevole della responsabilità penale, è d'obbligo il rinvio a Corte cost., n. 364 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, 1513. Per approfondimenti su tale fondamentale sentenza, cfr. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.; PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, *ivi*, 1988, 920; STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, *ivi*, 1988, 1313; MANTOVANI, *Ignorantia legis, scusabile ed inescusabile*, *ivi*, 1990, 379; MUCCIARELLI, *Errore e dubbio, dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, *ivi*, 1996, 223.

¹⁹ La correlazione tra principio di affidamento e divieto di retroattività sfavorevole è largamente condivisa nella nostra dottrina. Nella manualistica, per tutti, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 253 ss. ed *ivi* bibliografia citata.

veritiera, ma la cui portata è tutta da chiarire. Si oppone cioè che in nessuna parte della legge Severino si fa riferimento alla data del fatto di reato generativo della incandidabilità/decadenza, dal momento che l'unica data richiamata è quella della sentenza²⁰.

A dire il vero, la data della sentenza è richiamata soltanto dal già più volte citato art. 16. Della sentenza di condanna definitiva, ma senza alcun riferimento alla sua data²¹, si occupa, poi, ai fini della decadenza, l'art. 1, co. 1, lett. a), b) e c). In questi casi la sentenza di condanna definitiva svolge il necessario ruolo di componente costitutiva di una fattispecie che si deve inevitabilmente giovare della esistenza del giudicato penale perché sia dichiarata la incandidabilità o la decadenza. Per come abbiamo già prima notato, soltanto l'art. 16 prende in considerazione la data della sentenza, limitando la propria attenzione a quella pronunciata ex art. 444 c.p.p. Ciò con la conseguenza che la sentenza di condanna qui non funziona più da componente costitutiva della fattispecie condizionante l'applicazione della misura, bensì da elemento discriminante la produzione di taluni effetti giuridici rispetto al tempo²².

Ma è proprio questa funzione di esatta discriminazione che l'elemento costituito dalla data della sentenza non riesce a svolgere. Infatti, questa soluzione non riesce ad impedire nemmeno l'ulteriore disarmonia costituita dalla circostanza che fatti pregressi rispetto alla data di entrata in vigore della legge Severino, ma patteggiati con sentenza successiva alla sua entrata in vigore, restino esclusi dal beneficio, analogamente a quanto accade per i fatti successivi, giudicati con sentenza ex art. 444 c.p.p. anch'essa successiva.

Se le cose stanno in questi termini, il riferimento alla data della sentenza, che compare soltanto nel testo dell'art. 16, dà luogo a una disciplina irragionevole, dal momento che – lo si ripete ancora una volta – non riesce nemmeno a tutelare l'invocato principio di affidamento. Ma soprattutto non impedisce che situazioni non differenziabili siano trattate in maniera del tutto dispari.

Insomma, la scelta in questione sembra viziata di incostituzionalità, laddove una diversa soluzione, questa volta fondata sulla data di commissione del fatto, non si sarebbe esposta a critiche. D'altronde, il ricorso alla data della sentenza, o comunque al compimento di talune fasi processuali, quale elemento sul quale fondare la disciplina transitoria di norme questa volta incontestabil-

²⁰ In questo senso, ad esempio, sembra esprimersi MAZZA, *Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla "legge Severino")*, cit., 2.

²¹ Per i rappresentanti delle autonomie locali è prevista la rilevanza anche di sentenze non definitive. Cfr. art. 8, co. 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 235 del 2012.

²² In questo caso costituito dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo.

mente di diritto penale sostanziale, non costituisce un'assoluta novità nello sfortunato panorama della legislazione nazionale²³. Così come non costituiscono una novità le incertezze e gli insuccessi determinati da simili soluzioni. In conclusione, l'uso della data della sentenza di patteggiamento, quale fattore discriminante l'applicazione della incandidabilità/decadenza, costituisce una scelta legislativa molto discutibile. Per un verso determina una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle sentenze pronunciate nel corso dei riti ordinario o abbreviato. Per altro verso consente una irragionevole diversità di trattamento tra le stesse sentenze di patteggiamento in relazione alla maggiore o minore celerità del giudice nel pronunciare la sentenza, che certo non avrebbe dovuto risolversi in danno dell'indagato/imputato.

Il paradosso sul quale si fonda la tesi che ci siamo permessi di criticare sembra a questo punto evidente. Il principio di affidamento, invocato sul separato terreno del diritto processuale penale per giustificare il diverso trattamento riservato alla sentenza pronunciata ex art. 444 c.p.p., in realtà affonda le proprie radici nel negato divieto di retroattività sfavorevole e di conseguenza nella sua vocazione di vietare trattamenti punitivi sulla base di leggi sopravvenute al fatto. Il che già legittimerebbe la conclusione secondo la quale la incandidabilità/decadenza ha natura sanzionatoria e non può essere applicata a fatti anteriori rispetto alla legge che l'ha introdotta.

Resta a questo punto da comprendere – altrimenti il ragionamento sarebbe incompleto – quale possa essere la reale funzione della disciplina dettata dall'art. 16.

In realtà, ben al di là della convinzione che può avere spinto il legislatore, non potendo reggere la qui criticata spiegazione in termini di tutela dell'affidamento, resta la più limitata, ma almeno non contraddittoria spiegazione secondo la quale l'art. 16 altro non farebbe che richiamare l'attenzione, dopo l'entrata in vigore della legge Severino, di coloro i quali intendano proporre richiesta di patteggiamento. Dato che la sentenza ex art. 444 c.p.p. ha

²³ Il riferimento è all'art. 10, co. 3, legge n. 251 del 2005 (c.d. ex Cirielli), il quale è stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale (cfr. sent. n. 393 del 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 419) nella parte in cui individuava nella dichiarazione di apertura del dibattimento il discrimine temporale per l'applicazione della nuova disciplina in tema di prescrizione nei processi in corso di svolgimento alla data di entrata in vigore della legge. A seguito di una simile declaratoria di parziale incostituzionalità, la medesima disposizione è stata interpretata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (29 ottobre 2009, D., n. 47008, in *Cass. pen.*, 2010, 1744) nel senso che "la pendenza del grado d'appello", rilevante ai fini della esclusione della retroattività delle norme sopravvenute più favorevoli, decorre a partire dalla pronuncia della sentenza di condanna di primo grado, con la conseguenza che l'avvenuta lettura del dispositivo costituisce la soglia per la cristallizzazione del previgente più sfavorevole regime di prescrizione.

natura di condanna a richiesta dell'interessato²⁴, la norma svolgerebbe la non trascurabile funzione di informare i cittadini che per gli effetti rientranti nella legge Severino il patteggiamento ha natura di sentenza penale di condanna. Pertanto, dato l'esito scontato del rito anticognitivo quest'ultima, se posteriore, implicherà anche la ulteriore conseguenza costituita dalla incandidabilità/decadenza.

Giunti a questo punto, resta tuttavia da compiere un ulteriore passaggio. Una volta criticata la scelta legislativa sottesa dall'art. 16 e ridimensionata la funzione di questa norma, chiarita la ben diversa portata che avrebbe assunto la disciplina nel caso in cui si fosse fatto ricorso alla data del fatto, constatato pure l'uso, a nostro giudizio erroneo, dell'*argumentum a contrariis* utilizzato dal Consiglio di Stato, resta da chiedersi quale sia la ragione che vieta di applicare, alle sentenze pronunciate in ordinario o in abbreviato, i principi generali. Principi generali, questi, che potranno tuttavia essere individuati solo una volta che risulterà accertata la natura giuridica di ciò che sinora abbiamo ambiguamente definito come "misura", ossia la incandidabilità/decadenza.

