

I divieti per i condannati (art. 1, comma 46)

11.

di *Benedetto Cimino*

SOMMARIO: 1. La genesi e il contenuto della norma. – 2. I reati rilevanti. – 3. Gli incarichi vietati ai condannati. – 4. L'impatto effettivo dei divieti.

1. La genesi e il contenuto della norma

Il comma 46 dell'art. 1 della legge n. 190/2012 introduce un nuovo art. 35-*bis*, recante «*Prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissioni e nelle assegnazioni agli uffici*», nel Capo III (Uffici, piante organiche, mobilità e accessi) del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*.

A dispetto della rubrica, in verità, la norma ha finalità e un ambito d'azione più limitato: essa pone il divieto per i condannati, anche in via *non definitiva*, per reati contro la pubblica amministrazione di ricoprire alcuni uffici o di svolgere alcune attività ed incarichi particolarmente esposti al rischio di corruzione. Si tratta, come meglio si vedrà, della gestione di risorse finanziarie e della partecipazione a commissioni di concorso o a commissioni di gara. La norma non ha, invece, riguardo per gli incarichi elettivi, di cui si occupa l'art. 1, commi 63-65, alla cui trattazione si rinvia¹.

¹ V., in questo volume, cap. 15, *Le incandidabilità*. L'esclusione degli incarichi politici dalla norma in commento è stato oggetto di critica in occasione del dibattito svoltosi alla Camera dei deputati, nelle Commissioni 1^a e 2^a riunite, seduta n. 117 del 2 agosto 2012. Il resoconto sommario riferisce dell'intervento del deputato F. Casson (PD) che si è espresso «*ritenendo necessario un'integrazione della norma nel senso di impedire ai condannati anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro II del codice penale, l'accesso alle cariche elettive o ad ogni altro incarico di natura politica*». **[il titolo è diverso]**

La disposizione in commento era assente sia nell'originario testo presentato dal Governo, sia nel testo approvato in prima lettura dal Senato. Essa è stata introdotta durante l'esame in Assemblea alla Camera dei deputati, in sede di trattazione delle nuove norme in materia d'incompatibilità, cumulo d'impieghi e codici di condotta²; è stata concepita, dunque, unitamente agli interventi di contrasto ai conflitti di interesse. Il testo è rimasto, poi, inalterato nei suoi contenuti in occasione dei successivi passaggi parlamentari.

Anche in considerazione dei lavori parlamentari, la corretta collocazione del nuovo articolo sarebbe certamente stata nel capo IV del d.lgs. n. 165/2001, che disciplina le vicende del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, dopo gli artt. 53 e 54. La novella, invece, è stata inserita tra le norme sul reclutamento, sfruttando, non senza forzatura, l'aggancio offerto dalla regolazione della composizione delle commissioni di concorso.

I nuovi divieti non hanno – nemmeno in senso lato – natura disciplinare o sanzionatoria. Per un verso, essi non conseguono ad un accertamento definitivo della responsabilità; per altro verso, essi non presentano un'effettiva portata afflittiva: anche laddove si renda necessaria l'assegnazione a diverso ufficio o a nuovo incarico, resta vietata ogni *reformatio in pejus* nel trattamento retributivo e normativo del dipendente interessato. Essendo permanenti, inoltre, può escludersi anche che i divieti in commento costituiscano misure cautelari, al pari, ad esempio, dei trasferimenti in pendenza di giudizio, di cui alla legge n. 97/2001.

Deve ritenersi, piuttosto, che il nuovo art. 35-*bis* del t.u.p.i. introduca una nuova fattispecie d'incompatibilità, per prevenire il discredito altrimenti derivante all'Amministrazione dall'affidamento di funzioni sensibili a dipendenti che a vario titolo in passato abbiano commesso (o siano sospettati) d'infedeltà.

2. I reati rilevanti

I divieti previsti dal nuovo art. 35-*bis* del t.u.p.i. investono «*[c]oloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale*».

Il capo in questione elenca i delitti commessi contro la pubblica amministrazione da parte di soggetti qualificabili come pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio; il riferimento, naturalmente, si estende anche ai nuovi reati introdotti dalla stessa legge n. 190/2012³.

² Si veda l'art. 8 dell'A.C. 4434, nel testo approvato in prima lettura dalla Camera. L'articolo, prima che il maxi-emendamento sostitutivo del Governo accorpasse tutte le disposizioni della legge in un unico articolo, era rubricato «*Modifiche agli articoli 53 e 54 e introduzione dell'articolo 35-*bis* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*» e derivava dalla rinumerazione dell'art. 3 dell'A.S. 2156, nel testo approvato in prima lettura al Senato.

