



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

ANAC
Protocollo uscita
2014 - III/1
N. 0020516
Data 02/12/2014


Presidenza del Consiglio dei Ministri
Dipartimento per gli Affari giuridici e legislativi
protocollo.dagl@mailbox.governo.it

Oggetto: Parere dell'Autorità nazionale anticorruzione in ordine all'intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 235/2012 in relazione all'art. 10, comma 1 lettera c) del medesimo decreto. TAR Campania-Napoli, sezione prima, ordinanza 30 ottobre 2014, n. 1801 - Vs. rif. nota del 17 novembre 2014. DAGL.4.3.30.3/138.8/788 - R.P.

Con provvedimento n. 87831 del 1° ottobre 2014 il Prefetto della Provincia di Napoli, ai sensi dell'art. 11, comma 5, del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235 ha dichiarato di aver accertato nei confronti del Sindaco di Napoli, la sussistenza della causa di sospensione dalla carica di cui al medesimo art.11, primo comma, lettera a) del citato decreto legislativo.

Avverso tale provvedimento il ricorrente ha proposto ricorso innanzi al TAR Campania - Napoli -sezione prima; quest'ultimo ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, primo comma, lettera a) del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, in relazione all'art. 10, primo comma lettera c) del medesimo decreto legislativo perché la sua applicazione retroattiva si pone in contrasto con gli artt. 2, 4; secondo comma, 51, primo comma e 97, secondo comma della Costituzione (ordinanza n. 4798/2014 del 30 ottobre 2014).

Dei diversi motivi di ricorso il Collegio ha esaminato in via pregiudiziale le questioni di legittimità costituzionale (punti 4, 5, 6 e 7 del ricorso), ritenendo manifestamente infondato il secondo (punto 5), attinente alla presunta non proporzionalità della nuova disciplina del d.lgs. n. 235 allorché introduce nuove fattispecie tra i reati che danno luogo alla sospensione, tra le quali anche il reato di abuso di ufficio, perché sussiste una larga discrezionalità del legislatore per "l'elevazione della soglia di protezione in materia di accesso alle



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

cariche pubbliche non confligge con i valori costituzionali di cui all'art. 51 della Carta, ove sia giustificata dall'esigenza di allontanare da tali "munera" chi si sia reso responsabile anche di delitti contro l'amministrazione pubblica, mentre rientra nella piena discrezionalità del legislatore individuare, quali causa di indegnità morale, fattispecie di reato che sebbene, aventi pena edittale diversa, presentano una non dissimile sintomaticità indirziaria". In questa parte la decisione sembra volta alla conferma dell'istituto della sospensione della carica, applicata anche in presenza di nuove fattispecie di reato introdotte dal legislatore.

Manifestamente infondato anche il terzo motivo (punto 6) che sosteneva eccesso di delega legislativa per aver la disciplina riguardato la sospensione dalla carica mentre la delega riguardava solo la incandidabilità e la decadenza in presenza di una sentenza definitiva, con l'argomento, ripreso da CdS III, n. 730 del 14, 2, 2014, della stretta connessione tra sospensione e decadenza, per cui la disciplina della decadenza comporta necessariamente una disciplina della sospensione.

Manifestamente infondato anche il quarto motivo (punto 7 del ricorso) per eccesso di delega per aver compreso il reato di cui all'art. 323 del c.p. tra quelli che danno luogo alla sospensione, ancora con la motivazione della larga discrezionalità del legislatore in materia.

Il collegio ritiene non manifestamente infondato il primo dei motivi del ricorso (punto 4), quello attinente la violazione del principio di non retroattività di norme che dispongano sanzioni.