4. Alcune ulteriori osservazioni critiche alla giurisprudenza del Consiglio di Stato

Sin qui abbiamo esaminato la sentenza del Consiglio di Stato con esclusivo riferimento all'art. 16 del d.lgs. in questione e particolarmente all'uso dell'*argumentum a contrariis*.

Tuttavia, a parte la già nota critica sul punto, la sentenza merita di essere censurata anche in relazione all'orientamento espresso circa i principi regolativi dell'applicazione della legge nel tempo, ossia per aspetti connessi, ma non secondari rispetto alla decisione principale. Si allude al passaggio nel quale la sentenza sembra porre sullo stesso piano l'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile che, occorre ricordarlo, detta le regole generali in tema di applicazione della legge - ossia di ogni legge - nel tempo, e il diverso princi-

²⁴ Sul punto, cfr. Cass., Sez. un., 29 novembre 2005, D., cit. Per come è noto, con questa sentenza le Sezioni unite hanno superato il precedente indirizzo volto a delineare una distinzione (anche in ordine alla natura giuridica) tra il patteggiamento cd. tradizionale e quello cd. allargato e hanno effettuato una ricostruzione dell'istituto in chiave unitaria. Ciò in quanto il comune schema negoziale, la riduzione della pena, la irrilevanza della costituzione di parte civile (salvo che per il pagamento delle spese di costituzione e difesa della parte civile), la non menzione della sentenza nel certificato del casellario giudiziale, l'inefficacia della sentenza nei giudizi civili ed amministrativi diversi dai giudizi disciplinari, l'assoggettamento a revisione ed il regime rigoroso riservato alla confisca, impediscono che le differenze incidano sulla struttura dell'istituto e sulla funzione della pena patteggiata.

pio espresso dal noto brocardo *tempus regit actum*. Principio, quest'ultimo, destinato invece a regolare le sole attività procedimentalizzate²⁵.

Ora, se è vero che il richiamato principio del *tempus regit actum* discende dal correlativo principio di immediata applicazione della legge, contenuto nel medesimo art. 11 disp. prel. c.c., è altrettanto vero che lo stesso art. 11 ribadisce altresì la efficacia irretroattiva della legge, espressamente nella parte in cui dispone che quest'ultima «(...) non ha effetto retroattivo». È per questa ragione che appare alquanto contraddittorio il richiamo a questa norma per poi affermare la natura retroattiva della incandidabilità/decadenza.

Nemmeno si comprende il senso del rinvio al principio del *tempus regit actum*, dal momento che la vicenda esaminata non implicava alcuna attività in corso che, in virtù di un fenomeno di successione tra leggi nel tempo, avrebbe dovuto proseguire sotto la vigenza della norma neointrodotta. Infatti, è di tutta evidenza che l'applicazione della incandidabilità/decadenza, nel caso sottoposto al giudizio del Consiglio di Stato, come in ogni altra ipotesi, non presuppone una attività procedimentalizzata preesistente alla legge Severino.

Rappresenta piuttosto una diretta conseguenza della sua entrata in vigore, dal momento che la incandidabilità/decadenza non avrebbe potuto essere dichiarata, ancorché ci si fosse trovati in presenza dei medesimi presupposti, prima del mutamento legislativo.

Né, passando ora alla vicenda di maggiore rilevanza politica, per effetto della medesima sentenza di condanna il sen. Silvio Berlusconi era già sottoposto ad alcuna altra procedura volta alla sua decadenza dalla carica di senatore.

Tornando al caso deciso dal Consiglio di Stato e quindi alla violazione del divieto di retroattività, giova sottolineare come si discutesse dell'applicazione della misura della incandidabilità/decadenza, entrata in vigore il 5 gennaio 2013, a fatti accertati con sentenza non patteggiata, passata in giudicato addirittura nell'anno 2001²⁶.

²⁵ È ampiamente nota la valenza esclusivamente processuale del principio *tempus regit actum*. Tuttavia, i criteri di distinzione tra disposizioni sostanziali e processuali utilizzati dalla dottrina conducono talvolta a conclusioni meramente tautologiche. Ossia a conclusioni che, pur apparentemente ineccepibili, denotano il non certo trascurabile difetto di risolversi in vere e proprie petizioni di principio, dal momento che la soluzione di volta in volta segnalata transita attraverso il riferimento a classi di concetti, ovvero a fenomeni giuridici, l'esatto campo di delimitazione dei quali resta del tutto indeterminato. Sul punto, volendo, D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, pp. 290 ss.

²⁶ Giova segnalare come il Consiglio di Stato abbia recentemente avallato, con la sentenza del 29 ottobre 2013 (in *Guida dir.*, 2013, 48, 30 ss.) l'orientamento espresso con la già più volte criticata sentenza n. 695 del 2013.

Né si può qui tacere una ulteriore critica alla sentenza del Consiglio di Stato, che si è spinto sino al punto di qualificare – per come meglio vedremo in seguito – la condanna penale irrevocabile quale presupposto oggettivo di un giudizio di “indegnità morale”, per di più riportando integralmente le identiche considerazioni con le quali già in passato la Corte costituzionale si era espressa in materia, ma in relazione alla ben diversa e precedente legge 18 gennaio 1992, n. 16²⁷, peraltro nel contesto di un quadro giurisprudenziale del tutto differente²⁸. Come se queste stesse considerazioni, invero fatte proprie anche dalla giurisprudenza civile di legittimità²⁹, potessero essere estese analogicamente – in *malam partem* – a vicende storicamente difforni rispetto a quelle oggetto di originaria valutazione, tra l’altro ora espressamente disciplinate dal d.lgs. n. 235 del 2012.

5. Un argomento suggestivo ma solo apparentemente fondato: la indebita sospensione dell’efficacia della legge Severino

Contro la tesi della non retroattività della legge Severino si è fatto ricorso a un argomento tanto apparentemente fondato, quanto in realtà opinabile³⁰. Si è sostenuto che questa comporterebbe, in contrasto con il principio di immediata applicazione della legge desumibile dall’art. 11 disp. prel. c.c., una indeterminata sospensione della efficacia delle misure neointrodotte. In altre parole, se la legge Severino dovesse necessariamente implicare la posteriorità della sentenza penale di condanna – o, peggio ancora, dei fatti di reato – ri-

²⁷ Corte cost., n. 118 del 1994, in *Foro amm.*, 1995, 7. Per come è noto, con questa sentenza è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, co. 1, L. 18 gennaio 1992 n. 16 nella parte in cui disponeva che la decadenza di diritto da una serie di cariche elettive (indicate nel medesimo articolo), conseguente a sentenza di condanna passata in giudicato per determinati reati (pure ivi previsti), operasse anche in relazione alle consultazioni elettorali svoltesi prima dell’entrata in vigore della legge medesima e a reati commessi anch’essi prima di tale data.

²⁸ Un quadro che per l’appunto sarebbe stato significativamente alterato dalla nota sentenza Sud Fondi s.r.l. c. Italia, 30 agosto 2007, in *Giur. it.*, 2009, 2398. Sentenza con la quale la Corte europea dei diritti dell’uomo ha riconosciuto natura penale alla confisca ex art. 44 d.P.R. 380 del 2001 e ha affermato che «è riscontrabile una violazione dell’art. 7 CEDU e dell’art. 1, Protocollo n. 1, nel caso in cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite sia stata ordinata dal giudice penale con la sentenza che ha assolto gli imputati sul presupposto che gli stessi abbiano commesso un errore inevitabile e scusabile nell’interpretazione delle norme violate». La natura penale della confisca emerge, secondo la Corte, da diversi indicatori: dalla lettera della norma che colloca la disposizione sotto la rubrica “sanzioni penali”, dalla sua gravità, nonché dalla devoluzione della sua applicazione al giudice penale e, soprattutto, dallo scopo della stessa, avente natura repressivo – preventiva piuttosto che riparatoria.