³ Questo, nel dettaglio, l'elenco dei reati presi in considerazione dalla norma: art. 314, *Peculato*; art. 315, *Malversazione a danno di privati*; art. 316, *Peculato mediante profitto dell'errore altrui*; art.

La scelta dei reati rilevanti, in verità, appare incompleta: ne restano fuori, in particolare, i reati di falso, anche se commessi da pubblici ufficiali, perché contemplati dal titolo VII del codice penale, tra i delitti contro la fede pubblica. Più congruo e semplice sarebbe stato, probabilmente, richiamare tutti i reati propri dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio o, secondo la formulazione dell'art. 31 c.p., «ogni condanna per delitti commessi con l'abuso dei poteri o con la violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o ad un pubblico servizio»: considerata la limitata incidenza della norma sui diritti individuali dei lavoratori pubblici, del resto, non vi erano particolari esigenze di delimitazione delle fattispecie rilevanti.

Senz'altro significativa la scelta del legislatore di imporre il divieto di ricoprire incarichi sensibili anche per i condannati in via non definitiva ed indipendentemente dalla gravità della condanna⁴. L'anticipazione degli effetti, appare assolutamente giustificata, alla luce del bilanciamento tra le immediate esigenze di tutela (formale e sostanziale) della funzione amministrativa e il limitato sacrificio imposto agli interessati. Proprio in considerazione di ciò, il prodursi dell'incompatibilità avrebbe ben potuto farsi risalire già al momento rinvio a giudizio, come previsto, in materia disciplinare, dall'art. 3, legge n. 97/2001 (v. *infra*, par. 4).

I divieti *ex art. 35-bis* del t.u.p.i., naturalmente, sono destinati a stabilizzarsi (o a decadere), col passaggio in giudicato della sentenza penale che accerta (o esclude) la responsabilità del dipendente interessato. Qualche dubbio può porsi, tuttavia, per i casi (presumibilmente non infrequenti) di assoluzione nei successivi gradi di giudizio per estinzione del reato e, in specie, per prescrizione: a differenza di quanto accade in sede disciplinare, infatti, l'Amministrazione non può avviare un autonomo procedimento per accertare la responsabilità ai fini dell'applicazione dei divieti *ex art. 35-bis* del t.u.p.i.

316-bis, *Malversazione a danno dello Stato*; art. 316-ter, *Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*; art. 317, *Concussione*; art. 318, *Corruzione per l'esercizio della funzione*; art. 319, *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*; art. 319-ter, *Corruzione in atti giudiziari*; art. 319-quater, *Induzione indebita a dare o promettere utilità*; art. 320, *Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio*; art. 322, *Istigazione alla corruzione*; art. 322-bis, *Peculato, concussione, induzione indebita dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri*; art. 323, *Abuso di ufficio*; art. 324, *Interesse privato in atti di ufficio*; art. 325, *Utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragione d'ufficio*; art. 326, *Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio*; art. 328, *Rifiuto di atti d'ufficio*; art. 329, *Rifiuto o ritardo di obbedienza commesso da un militare o da un agente della forza pubblica*; art. 331, *Interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità*; art. 334, *Sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa*; art. 335, *Violazione colposa di doveri inerenti alla custodia di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa*.

⁴ Alla sentenza di condanna deve ritenersi equiparata la sentenza di applicazione della pena su richiesta (c.d. *patteggiamento*), ai sensi degli artt. 445, comma 1-bis, e 653 c.p.p. La soluzione, accettata anche in ambito disciplinare (da ultimo, Corte cost. 18 dicembre 2009, n. 336), deve ritenersi *a fortiori* legittima al fine di istituire le incompatibilità previste dall'art. 35-bis del t.u.p.i.

3. Gli incarichi vietati ai condannati

La legge fissa tre categorie d'incarichi vietati ai condannati per reati contro la pubblica amministrazione.

È impedita, innanzitutto, la partecipazione *«anche con compiti di segreteria»*, a commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi (art. 35-*bis*, comma 1, lett. *a*). Il riferimento è da intendersi a tutti i componenti e al personale di supporto a qualunque titolo assegnati agli uffici straordinari istituiti per lo svolgimento delle procedure concorsuali finalizzate al reclutamento dall'esterno e, presumibilmente, per l'avanzamento in carriera.