Il TAR Campania non ignora i consolidati orientamenti della giurisprudenza costituzionale (Corte costituzionale 31 marzo 1994, n. 118, 14 luglio 1988, n. 823; 3 giugno 1992, n. 250, 14 aprile 1988 n. 447) e del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato V sezione 6 febbraio 2013, n. 695, Consiglio di Stato v sezione, 29 ottobre 2013, n. 5222; Tar Lazio II bis 8 ottobre 2013, n. 8696) in materia di misure che vietano l'accesso alle cariche pubbliche o la decadenza dalla medesime in presenza di condanne penali per reati di allarme sociale o di reati contro la pubblica amministrazione. Tale giurisprudenza è costante nel ritenere l'incandidabilità, la decadenza e la sospensione temporanea dalle cariche come misure volte a garantire la imparzialità dell'esercizio di funzioni pubbliche e dell'organizzazione delle istituzioni pubbliche, impedendo l'accesso o la permanenza in carica di persone moralmente indegne, e non come misure sanzionatorie.

Il collegio, però, ritiene di potersi, sia pur parzialmente, discostare da tale costante indirizzo giurisprudenziale, distinguendo tra decadenza e sospensione dalla carica e tra condanna definitiva e non definitiva. In sostanza il Collegio afferma la novità del caso in esame, nel quale è in discussione non la legittimità costituzionale di tutte le misure di preclusione all'accesso alla carica in presenza di una sentenza di condanna definitiva, ma della sola misura della sospensione in presenza di una condanna non definitiva.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Per giungere ad affermare la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità il TAR Campania, in realtà, pone in primo luogo in discussione il carattere non sanzionatorio della misura della sospensione, concludendo sul carattere afflittivo della misura, anche se di natura non penale (evitando così di configurare una violazione dell'art. 25 Cost.).

In secondo luogo, poi, una volta affermato il carattere sanzionatorio della sospensione, ritiene potenzialmente incostituzionale il carattere retroattivo della misura in quanto essa viene disposta anche in presenza di condanna penale non definitiva per fatti avvenuti prima dell'entrata in vigore della legge.

Il ragionamento esposto nell'ordinanza appare viziato da numerose contraddizioni.

In primo luogo, se si riconoscesse il carattere sanzionatorio delle misure che precludono l'accesso alle cariche pubbliche non si vede come ci possa allineare alla giurisprudenza (anche costituzionale) che fa salva l'incandidabilità e la decadenza in presenza di una sentenza definitiva, per poi sostenere l'incostituzionalità della sospensione dalla carica in presenza di condanna non definitiva.

Un simile ragionamento non tiene perché, se si tratta di sanzioni, allora tutte le misure sono sanzioni e per esse si porrebbe un problema di costituzionalità dell'applicazione retroattiva di condanne definitive. Non tiene perché, dopo aver affermato il carattere strumentale e non autonomo della sospensione rispetto alla decadenza (si veda quanto detto sulla stretta connessione tra i due istituti nel rigettare il punto 6 del ricorso), il Collegio ragiona intorno ad un'afflittività autonoma della sospensione, mentre è del tutto evidente che essa viene disposta per salvaguardare le istituzioni pubbliche in attesa del formarsi di una sentenza definitiva.

In realtà il Tar vorrebbe da un lato salvaguardare l'istituto della sospensione dalla carica (che presuppone necessariamente una sentenza non definitiva; contestare, infatti, la legittimità delle sospensione in presenza di condanna non definitiva significherebbe ipotizzare la illegittimità della sospensione in quanto tale; se si dovesse attendere la condanna definitiva non ci sarebbe più spazio per misure di sospensione dalla carica), ma dall'altro contestarne l'applicazione retroattiva.

Quanto alla sospensione dalla carica, evidentemente, il Collegio non ignora che si tratta di un istituto risalente nel tempo, applicato in particolare nelle amministrazioni locali. Questa evoluzione è stata ricostruita proprio dalla sentenza Consiglio di Stato n. 730 del 2014 (pure citata dal Tar Campania), in questi termini:



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

“L’istituto della sospensione degli amministratori regionali e degli enti locali assoggettati a un procedimento penale ha avuto la prima manifestazione nell’art. 15 della legge n. 55/1990. La sospensione si verificava al momento del rinvio a giudizio, peraltro limitatamente al delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416-bis c.p.) ovvero al favoreggiamento dello stesso. La sospensione si trasformava in decadenza al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna. E’ poi intervenuta la legge n. 16/1992, art. 1, che ha modificato radicalmente il citato art. 15, introducendovi la nuova figura della “incandidabilità” alle elezioni amministrative e regionali. La norma disponeva l’incandidabilità in caso di condanna “anche non definitiva” per una serie di fattispecie penali di una certa gravità; per altre fattispecie meno gravi prevedeva che l’incandidabilità sorgesse per effetto di una condanna definitiva, o anche di una condanna in primo grado confermata in appello. Sin qui la norma si riferiva alle sentenze penali pronunciate prima dell’elezione. Nel caso che le condanne in questione sopravvenissero dopo l’elezione, la norma prevedeva la sospensione dalla carica, convertita di diritto in decadenza al momento del passaggio in giudicato. Queste disposizioni sono state trasfuse, con qualche modifica, nel testo unico enti locali (d.lgs. n. 267/2000), articoli 58 e 59. L’art. 58 concerneva l’incandidabilità conseguente alla condanna definitiva (era eliminato ogni riferimento alle condanne non definitive; l’art. 59 la sospensione conseguente alla condanna non definitiva (e, per talune fattispecie, alla condanna in primo grado confermata in appello). Il testo degli artt. 58 e 59 del t.u.e.l. è stato a sua volta trasfuso, senza rilevanti variazioni, nel testo degli artt. 10 e 11 del d.lgs. n. 235/2012.”

Dalla sentenza ora richiamata si ricava che il d.lgs. n. 235 nulla ha aggiunto ad un istituto già consolidato e pacificamente applicato anche in caso di sentenza (ovviamente non definitiva) intervenuta dopo l’accesso alla carica e anche per fatti avvenuti prima della assunzione della carica. L’unica novità apportata dal d.lgs. n. 235 rispetto alla previgente disciplina del TUEL sta nella previsione, tra le fattispecie di reato che danno luogo alla misura della sospensione in caso di condanna non definitiva, di una serie di ulteriori reati, tra i quali l’abuso d’ufficio di cui all’art. 323 del c.p.. Ma lo stesso TAR Campania non ha avuto, in altra parte della decisione, nulla da eccepire a questo allargamento delle fattispecie, che ha ritenuto rientrare nella piena “discrezionalità del legislatore” (si vedano le argomentazioni usate per rigettare i motivi 5 e 7 del ricorso). Quindi, se si salva l’istituto della sospensione e si fa leva sulla pretesa incostituzionalità della sua applicazione retroattiva, tale applicazione retroattiva non può che riguardare la nuove ipotesi di reato, della cui introduzione tra quelle che danno luogo alla sospensione lo stesso collegio ha, come si è visto, affermato la piena legittimità.

Un’ulteriore contraddizione della decisione in esame sta nella valutazione della situazione soggettiva incisa dal provvedimento di sospensione. Il ricorrente ha lamentato, infatti, l’applicazione retroattiva dell’art. 11, primo comma, lettera a) del d.lgs. 31 dicembre 2012, a dispetto delle previsioni di cui all’articolo 11 delle Preleggi e dell’articolo 25, secondo



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

comma della Costituzione che negano, entrambe, la possibilità che una norma di legge retroagisca, a maggior ragione quelle aventi "natura punitiva", quindi di matrice penalistica, come quella in esame. Ad avviso del ricorrente, in sostanza, la violazione del principio di irretroattività si sarebbe verificata sia con riferimento alla sua qualità di soggetto candidato, sia come incidente sulla sua attuale carica di Sindaco, la cui sospensione dalle funzioni sarebbe da qualificarsi come incandidabilità sopravvenuta. Sul punto, per la verità il Collegio non condivide del tutto tale ultimo assunto, in considerazione del fatto che, valutati i fatti occorsi, quel che è oggetto di sospensione non è la candidabilità o meno del ricorrente, che non è più in discussione stante anche il successo elettorale conseguito, ma la permanenza nella carica di Sindaco. Infatti, nel caso in esame, il provvedimento prefettizio impugnato costituisce espressione del potere di rilevazione di una causa ostativa alla prosecuzione dell'esercizio della carica di Sindaco, senza alcuna riferibilità anche alla presupposta e ormai superata qualità di candidato del ricorrente, la cui funzione ha da tempo esaurito i suoi effetti confluiti nell'esito a lui favorevole della competizione elettorale.