²⁹ Cass. civ., Sez. I, 8 novembre 1994, n. 9263, in *Giust. civ.*, Mass., 1994, fasc. 11.

³⁰ Cfr. *Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari comunicata alla Presidenza del Senato della Repubblica in data 15 ottobre 2013*, consultabile in www.senato.it.

spetto alla sua stessa data di entrata in vigore, resterebbe per molto tempo priva di applicazione attuale. La legge diventerebbe effettiva soltanto a distanza di mesi, se non addirittura di anni, a partire dal 5 gennaio 2013.

Per come già sopra si osservava, l'argomento, malgrado la sua apparente persuasività, in realtà non prova nulla. Infatti, sul piano logico è già poco convincente che una certa interpretazione venga criticata malgrado costituisca il naturale sviluppo di principi generali destinati a presidiare una intera materia. Salvo poter dimostrare – ma questo risultato non sembra essere stato raggiunto – che questi stessi principi, validi in tutti gli altri casi, qui non possono essere applicati.

Senza trascurare il fatto che l'argomento che ci permettiamo di criticare sembra rivelare una sorta di inversione del metodo. Non si spiega per quale ragione il tradizionale presidio costituito dalla irretroattività della legge dovrebbe essere ignorato. Si dice soltanto che ne conseguirebbero effetti irragionevoli. Per di più così interpretando l'art. 11 delle preleggi, al quale va attribuito il rango di norma paracostituzionale, alla stregua di una norma di legge ordinaria³¹.

Tra l'altro, si potrebbe replicare che se una efficacia così differita dovesse essere la naturale conseguenza dei principi che regolano il sistema, la critica equivale ad una immotivata contestazione dei principi sui quali si fonda il nostro ordinamento giuridico. L'interprete dovrebbe limitarsi a prendere atto delle regole generali, anziché ritenere irragionevoli le conseguenze. Imporre l'anteriorità della legge al fatto – non soltanto alla sentenza – costituisce una sequenza del tutto ortodossa, anzi rappresentativa di un fisiologico processo di applicazione del diritto, i risultati del quale devono considerarsi altrettanto fisiologici.

Se poi ci si avvede del fatto che la condanna definitiva costituisce la componente necessaria di una fattispecie che per evidenti ragioni non potrebbe reggersi su di una sentenza intermedia, data la gravità delle conseguenze giuridiche, la conclusione è altrettanto scontata e per le stesse ragioni immeritevole di critiche³².

³¹ È sempre attuale l'ammonimento di BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 8, il quale già in passato aveva censurato, su di un piano ancora più generale, la tendenza ad interpretare le norme costituzionali alla stregua delle norme di legge ordinaria, così invertendo il corretto percorso ermeneutico.

³² La stessa vicenda si produce ad esempio nel caso delle disposizioni peggiorative in tema di recidiva introdotte dalla legge n. 251 del 2005, le quali potranno andare "a regime" solo allorquando si sia formato il giudicato penale nel procedimento in cui se ne deve accertare l'applicazione. Secondo MELCHIONDA (*La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 2, 178) in base all'art. 2 c.p.,

Pertanto occorrerà attendere il passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna, per l'evidente ragione che di quest'ultima non si può fare a meno nel contesto di una fattispecie a formazione inevitabilmente progressiva nel tempo.

Resta da osservare, proprio sul terreno su cui si pone l'obiezione con la quale ci stiamo confrontando, quello degli irragionevoli effetti di sospensione dell'efficacia della legge, che appare ben più irragionevole l'applicazione di una misura limitativa di diritti costituzionalmente garantiti, a ben dodici anni di distanza, nemmeno dal fatto, ma addirittura dalla data del passaggio in giudicato della sentenza di condanna³³.

6. La natura sanzionatoria della incandidabilità/decadenza

È molto diffusa, tra coloro che negano la natura penalistica della incandidabilità/decadenza, l'opinione secondo la quale dalla legge Severino non si trae alcun argomento di natura letterale al riguardo³⁴.

Anzi, per essere più precisi, si salta del tutto questo preliminare passaggio. In armonia con le decisioni assunte dal Consiglio di Stato, il motivo dominante consiste nell'escluderne la natura sanzionatoria e afflittiva, riconoscendone il ruolo di misura soltanto ricognitiva dell'assenza (intervenuta) dei requisiti morali che inevitabilmente devono caratterizzare l'assunzione e il mantenimento di cariche pubbliche di rilevante interesse. L'intervento di una sentenza di condanna a pena definitiva determinerebbe quindi il venir meno postumo dei presupposti di natura soggettiva, concernenti la dignità del soggetto a ricoprire simili incarichi.

A ben riflettere, questa soluzione già in via preliminare legittimerebbe il sospetto secondo il quale il forte e persistente richiamo ai temi etici in realtà costituisce lo strumento per eludere il molto ingombrante tema della retroattività sfavorevole. Mediante la utilizzazione di un elemento extra-testuale – ma

peraltro richiamato dallo stesso art. 10, co. 2, legge n. 251 del 2005, le nuove più sfavorevoli disposizioni in tema di recidiva devono applicarsi solo con riferimento ai reati commessi dopo il 7 dicembre 2005, data di entrata in vigore della legge.

³³ Viene qui in rilievo pure il principio costituzionale di rieducazione, il quale implica la necessaria collaborazione del condannato e quindi preclude la punizione di colui che, essendosi reso responsabile di un certo reato, magari moltissimi anni prima rispetto alla irrogazione della sanzione, deve ormai considerarsi una persona diversa e pertanto non può più in alcun modo essere rieducato. Se così stanno le cose e per tornare ora alla vicenda di nostro più diretto interesse, non si capisce nemmeno la temporaneità della misura della incandidabilità/decadenza, per l'appunto in un contesto nel quale possono passare anni dalla data della condanna.

³⁴ L'argomento non è direttamente affrontato negli scritti dedicati alla questione, sicché potremmo dire che si tratta di una opinione implicitamente diffusa.

anche extra-giuridico – come la moralità che è sganciata dal fatto, si tenta di impedire l'entrata in gioco di tutte quelle garanzie, anche di livello costituzionale, che lo presidiano, ma che di converso non giocano alcun ruolo rispetto a componenti eticizzate.

Tuttavia, prima ancora di addentrarsi sul terreno di un assunto che si reggerebbe, malgrado la oramai intervenuta secolarizzazione e laicizzazione del diritto³⁵, su di un giudizio di immoralità che renderebbe superflua ogni obiezione giuridica, va detto che la tesi da noi criticata può essere ribaltata già sul piano del diritto positivo.

Infatti ben al di là delle generiche affermazioni – purtroppo evocative di un pericoloso clima culturale ormai generalizzato nel Paese³⁶ – attraverso le quali in buona sostanza si propone di cogliere lo *spirito* della legge, risultandone irrilevante il *testo*, quest'ultimo al contrario offre inequivocabili argomenti, non soltanto a favore della natura sanzionatoria e punitiva della incandidabilità/decadenza, ma per di più convergenti nel consentirne una esatta qualificazione giuridica come effetto penale della sentenza di condanna.