In base alla lettera della norma, restano fuori dal divieto gli uffici ordinari che gestiscono il personale, che pure possono adottare atti prodromici o consequenziali alla procedura concorsuale. Il legislatore, evidentemente, ha sottostimato il rilievo di questi atti, che possono implicare anche valutazioni fortemente discrezionali, e la correlata esposizione al rischio di illeciti: basti considerare la redazione dei bandi, la fissazione dei requisiti di partecipazione e dei punteggi per i titoli, la decisione circa lo scorrimento della graduatoria o l'indizione di una nuova procedura. Ragioni di coerenza inducono ad estendere il divieto a tutti gli incarichi che possono condizionare lo svolgimento delle procedure concorsuali, indipendentemente dalla natura dell'ufficio, come del resto accade per le altre fattispecie prese in considerazione dal legislatore, di cui si dice nel prosieguo.

Un secondo ambito concerne l'assegnazione, *«anche con funzioni direttive»*, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché (con formulazione pedissequamente ripresa dall'art. 12 della legge n. 241/1990) alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati (art. 35-*bis*, comma 1, lett. *b*)).

La norma è di attuazione alquanto problematica: i modelli prevalenti di organizzazione pubblica, infatti, non prevedono la distinzione netta – ed anzi inducono all'integrazione – tra funzioni strumentali e finali; del resto, ai sensi degli art. 16 e 17 del d.lgs. n. 165/2001, tutti gli uffici dirigenziali, per le attribuzioni di competenza, esercitano poteri di spesa e possono provvedere all'acquisizione di beni e servizi per il loro fabbisogno.

Di fatto, i dirigenti condannati, anche per omissioni formali e magari con pene lievissime (anche una semplice multa a poche centinaia di euro) sarebbero estromessi da uffici di funzione, potendo solo essere adibiti a compiti di studio e consulenza, *ex art.* 19, comma 10, t.u.p.i. Inoltre, considerando che il divieto non concerne l'esercizio di una particolare funzione, ma la semplice assegnazione in sé considerata ad una struttura organizzativa, diviene arduo individuare uffici idonei anche per collocare gli altri dipendenti che siano incorsi in condanne. Nella prassi, occorrerà ricercare inevitabilmente dei temperamenti, attenendosi alle effettive finalità di protezione perseguite dalla norma.

L'ultimo ambito rilevante (art. 35-*bis*, comma 1, lett. *c*)) concerne la partecipazione a commissioni di gara per la scelta del contraente per l'affidamento di la-

vori, forniture e servizi; o ad altre commissioni istituite *ad hoc* per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere. Questi divieti, come si comprende agevolmente, completano quelli previsti dalla lett. *b*), di modo da ricomprendere sia gli uffici competenti in via ordinaria, sia gli uffici straordinari, temporanei o *ad hoc*.

Come mostrato, l'individuazione operata dall'art. 35-*bis* del t.u.p.i. degli uffici e degli incarichi vietati non è esente da contraddizioni. Sarebbe stato forse preferibile rimettere alle singole amministrazioni le opportune valutazioni in merito: in particolare, i divieti per i condannati avrebbero potuto riguardare «*le attività ... nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione*», individuate dal piano per la prevenzione della corruzione previsto dall'art. 1, comma 5 della legge n. 190/2012, rientrando così tra gli «*interventi organizzativi volti a prevenire il medesimo rischio*»⁵. Procedere per via legislativa al *risk assessment* ha inevitabilmente prodotto per un verso lacune, per altro verso eccessi.

La descrizione della disciplina rilevante può concludersi col rapido richiamo al secondo comma del nuovo art. 35-*bis*. La disposizione prevede che i regolamenti che disciplinano la formazione delle commissioni e la nomina dei relativi segretari siano integrati di diritto con i nuovi divieti. Ne consegue, dunque, che il rispetto della norma incide sulla regolare costituzione degli organi e degli uffici amministrativi e sulla legittimazione dei titolari ad assumere le deliberazioni di competenza.

4. L'impatto effettivo del divieto

La disposizione in commento è certamente positiva, specie alla luce dell'insieme d'interventi di prevenzione e moralizzazione delle condotte nel quale si inserisce. Non se ne può, tuttavia, sopravvalutare l'impatto concreto.

Si è già evidenziato come il novero dei reati rilevanti sia incompleto e come alcune funzioni pure esposte al rischio-reato siano state pretermesse.

In questa sede, occorre ora ricostruire le effettive condizioni di applicabilità dell'art. 35-*bis* del t.u.p.i., in relazione ad altre disposizioni che, a vario titolo, ad essa si sovrappongono.