Quando, però, si espongono i motivi della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale si sostiene che la norma non opera un adeguato bilanciamento tra la "salvaguardia della moralità dell'amministrazione" e il "pieno esercizio del diritto soggettivo di elettorato passivo" di cui all'art.51, primo comma della Costituzione. Ma il richiamo all'art. 51 non appare fondato perché in gioco, come si è detto, è il diritto del cittadino eletto a rimanere in carica e non il diritto a candidarsi. D'altra parte lo stesso art. 51 dispone che i requisiti di accesso (e di permanenza) nelle cariche pubbliche sono stabiliti dalla legge. Nel caso in questione la legge non dispone l'annullamento dell'elezione per una situazione di incandidabilità o ineleggibilità all'epoca dell'elezione inesistente, ma per un fatto nuovo, la condanna per reati dalla stessa legge ritenuti di grave allarme sociale e tali da pregiudicare l'imparzialità dell'amministrazione, che impedisce, per un periodo limitato, in attesa della sentenza definitiva, di permanere nella carica.

La decisione affronta, quindi, in modo contraddittorio e non adeguatamente motivato la questione centrale della disciplina in questione, che riguarda la natura giuridica delle cause ostative (incandidabilità, sospensione, decadenza) di cui al d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, in rapporto al principio di irretroattività. E' necessario verificare, in particolare, se la causa ostativa oggetto del giudizio di costituzionalità (nel caso di specie la sospensione) presenti o meno caratteri di afflittività tale da qualificarla come sanzione penale o comunque da ricomprenderla nel novero delle sanzioni appartenenti al c.d. diritto punitivo, che comprende anche le sanzioni amministrative (in particolare, ad esempio quelle derivanti dall'illecito amministrativo depenalizzato, di cui alla legge n. 689/1981).



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo¹ ha enucleato tre criteri principali per la qualificazione penalistica di una sanzione in base ai quali si potrebbe effettuare la verifica sopramenzionata (cd. criteri Engel), ovverosia la qualificazione dell'illecito operata dal diritto interno, la natura dell'illecito ed, infine, la gravità della sanzione.

Per quanto riguarda il primo criterio, esso è alternativo e non cumulativo, nel senso, per l'appunto, che l'eventuale qualificazione data dal legislatore alla sanzione non ne comporta automaticamente l'inclusione o l'esclusione, essendo necessario accertare la presenza degli altri due criteri.

In ordine alla qualificazione dell'illecito operata dal diritto interno, si evidenzia che dalla d.lgs. n. 235 non si ricava un'esplicita qualificazione della natura giuridica né dell'illecito né, della relativa sanzione, per cui la stessa va indagata confrontando le cause ostative di cui al d.lgs. n. 235/2012, con le pene accessorie temporanea o definitive dell'interdizione dai pubblici uffici. L'incandidabilità, ovvero la sospensione o la decadenza dalla carica non possono essere né un effetto penale, né essere equiparate ad una pena accessoria (nemmeno *quoad effectum*, come, invece, afferma il giudice rimettente alla pagina 26 dell'ordinanza), proprio perché le pene accessorie sono state applicate dal giudice penale, mentre le cause ostative citate sono inflitte dall'autorità amministrativa e ragionando diversamente, si sarebbe di fronte ad un irragionevole "doppione", che è contraddetto dalla diversa durata delle cause ostative, da un lato, e delle pene accessorie dall'altro.

Quanto al secondo criterio, ovverosia quello della natura dell'illecito, tale criterio appare più complesso perché bisogna tenere conto sia del comportamento sanzionato dalla norma, che della struttura di quest'ultima, che delle regole procedurali applicate per l'accertamento dell'illecito, che della ripetizione comparatistica della violazione, che, infine, della particolare qualifica dei soggetti attivi.