Il lettore non distratto avrà già notato che solo a questo punto abbiamo qualificato come punitiva e di natura penale ciò che sin qui abbiamo prudentemente definito “misura”. Ciò non è casuale, ma è frutto della sufficiente completezza degli argomenti sin qui sviluppati che finalmente ci consentono di prendere posizione.

Procedendo con ordine dobbiamo innanzitutto notare – ma il rilievo è già stato ampiamente sviluppato – che la misura della quale ci occupiamo sacrifica un diritto, quello di elettorato passivo e attivo, dotato di particolare significatività al punto di essere stato recepito dagli artt. 51 e 48 Cost. Pertanto, ancorché l'argomento non risulti decisivo, è consentito tuttavia obiettare che il sacrificio di un diritto costituzionalmente protetto ipotizza già la natura penalistica della correlativa sanzione, dal momento che solo il procedimento penale è in grado di assicurare un adeguato rapporto di proporzione tra il livello delle garanzie – anch'esse di rango costituzionale – che lo contraddistinguono e il corrispondente livello del diritto che risulta offeso nella ipotesi in cui al

³⁵ Nel contesto di un panorama amplissimo, per limitare il campo a taluni importanti contributi penalistici, cfr. CANESTRARI, STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009.

³⁶ Ci si riferisce qui alle derive culturali tipiche dei regimi autoritari o peggio totalitari e, in particolare, a quelle – ancora più estreme – proprie del diritto penale del nazionalsocialismo. Sul punto, per tutti, MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni trenta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 929 ss.

processo consegua la condanna definitiva³⁷. Ma se solo il processo penale e il reato rivestono una dignità corrispondente al livello del diritto compromesso, è difficile poi pensare che la misura che ne scaturisce non sia sottoposta alle medesime garanzie che presidiano entrambi.

La verità è che la incandidabilità/decadenza non costituisce la conseguenza di una vicenda dimostrativa della incompatibilità morale del soggetto rispetto alla carica. Incompatibilità morale, questa, che si sarebbe potuta ravvisare nei casi di conclamata indegnità del parlamentare anche per fatti non costituenti reato, ovvero per fatti così qualificati, ma non necessariamente rientranti tra quelli indicati alle lett. a), b) e c) del co. 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 235 del 2012. Se tutto consistesse in una condizione di indegnità a ricoprire la carica, non avrebbe avuto senso la previsione di tassative fattispecie condizionanti. Pertanto a noi sembra chiaro che nessuno può attribuire alla immoralità del parlamentare, intesa come elemento giustificativo di un giudizio di indegnità a ricoprire la carica, il ruolo di componente capace di spiegare la natura della decadenza.

Vi è poi da osservare che il fattore determinante l'applicazione di questa "sanzione" è una condanna definitiva ad una certa pena detentiva, irrogata per un reato appositamente scelto dal legislatore. Un giudizio, quindi, intriso di spiccate note di giuridicità. Note, queste, che non sembrano in alcun modo adattarsi ai ben diversi ambiti assegnati alle valutazioni di natura morale che non richiedono la celebrazione di alcun giudizio penale, né tanto meno la definitività della relativa sentenza.

In aggiunta deve notarsi come il fatto che questa sanzione implichi il passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna, testimonia che la sua irrogazione richiede il livello massimo di certezza processuale, cioè quello tipico della cosa giudicata penale.

Al contrario, un giudizio di indegnità o di immoralità, non soltanto può essere la conseguenza di fatti penalmente neutri, ma pure di fatti ancora non del tutto accertati, dato che anche già soltanto taluni aspetti di una vicenda potrebbero consentire di qualificare come immorale l'altrui condotta. Né può escludersi una totale divergenza tra i due giudizi, posto il maggiore diametro proprio del giudizio morale, che inevitabilmente permette di ricomprendere al suo interno quello proprio dell'illecito penale.

³⁷ D'altronde, per come è ampiamente noto, secondo un'autorevole dottrina il rango costituzionale del diritto è indice della natura penalistica della disposizione che lo tutela. Sul punto, BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 8; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

Conferma la nostra opinione il fatto che la durata della incandidabilità/decadenza è per legge strettamente connessa alla durata della pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici – allorché quest'ultima è preveduta per il reato al quale consegue la prima – dal momento che quest'ultima risulta doppia rispetto alla pena accessoria e comunque non inferiore a sei anni (art. 13). Ciò significa che per un verso la sua durata è correlata a quella della pena accessoria, ma che per altro verso se ne discosta tutte le volte in cui il doppio della pena accessoria risultasse inferiore al limite fisso dei sei anni, al di sotto dei quali la incandidabilità/decadenza non può scendere. Quest'ultima, poi, possiede un'autonoma funzione sanzionatoria in tutti quei casi in cui il reato rispetto al quale è intervenuta sentenza di condanna definitiva non consenta di applicare la pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici. Risulta chiara, pertanto, la natura sanzionatoria della incandidabilità/decadenza, anche per la funzione sostitutiva della pena accessoria che le è di fatto attribuita⁸⁸. Tant'è che l'art. 15, co. 2, prevede che la incandidabilità/decadenza produca i propri effetti *«indipendentemente dalla concomitanza con la limitazione del diritto di elettorato attivo e passivo derivante dall'applicazione della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici (...)»*.

Ma la natura penalistica di questa misura è resa certa dall'art. 15 co. 3, secondo il quale *«la sentenza di riabilitazione, ai sensi degli articoli 178 e seguenti del codice penale, è l'unica causa di estinzione anticipata dell'incandidabilità e ne comporta la cessazione per il periodo di tempo residuo (...)»*. Sul punto crediamo si debba convenire che il legislatore non avrebbe potuto essere più esplicito di così nel dichiarare la natura penalistica della incandidabilità/decadenza. Il richiamato art. 178 c.p. dispone infatti che la riabilitazione

⁸⁸ La pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici e la misura della incandidabilità/decadenza non hanno i medesimi presupposti, benché incidano sul medesimo diritto, ossia quello di elettorato attivo e passivo. Più in particolare, la interdizione perpetua consegue alla condanna all'ergastolo o alla condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni, mentre quella temporanea – fissata dalla legge in cinque anni – consegue alla condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni (art. 29, co. 1, c.p.). Al contrario, l'incandidabilità/decadenza prevista dal d.lgs. n. 235 del 2012 si applica nel caso di condanna definitiva a pena superiore a due anni di reclusione per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 51, co. 3-bis e 3-quater, c.p.p. (art. 1, lett. a), nel caso di condanna definitiva a pena superiore a due anni di reclusione per i delitti, consumati o tentati, previsti nel libro II, titolo II, capo I, del codice penale (art. 1, lett. b), ovvero nell'ulteriore caso di condanna definitiva a pena superiore a due anni di reclusione, per delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, determinata ai sensi dell'art. 278 c.p.p. (art. 1, lett. c).

estingue le pene accessorie e gli effetti penali della condanna. Disposizione, questa, che nel rispetto del chiaro linguaggio legislativo limita le categorie giuridiche penalistiche all'interno delle quali collocare questa sanzione, alle pene accessorie e agli effetti penali della sentenza di condanna. L'espressione usata al riguardo è peraltro resa ancor più inequivocabile di quanto già non sia, dalla ulteriore qualificazione della riabilitazione come l'*unica* causa di estinzione della incandidabilità/decadenza. Ciò con l'ovvia intenzione di escludere l'eventuale fenomeno, di marca prettamente penalistica anch'esso, costituito dal concorso di cause estintive del reato o della pena, disciplinato dall'art. 183 c.p.

Ma non basta ancora, dal momento che il medesimo co. 3 dell'art. 15 lega la revoca della sentenza di riabilitazione al ripristino della incandidabilità per il periodo di tempo residuo, ad ulteriore – ancorché superflua – dimostrazione della sua natura penalistica.