Effettivamente, nell'ordinamento, si rileva la presenza di più severi e pervasivi divieti e preclusioni di natura sanzionatoria o cautelare, di matrice penale o disciplinare, che rendono residuale l'applicazione della norma in commento. In particolare, ai divieti *ex art. 35-bis* si potrà fare utilmente ricorso solo laddove non operino (o quando non operino più o prima che operino):

a) l'interdizione dai pubblici uffici (*ex artt. 29, 31 e 317-bis c.p.*)⁶ o l'estin-

⁵ V., in questo volume, cap. 2, I piani per la prevenzione della corruzione. [il tit. è diverso]

⁶ La legge penale prevede l'interdizione perpetua dai pubblici uffici a seguito di condanna per i

zione del rapporto di pubblico impiego (art. 32-*quinquies* c.p.)⁷ come sanzioni penali accessorie;

b) la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio come misura cautelare interdittiva penale (art. 289 c.p.c.)⁸;

c) la sospensione del rapporto di lavoro e il licenziamento come misure disciplinari (artt. 55 ss. d.lgs. n. 165/2001)⁹;

d) il trasferimento d'ufficio o ad altra sede a seguito di rinvio a giudizio del dipendente per reati contro la pubblica amministrazione (art. 3, legge n. 97/2001)¹⁰.

L'intreccio tra le varie discipline, come si comprende, è alquanto complesso da ricostruire. A grandi linee, comunque, i nuovi divieti per i condannati previsti dall'art. 35-*bis* del t.u.p.i. troveranno applicazione in tre fattispecie.

In primo luogo, per i reati di minore gravità tra quelli contemplati dal Capo I, Titolo II, Libro II del codice penale (essenzialmente per l'abuso d'ufficio e l'omissione di atti d'ufficio) per i quali il reo potrebbe anche evitare del tutto (o limitare a pochi mesi) altre misure interdittive, sia in sede penale, sia disciplinare.

In secondo luogo, in assenza di altre misure cautelari penali o disciplinari, prima che producano effetto le sanzioni interdittive, considerando che queste

delitti di peculato, corruzione e concussione (art. 317-*bis* c.p.) e in ogni caso di condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni o di dichiarazione di abitudine o professionalità nel delitto (art. 29 c.p.); l'interdizione temporanea per la durata di cinque anni in caso di condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni (art. 29); l'interdizione temporanea per la durata della pena in caso di condanna per delitti commessi con l'abuso dei poteri o con la violazione dei poteri inerenti a una pubblica funzione o ad un pubblico servizio (art. 31).

⁷ L'art. 32-*quinquies* prevede l'estinzione del rapporto di pubblico impiego nei casi di condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni per i delitti di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1 e 320.

⁸ La misura prevede l'interdizione temporanea, in tutto o in parte, dalle attività inerenti ad un pubblico ufficio o servizio (art. 289 c.p.c.); quando si proceda per un delitto contro la pubblica amministrazione, la misura può essere imposta qualunque sia la pena prevista (art. 289, comma 2).

⁹ L'art. 55-*quater*, comma 1, lett. f) prevede, in particolare, il licenziamento disciplinare in ogni caso di condanna penale definitiva con condanna all'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Inoltre, i codici disciplinari contenuti nei contratti collettivi prevedono il licenziamento disciplinare in caso di «condanna passata in giudicato: per i delitti indicati nell'art. 1, commi 1 e 4 septies, lettere a), b) limitatamente all'art. 316 del codice penale, c), ed e) della legge n. 16 del 1992; quando alla condanna consegua comunque l'interdizione perpetua dai pubblici uffici; per i delitti previsti dall'art. 3, comma 1 della legge n. 97 del 2001», nonché in ogni altro caso di «condanna passata in giudicato per un delitto commesso in servizio o fuori servizio che, pur non attenendo in via diretta al rapporto di lavoro, non ne consenta la prosecuzione per la sua specifica gravità».

¹⁰ Ai sensi dell'art. 3, legge 27 marzo 2001, n. 97, recante «Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare», in caso di rinvio a giudizio per i reati previsti dagli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater* e 320 c.p., l'Amministrazione di appartenenza trasferisce l'imputato a diverso ufficio o ad altra sede, «in presenza di evidenti motivi di opportunità circa la permanenza del dipendente nell'ufficio in considerazione del discredito che l'amministrazione può ricevere da tale permanenza».

conseguono al passaggio in giudicato della condanna, mentre le misure *ex art. 35-bis* del t.u.p.i. operano anche in presenza di condanna *non* definitiva.

Da ultimo, fuori dai casi di licenziamento, dopo che siano cessate le pene accessorie interdittive temporanee o le misure (penali e disciplinari) cautelari, considerando che il divieto *ex art. 35-bis* t.u.p.i. è permanente.