Attraverso tale criterio la Corte europea accede ad una visione sostanziale e non formale per ricavare la natura giuridica della sanzione. Per cui, mettendosi in tale prospettiva si rileva che, seppure la causa ostativa in analisi incide e sacrifica un diritto di rango costituzionale, in quanto limita il diritto costituzionale quale quello di accesso alle cariche pubbliche di cui all'art. 51 della Carta fondamentale, per cui sotto il profilo della gravità della sanzione (terzo criterio Engel) sembrerebbe doversi propendere per la sua natura sanzionatoria, ciò non è ancora sufficiente a ritenere che trattasi di una sanzione alla luce di due ulteriori fattori: la natura giurisdizionale attribuita agli organi che deliberano/decretano le citate cause ostative (Giunta per le elezioni/Ufficio centrale elettorale/Prefetto) nonché la funzione da attribuire alla misure di cui al d.lgs. n. 235/2012.

¹ Cfr. Corte eur. Dir. Uomo, 9 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, §§ 82-83.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Uno degli aspetti decisivi per verificare la natura giuridica della sanzione (nel caso di specie della sospensione) riguarda la natura giurisdizionale o meno dell'organo che procede all'irrogazione della causa ostativa. Sul punto nessun dubbio ricorre in ordine alla natura non giurisdizionale dei poteri attribuiti al Prefetto relativi all'accertamento della causa di sospensione di diritto dalla carica di amministratore locale.

Quanto al profilo relativo alla funzione da assegnare alle cause ostative di cui al d.lgs. n. 235/2012 e, in particolare, alla sospensione dalla carica vengono in aiuto gli arresti giurisprudenziali, alcuni dei quali citati peraltro Collegio campano (Consiglio di Stato, V sezione, 6 febbraio 2013, n. 695; Consiglio di Stato, V sezione, 29 ottobre 2013, n. 5222; TAR Lazio II bis, 8 ottobre 2013, n. 8696; TAR Veneto, sez. III, 1° agosto 2014, n. 407;) secondo i quali l'applicazione delle cause ostative del citato decreto 235/2013 anche in relazione a fatti anteriori all'entrata in vigore del medesimo decreto nei confronti dei quali sia intervenuta una sentenza definitiva di condanna, non si pone in contrasto con il principio dell'irretroattività delle norme penali e più in generale delle disposizioni sanzionatorie afflittive, giacché le norme in esame non hanno natura, neppure in senso ampio, sanzionatoria, penale o amministrativa, la cui ragione risiede nel fatto che, è vietato ricoprire taluni uffici pubblici, per intervenuta immoralità o indegnità a ricoprirli, dopo una sentenza di condanna.

Per i motivi succintamente esposti l'Autorità nazionale anticorruzione ritiene opportuno l'intervento nel giudizio di legittimità costituzionale della Presidenza del Consiglio a tutela di strumenti di garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione, da applicarsi sia in presenza di sentenza definitiva per il compimento di reati di grave allarme sociale e di reati contro la pubblica amministrazione, sia in presenza (per gli amministratori regionali e locali) di sentenza non definitiva.

Si tratta di misure del tutto conformi con il principio di libero accesso alle cariche pubbliche, nei limiti dei requisiti stabiliti dalla legge (art. 51 Cost.); con l'art. 54 Cost., che richiede a coloro che accedono a cariche pubbliche di esercitarle con "disciplina ed onore"; con l'art. 97, primo comma, che vuole le pubbliche amministrazioni ispirate, tanto nell'organizzazione quanto nell'azione, al principio di imparzialità. Tutti questi principi, che sono al centro delle funzioni e dell'azione dell'Autorità nazionale anticorruzione, sarebbero in buona misura compromessi se si riducesse la portata e l'efficacia delle misure volte a escludere dalle cariche pubbliche coloro che siano stati condannati per reati che la legge consideri pregiudizievoli della moralità e dell'imparzialità dell'amministrazione.

Raffaele Cantone