L'ulteriore prova inconfutabile è poi fornita dall'ultimo comma dell'art. 13, il quale dispone che *«nel caso in cui il delitto che determina l'incandidabilità o il divieto di assumere incarichi di governo è stato commesso con abuso dei poteri o in violazione dei doveri connessi al mandato elettivo, di parlamentare nazionale o europeo, o all'incarico di Governo, la durata dell'incandidabilità o del divieto è aumentata di un terzo»*. La legge prevede quindi una sorta di circostanza aggravante, nella misura fissa di un intero terzo della durata della sanzione della incandidabilità/decadenza, nel caso in cui il reato sia commesso con abuso di poteri o in violazione dei doveri. Così integralmente richiamando – per di più trasferendola a questa materia – l'aggravante comune di cui all'art. 61, n. 9, c.p. Ora, se una circostanza aggravante, di natura indiscutibilmente penalistica, determina l'aumento di durata di una sanzione, appare davvero difficile pensare di poterne poi escludere la natura penalistica³⁹.

Quanto precede rende del tutto superflua l'esposizione delle pur consistenti ulteriori ragioni che si schierano a favore della natura penalistica della sanzione. Premesso che non esistono sanzioni non denominabili, dal momento che in caso di mancata qualificazione da parte del legislatore questo compito spetterebbe comunque all'interprete, si deve osservare come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia da tempo affermato che addirittura, anche in caso di espressa denominazione l'interprete non è vincolato

³⁹ Per completezza giova precisare come la disposizione in esame si esponga ad un possibile vizio di incostituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost., dal momento che tale misura non era in alcun modo prevista dalla legge delega, ma è stata solo successivamente introdotta dal Governo.

alle scelte legislative, tutte le volte in cui la sostanziale natura della sanzione si ponga in contrasto con la sua denominazione legislativa⁴⁰.

Insomma, l'interprete deve impedire il rischio di una *truffa delle etichette*, e deve orientarsi sulla base di ciò che la sanzione effettivamente determina, avuto riguardo alla situazione giuridica sacrificata⁴¹. Le medesime ragioni che militano a favore della natura penalistica della incandidabilità/decadenza, rendono poi del tutto superflua l'indagine volta ad affermarne l'appartenenza al più ridotto settore, quantitativamente parlando, dell'illecito amministrativo punitivo⁴².

Concludendo, resta ormai da sottolineare come la tesi contraria alla nostra si caratterizzi per la già criticata, ma del tutto obbligata scelta di collocare la incandidabilità/decadenza sul nebuloso e incerto terreno delle misure non punitive, ma soltanto dichiarative della indegnità a ricoprire incarichi che richiedono un sufficiente livello di moralità. Al riguardo occorre ancora una volta osservare che la soluzione cui è pervenuta a maggioranza la Giunta del Senato

⁴⁰ È fondamentale, sul punto, Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 9 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *www.coe.int*. Per come è noto, con questa sentenza vennero fissati taluni criteri interpretativi finalizzati ad apprezzare la effettiva portata sanzionatoria di una certa misura. Tra i suddetti criteri, che sono tendenzialmente alternativi e non necessariamente cumulativi, rientrano, oltre alla qualificazione giuridica data all'illecito nel diritto interno, anche la natura del precetto violato e la severità della sanzione a cui va incontro il suo trasgressore. Ne consegue che, lungi dall'essere decisivo, il *nomen iuris* (illecito penale o amministrativo) attribuito nei diversi ordinamenti ai singoli illeciti, rappresenta solamente «un punto di partenza» dal quale l'interprete deve necessariamente principiare nel valutare la concreta applicabilità delle garanzie di matrice penalistica previste dalla Convenzione, che deve essere comunque riconosciuta qualora sussistano gli ulteriori criteri di cui si è detto. I principi ora illustrati sono poi stati ulteriormente approfonditi da Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 21 febbraio 1984, Oztürk c. Repubblica federale tedesca, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss., con nota di PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» e una svolta radicale.

⁴¹ Per come è noto, la Corte europea ha più volte affermato che la nozione di pena contenuta nell'art. 7, § 1, C.e.d.u. ha una valenza autonoma e deve quindi essere apprezzata oltre le apparenze e nella sua portata sostanziale, al fine di evitare una vera e propria «truffa delle etichette» (cfr. Gr. Cam., 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, in *Publications de la Cour Eur. des Droits de l'Homme*, 1995, Série A, 307, 1 ss.; Sez. II, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, 30 agosto 2007, *cit.*). Nel dettaglio, elemento fondamentale per tale qualificazione è quello di stabilire se la sanzione è stata inflitta sulla scorta di una condanna per aver integrato un illecito penale; ulteriori indici possono essere la natura della misura, la sua finalità e gravità, la sua qualificazione formale nel diritto interno e la tipologia del procedimento di irrogazione ed esecuzione. Al riguardo, la Corte costituzionale ha chiarito che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sulla interpretazione degli artt. 6 e 7 C.e.d.u. si deduce il principio generale secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo partecipano della medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Cfr. Corte cost., n. 196 del 2010, in *Cass. pen.*, 2011, 528 ss., con nota di MANES, *La confisca «punitiva» tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla «truffa delle etichette»*.

⁴² Sui problematici rapporti tra diritto penale e diritto amministrativo punitivo, è d'obbligo il rinvio a PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

per le immunità e le elezioni – e prima ancora il Consiglio di Stato – risulta imposta dalla necessità, in quel contesto argomentativo, di negare la natura punitiva della misura, dal momento che a tale conclusione sarebbe inevitabilmente conseguita l'applicazione del principio di irretroattività. Ciò anche a prescindere dalla esatta individuazione dell'ordinamento giuridico di appartenenza e quindi indipendentemente dalla collocazione all'interno del diritto penale o del diritto amministrativo punitivo.

Tuttavia, anche a voler trascurare questa già persuasiva obiezione, vi è da osservare come l'incerto tema dei provvedimenti punitivi a base morale, che quindi sovrappongono questa sfera a quella giuridica, si esponga alle ricorrenti critiche le quali segnalano i rischi di pericolose involuzioni, anche di stampo autoritario, che il diritto subisce allorché si confonde con la sfera riservata alla morale. Soprattutto se rimessa alla discrezionalità dei soggetti titolari del potere politico⁴³. Con ciò prestando pure il fianco a quelle voci critiche – del tutto convergenti – secondo le quali il processo di laicizzazione e secolarizzazione del diritto è da tempo definitivamente concluso ed è irreversibile⁴⁴.

Considerazioni, queste ultime, in virtù delle quali riteniamo anche di escludere che la incandidabilità/decadenza costituisca una generica misura di *profilassi* finalizzata, non tanto a punire il politico condannato, quanto piuttosto a tutelare l'organo cui appartiene, del quale si intenderebbe così preservare l'immagine e l'onorabilità. È infatti evidente che una simile impostazione rischia di trasformare quella in esame in una vera e propria *misura di ordine pubblico*, sganciata però dal fatto e dal relativo autore – ossia gli unici parametri necessari a definire l'oggetto e lo scopo della reazione punitiva dello

⁴³ Sulla stretta connessione tra forme di Stato autoritarie – se non addirittura totalitarie – e l'illiberale modello del diritto penale d'autore, si vedano STILE (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Napoli, 2011; DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Pen.*, XIV, Torino, 1999, pp. 268 ss.; FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 278 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, pp. 186 ss.; GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8 ss.

Più in generale, sulle evidenti connessioni tra diritto penale dell'autore e diritto penale del nazional-socialismo, cfr. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, pp. 67 ss.; ID., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963, *passim* e spec. pp. 63 ss., 155 ss.

⁴⁴ Al riguardo, senza alcuna pretesa di completezza, DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1017 ss.; PULITANO, *Laicità e diritto penale*, ivi, 2006, 55 ss.; FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991, pp. 167 ss.; ID., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984. A livello manualistico, cfr. CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 2007, pp. 225 ss.

Stato – a tutto vantaggio di una non meglio definita necessità di assicurare trasparenza alle cariche pubbliche e al mandato di rappresentanza popolare⁴⁵.

7. La qualificazione giuridica della incandidabilità/decadenza quale *effetto penale* della sentenza di condanna

Per come abbiamo visto, la questione giuridica alla quale abbiamo inteso contribuire sembra beneficiare di una soluzione fondata sulle norme, quindi tale da evitare il ricorso a costruzioni meta-giuridiche, del tipo di quelle – già criticate – che si fondano sulle impalpabili e pericolose strutture della responsabilità morale o della indegnità.

Al lettore a questo punto è nota l'importanza che nella soluzione della vicenda riveste il ruolo attribuito alla riabilitazione. Giova poi notare come la riabilitazione estingua le pene accessorie come anche gli effetti penali della sentenza di condanna. Ecco perché – ma il rilievo è già stato sollevato – ci era sembrato naturale collocare la incandidabilità/decadenza in uno spazio comune. Astrattamente intermedio tra le pene accessorie e gli effetti penali della condanna.

A questo punto resta da sciogliere la riserva individuando, tra l'una e l'altra categoria, quella che meglio rappresenta e descrive la natura giuridica del nostro istituto. A ben riflettere la soluzione del problema non sembra impegnativa. Infatti la categoria delle pene accessorie può essere subito esclusa, dal momento che queste ultime devono essere applicate dal giudice con la sentenza, laddove la incandidabilità/decadenza, pur costituendone una conseguenza, è applicata dall'autorità amministrativa alla quale è rimessa la relativa dichiarazione⁴⁶.

Fatta questa precisazione, il problema non è tuttavia risolto, per l'evidente motivo che occorre ancora comprendere quale sia la natura – se penalistica o non – di questo specifico effetto della sentenza di condanna. È vero – e l'obiezione potrebbe esserci mossa – che lo sviluppo della nostra argomentazione sembra immotivatamente giunto alla conclusione di attribuire a questa misura la qualifica di effetto penale, anziché di effetto non penale, della sentenza di condanna.

⁴⁵ In questo senso, ad esempio, MAZZA, *Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla "legge Severino")*, cit., 7; MANNA, *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in questa *Rivista* on line, 11.

⁴⁶ Anche le pene accessorie possono essere decise nella loro durata dal giudice, attraverso la commisurazione della pena principale alla entità della quale può essere ragguagliata quella delle pene accessorie.

Per di più, data la indiscutibile esistenza di questi ultimi effetti, anch'essi conseguenti alla sentenza di condanna, spiegare le ragioni della scelta tra le due categorie potrebbe costituire una utile *prova di resistenza*, agli esiti della quale potremo per altro verso verificare l'esattezza dell'intero percorso sin qui compiuto.

La categoria degli "effetti penali della condanna" non è definita dal codice penale, il quale si limita ad evocarla in alcune sue disposizioni (ad es. artt. 2 co. 2, 12, n. 1, 20) che ne attestano l'esistenza, senza tuttavia definirla.

A dire il vero, la scelta del legislatore sembra affatto condivisibile. L'ampiezza dell'istituto, la sua flessibilità funzionale a soddisfare le più varie esigenze, anche relative – per come vedremo – ai diversi settori dell'ordinamento giuridico, hanno sconsigliato ogni tentativo volto ad ingessarlo all'interno di formule precostituite. In altri termini si sarebbero rivelate in conflitto con la polivalenza dell'istituto e l'ampiezza dei fini perseguiti. Peraltro, nel caso opposto, cioè ove mai si fossero utilizzate espressioni generiche, ossia pseudo-definizioni, la norma definitoria avrebbe invece dimostrato la sua perfetta superfluità.

Tornando ora alla categoria degli effetti penali della condanna, giova notare come la dottrina abbia confezionato due criteri distintivi, alternativamente basati sulla natura delle situazioni giuridiche sulle quali questi effetti di natura afflittiva incidono, ovvero sulla fonte o, per meglio dire, sulle modalità applicative. Con ciò riferendosi alla eventuale intermediazione di una qualche autorità dotata del potere quanto all'esecuzione degli effetti nascenti da una sentenza penale di condanna⁴⁷.

D'altro canto, anche la giurisprudenza si è divisa tra un primo orientamento volto a circoscrivere la categoria degli effetti penali alle sole conseguenze giuridiche afflittive diverse dalle pene accessorie direttamente derivanti dalla sentenza di condanna⁴⁸ e un secondo indirizzo in base al quale gli effetti penali includono invece ogni altra sanzione che non si attui in modo necessariamente automatico, ma che comunque trovi nella sentenza di condanna il proprio necessario presupposto⁴⁹.

⁴⁷ Nella prima direzione, BOSCARILLI, *Compendio di diritto penale, parte generale*, Milano, 1988, pp. 406 ss. Al contrario, nel senso che il carattere penale o non degli effetti va desunto dalla natura della loro fonte e non dal rapporto sul quale incidono, PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2011, p. 583; CERQUETTI, *Gli effetti penali della condanna*, Padova, 1990, pp. 221; ID., voce *Pene accessorie*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 825. Per una illustrazione delle diverse impostazioni, LARIZZA, voce *Effetti penali della sentenza di condanna*, in *Dig. Pen.*, IV, Torino, 1990, pp. 207 ss.

⁴⁸ Cass., Sez. I, 6 maggio 1991, Giacquantì, in *Cass. pen.*, 1992, 658 ss.

⁴⁹ Cass., Sez. I, 5 ottobre 1992, Berti, in *Cass. pen.*, 1993, 563 ss.

È noto come la soluzione alla quale sono giunte le Sezioni unite della Cassazione abbia comportato una nozione ampia della categoria costituita dagli “effetti penali della condanna”⁵⁰. Quest’ultima non si identifica attraverso l’ulteriore analisi concernente la natura delle situazioni giuridiche sulle quali incide la misura afflittiva, bensì attraverso l’automaticità o discrezionalità che ne caratterizza la fase applicativa.

In altri termini, ci si trova dinnanzi ad un effetto penale della condanna tutte le volte in cui questo segua *ope legis* alla condanna, senza alcuna intromissione valutativa da parte di chi sia obbligato a prenderne atto, restandone vincolato.

Al contrario, ricorre il caso di un effetto non penale, allorquando l’autorità preposta alla sua applicazione sia anche titolare di un potere discrezionale.

Questa nozione “dilatata” della categoria in oggetto appare pienamente condivisibile, dal momento che asseconda la già richiamata ampiezza applicativa e la flessibilità funzionale che vanno riconosciute all’istituto. Ragionando diversamente, secondo il parametro restrittivo della natura della situazione giuridica sulla quale si interviene, se ne limiterebbe la portata, ostacolandone la naturale efficacia in altri settori dell’ordinamento⁵¹.

Si tratta pertanto di comprendere, tornando al caso che ci occupa, se la Giunta del Senato per le immunità e le elezioni sia risultata assegnataria, anche in forza del regolamento che ne disciplina l’operato, di un potere meramente dichiarativo, tipico di chi si limita a prendere atto del giudicato penale, ovvero se il D.lgs. n. 235 del 2012 le abbia attribuito al riguardo un inequivocabile potere discrezionale.

Data la fragilità dell’argomento, si deve da subito escludere che la discrezionalità possa celarsi o meno dietro al verbo “deliberare” che compare nel testo dell’art. 3, peraltro subito contraddetto dall’avverbio “immediatamente” che, pur riferendosi alla comunicazione delle sentenze irrevocabili di condanna di cui al precedente art. 1, milita nel senso opposto.

⁵⁰ Cass., Sez. un., 20 aprile 1994, Volpe, in *Cass. pen.*, 1994, 2404 ss. Nella stessa direzione, Cass., Sez. un., 29 novembre 2005, Dioup Oumar, in *Cass. pen.*, 2006, 2769. Successivamente le Sezioni unite della Corte di Cassazione (27 ottobre 2011, n. 5859, M.F.G., *ivi*, 2012, 2464), sono state chiamate ancora a pronunciarsi, sia pure incidentalmente, sulla categoria degli effetti penali della condanna, sposando in quella occasione la tesi “estensiva” secondo la quale l’esito positivo della prova conseguente all’affidamento al servizio sociale estingue anche la recidiva, considerata quindi un effetto penale della sentenza di condanna.

⁵¹ Si pensi ai casi di efficacia vincolante del giudicato penale in altri settori dell’ordinamento giuridico. Cfr., ad esempio, gli artt. 651 e 652 c.p.p., rispettivamente dedicati all’efficacia della sentenza penale di condanna e di assoluzione nel giudizio civile o amministrativo di danno.

Avverso la nostra tesi che conduce – per come è ormai palese – a collocare la incandidabilità/decadenza tra gli effetti penali della sentenza di condanna, potrebbero muoversi però ulteriori rilievi critici. Ci potrebbe essere obiettato che tra la sentenza di condanna e la dichiarazione di decadenza da parte dell'Assemblea si inserisce la relazione della Giunta per le elezioni e le immunità⁵² e l'ampio dibattito che si è svolto in entrambe le sedi. Circostanza, questa, che potrebbe indurre a ritenere l'esistenza di poteri discrezionali al riguardo.

Tuttavia, ben al di là delle apparenze la procedura parlamentare di decadenza non manifesta alcuna discrezionalità. È prevista a causa dello scontato ma doveroso rispetto che si deve alle prerogative costituzionali dei parlamentari per il fatto che costoro rappresentano la sovranità popolare⁵³ ma – per come è stato espressamente scritto – si tratta di «una fase di verifica dei poteri e non giurisdizionale»⁵⁴, a testimonianza del fatto che la dichiarazione di decadenza, in presenza dei presupposti di legge, costituisce un atto dovuto. In un contesto regolamentare che a stretto rigore non consentirebbe nemmeno il ricorso alla più garantita procedura della convalida delle elezioni.

E questa conclusione vale anche per l'autorità amministrativa preposta ad apporre la intervenuta dichiarazione di incandidabilità/decadenza⁵⁵.

Pure in questo caso la legge delinea una procedura vincolata che impone di prendere atto della intervenuta causa di incandidabilità/decadenza, escludendo ogni margine di discrezionalità. Per quello che qui più ci interessa, ma soprattutto per quello che già abbiamo osservato, siamo dinnanzi ad una procedura del tutto compatibile con la categoria degli effetti penali della condanna. Sul punto non deve sembrare enfatico utilizzare un ulteriore argomento, anch'esso tratto dalla legge Severino. L'incandidabilità/decadenza non è la conseguenza di una sentenza di condanna per taluni reati scelti sulla base della pena astrattamente prevista dal nostro legislatore. La legge, invece, prende

⁵² Cfr. *Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari comunicata alla Presidenza del Senato della Repubblica in data 15 ottobre 2013*, cit.

⁵³ Viene qui in rilievo l'art. 67 Cost., a mente del quale «ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato».

⁵⁴ Cfr. *Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari comunicata alla Presidenza del Senato della Repubblica in data 15 ottobre 2013*, cit., 13.

⁵⁵ Gli artt. 23 e 87 del d.P.R. n. 361 del 1957 configurano un sistema di tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei candidati alle elezioni politiche articolato in due fasi. La prima di natura amministrativa, consistente nel diritto di ricorrere all'Ufficio centrale nazionale contro le decisioni dell'Ufficio centrale circoscrizionale; la seconda di natura giurisdizionale, nella quale spetta alle Camere il giudizio definitivo sulle contestazioni, sulle proteste e, più in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici delle singole sezioni elettorali o dall'Ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente.

in considerazione la pena applicata in concreto dal giudice, sia pure in relazione ad un catalogo di reati già predeterminati⁵⁶.

A parte le tristi riflessioni che inevitabilmente ne discendono quanto alla non trascurabile questione della dipendenza della politica dal giudiziario⁵⁷, dato che il giudice potrà incidere sulla composizione delle assemblee legislative attraverso l'uso del potere di commisurazione della pena, non sembra insignificante notare quanto segue. Per un verso, la tesi di una dichiarazione di indegnità per la constatata assenza dei necessari presupposti di moralità ne esce ridimensionata, non apparendo possibile che un giudizio assoluto, come quello sulla moralità possa essere talmente relativizzato al punto di costituire l'effetto dell'uso del potere discrezionale del giudice *ex art. 133 c.p.* Senza alcuna volontà di banalizzare una questione così delicata e seria, appare alquanto originale ritenere che taluno sia indegno di ricoprire una carica politica se la pena supera di un giorno una certa soglia e non lo sia nel caso contrario.

Per altro verso non sembrano davvero residuare dubbi quanto alla natura certamente penalistica di una incandidabilità/decadenza che è direttamente collegata all'uso del potere discrezionale del giudice penale nel commisurare in concreto la pena.

8. La irretroattività sfavorevole quale principio generale dell'ordinamento

Tutti gli argomenti trattati sono già sufficientemente dimostrativi della natura penalistica della incandidabilità/decadenza. Da ciò consegue che la sfavorevolezza del regime introdotto dal D.lgs. n. 235/2012 rende non teorico, ma del tutto concreto quanto sin qui abbiamo osservato in tema di applicabilità dell'attuale disciplina a fatti che risultino commessi anteriormente alla sua data di entrata in vigore.

Le obiezioni sin qui mosse agli snodi attraverso i quali si sviluppa il ragionamento del Consiglio di Stato sembrano semmai giustificare la contraria affermazione secondo la quale la più gravosa disciplina può applicarsi soltanto a fatti che siano stati commessi successivamente alla sua entrata in vigore. Se l'analisi così tracciata ci consegna norme di sicura matrice penalistica, non vi è dubbio che la disciplina in questione dovrebbe ricadere, proprio in conseguenza di ciò, all'interno dell'ambito di garanzia segnato dal più volte citato

⁵⁶ Cfr. art. 1 d.lgs. n. 235 del 2012.

⁵⁷ Si tratta peraltro di una scelta legislativa che così funziona come un improprio criterio di commisurazione della pena.

principio costituzionale del divieto di retroattività sfavorevole al quale è affidato il non secondario compito di garantire la certezza del diritto. Certezza, questa, che qui riguarda non soltanto le modalità di esercizio del diritto di voto e il suo esito, ma anche lo stesso principio di separazione tra i poteri dello Stato che risulterebbe violato nel caso in cui si conferisse al giudice – per come abbiamo appena notato – il potere di alterare *ex post* la composizione delle assemblee legislative attraverso la commisurazione della pena.

Anche alla luce di queste ulteriori considerazioni noi riteniamo che la neointrodotta e peggiorativa riforma dovrebbe risultare applicabile soltanto ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore. È ovvio, peraltro, come qui si intenda ulteriormente sottolineare il valore insostituibile della data del fatto, al fine di parametrare il meccanismo di cui agli artt. 25 cpv. Cost., 7 C.e.d.u. e 2 c.p.

Questa conclusione merita tuttavia una precisazione e una riflessione.

Quanto al primo aspetto, già basterebbe notare come il divieto di retroattività *in peius* costituisca una caratteristica generale di ciascun sistema punitivo. Ciò anche perché la richiamata funzione di orientamento, tipica del precetto, come della sanzione, implica – per come abbiamo già ampiamente riferito – la necessaria conoscenza o conoscibilità del retrostante quadro normativo. Pena la impossibilità, per i cittadini, di assumere decisioni consapevoli.

Nella struttura dell'appena menzionato art. 25 cpv. Cost. fatto e sanzione sono due entità non separabili, nel senso che il divieto di retroattività li riguarda entrambi. Dal che deriva la incostituzionalità di ogni legge che assegni ad un fatto, già punito, una sanzione ulteriore non prevista al momento della sua realizzazione. Vicenda, questa, del tutto riconducibile, sul versante sostanziale, a quel principio di affidamento invocato soltanto per il contrapposto versante processuale.

Anche recentemente la Corte costituzionale ha precisato che «*l'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo "a sorpresa" del trattamento penale della fattispecie*»⁵⁸.

Nessuno può poi negare che l'appena richiamata esigenza di *calcolabilità* delle conseguenze giuridiche della condotta non appartiene al solo diritto penale, ma deve invece ritenersi propria di ogni settore punitivo – e non solo –

⁵⁸ Corte cost., n. 230 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 3440.

dell'ordinamento, rispetto al quale si pone un'analogia esigenza di tutela del principio di affidamento.

Al riguardo soccorre anche l'indubbia ampiezza dell'espressione «è *punito*» che figura all'interno dello stesso art. 25 cpv. Cost. L'uso di questo participio passato è infatti evocativo della necessaria riferibilità della norma all'intero sistema punitivo e non certo al solo diritto penale, per come al contrario si sarebbe potuto ritenere ove fosse stata impiegata la ben diversa e più restrittiva espressione «nessuno può essere privato della libertà personale ...».

Quella che precede costituisce una osservazione resa ancora più fondata alla luce di una evoluzione legislativa che sin dal 1981 ha riconosciuto – sia pure a livello di legge ordinaria – il divieto di retroattività sfavorevole anche per l'illecito amministrativo punitivo⁵⁹.

Né qui può trascurarsi il più volte richiamato art. 11 disp. prel. c.c., il quale – su di un piano ancora più sistematico – pone al centro dell'attenzione il principio di irretroattività come caratteristica generale della legge, indipendentemente da ogni altra considerazione. E proprio perché sancisce le caratteristiche che ogni legge deve possedere quanto all'efficacia nel tempo, non può non applicarsi alle fattispecie di diritto sostanziale, senza considerare il loro settore di appartenenza.

Insomma, tornando ancora una volta al tema dal quale siamo partiti, anche qualora si volesse per assurdo negare la natura punitiva della misura della incandidabilità/decadenza – e quindi la sua stessa appartenenza al diritto penale o al diritto amministrativo – l'art. 11 disp. prel. c.c. ne escluderebbe comunque ogni efficacia retroattiva, salva una contraria disposizione della legge Severino che però nulla stabilisce al riguardo.

Né si può trascurare l'art. 7 C.e.d.u. che notoriamente riveste il rango di norma interposta⁶⁰ e addirittura espressamente riconosce anche il collegato principio di retroattività delle disposizioni più favorevoli⁶¹.

⁵⁹ Si allude all'art. 1, co. 1, L. 24 novembre 1981, n. 689 (in Suppl. ord. alla *G.U.*, 30 novembre 1981, n. 329) recante «*Modifiche al sistema penale*», a mente del quale «nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione».

⁶⁰ A partire dalle note sentenze n. 348 (in *Cass. pen.*, 2008, 6, 2253) e n. 349 (*ivi*, 6, 2279) del 2007, la giurisprudenza della Corte costituzionale è ormai costante nel ritenere che le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. Sul punto, ad esempio, cfr. Corte cost., n. 93 del 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 829 ss.; n. 317 del 2009, in *Cass. pen.*, 2010, 5, 1729; n. 311 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 6, 4657.

Quanto infine alla riflessione che ci eravamo riservati, giova osservare che una riforma così radicalmente peggiorativa dovrebbe comportare quanto meno il mantenimento e il rispetto dei più tradizionali presidi garantistici come il divieto di retroattività sfavorevole. Nel rispetto di quel collaudato principio secondo il quale, maggiori sono il potere e la efficacia punitiva usata dallo Stato, come anche la loro incidenza su diritti fondamentali dei cittadini, maggiore dovrebbe semmai risultare la tutela apprestata.

L'esperienza sin qui maturata sotto la legge Severino sembra tuttavia sovvertire questo insegnamento. L'impressione che se ne trae suggerisce un dato preoccupante. Le categorie tradizionali del diritto penale liberale sembrano non interessare più. Sono ritenute una ingombrante eredità del passato che ostacola la irresistibile spinta tesa a piegare il diritto asservendolo alle più disparate esigenze del caso concreto.

La vicenda della quale ci siamo occupati di tutto ciò costituisce una preoccupante dimostrazione. Nessuno – almeno a parole – nega il principio di irretrattività sfavorevole. D'altronde un'affermazione così grossolanamente falsa sarebbe risultata improponibile. Piuttosto si preferisce eluderlo, negandone l'efficacia negli spazi immensi destinati ai giudizi morali. Oggi non importa se ciò avviene al prezzo di sacrificare i principi generali sui quali si è retta – per lo meno sin qui – la nostra civiltà del diritto. Si fa finta di nulla. Tutto ciò lascia intravedere un futuro molto ricco di efficacia punitiva, ma poverissimo sul piano delle garanzie.

Come talvolta accade, i pericoli maggiori per lo Stato di diritto provengono da chi si è assunto il compito di difenderlo. Al penalista non resta che prendere atto di un radicale processo di svuotamento delle categorie più generali del nostro attuale sistema, ossia di quel diritto che ancora c'è. Eppure il penalista dovrebbe anche prendere atto del moltiplicarsi dei segnali dimostrativi del

⁶¹ Principio, questo, sprovisto però di carattere assoluto. Per come infatti osservato dalla Corte costituzionale (sent. n. 236 del 2011, in *Giur. cost.*, 2011, 4, 3021), la Corte di Strasburgo non soltanto non ha inequivocabilmente escluso la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio della retroattività *in mitius* subisca delle deroghe, ma anzi ha posto un espresso limite alla sua operatività. Ciò in quanto quest'ultimo «*si traduce nella norma per cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli*» (Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, § 109, in *Cass. pen.*, 2010, 2, 832). Facendo riferimento alle (sole) «*leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva*», la Corte europea ha, dunque, escluso che il principio in questione sia destinato ad operare oltre il limite del giudicato, diversamente da quanto prevede, nel nostro ordinamento, l'art. 2, co. 2 e 3, c.p. Cfr., ancora, Corte cost., n. 236 del 2011; si veda anche sent. 230 del 2012, cit.

lento ma inarrestabile imporsi di un diritto nuovo e alternativo rispetto a quello che conosciamo, con il quale risulta per molti versi incompatibile quello che per l'appunto abbiamo definito il diritto che non c'è.