



Fascicolo n. 1307/2023

Da citare nella corrispondenza

Oggetto: Richiesta di parere del Comune di OMISSIS, trasmessa dal OMISSIS, in merito all'applicazione dell'art. 35 bis d.lgs. n. 165/2001 in caso di sospensione condizionale della pena (protocolli ANAC nn. OMISSIS)

Con riferimento alle note in oggetto, con le quali il Comune di OMISSIS ha richiesto un parere in merito all'applicazione dell'art. 35 bis d.lgs. n. 165/2001 nel caso di assunzione di un istruttore direttivo contabile del Comune che è risultato essere condannato in primo grado con sentenza non passata in giudicato per i reati previsti dall'art. 479 e 323 c.p. con pena sospesa, si rappresenta quanto segue.

La questione in esame attiene all'art. 35 bis d.lgs. n. 165/2001, secondo cui *"Coloro 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: a) non possono fare parte, anche con compiti di segreteria, di commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi; b) non possono essere assegnati, anche con funzioni direttive, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati; c) non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere"*.

Preliminarmente, occorre ricordare che nella delibera n. 1201 del 18 dicembre 2019, paragrafo 2 – cui si rinvia per maggiori dettagli – l'Autorità ha chiarito i rapporti intercorrenti tra tale norma e l'istituto delle inconferibilità, individuando elementi comuni e differenze. In particolare, ai fini della risoluzione del quesito posto, occorre evidenziare che l'art. 35 bis d.lgs. n. 165/2001 *"rappresenta una nuova e diversa fattispecie di inconferibilità, atta a prevenire il discredito, altrimenti derivante all'Amministrazione, dovuto all'affidamento di funzioni sensibili a dipendenti che, a vario titolo, abbiano commesso o siano sospettati di infedeltà. In questo senso [...] l'art. 35 bis d.lgs. 165/2001, diversamente dalla disciplina di cui all'art. 3 d.lgs. 39/2013, preclude il conferimento di alcuni uffici o lo svolgimento di specifiche attività ed incarichi particolarmente esposti al rischio corruzione non solo a coloro che esercitano funzioni dirigenziali, ma anche a quanti vengano affidati meri compiti di segreteria ovvero funzioni direttive e non dirigenziali"*.

Quanto, invece, alla durata delle preclusioni, è stato osservato come l'art. 3 d.lgs. 39/2013 parametri il periodo dell'inconferibilità alla pena irrogata ed alla tipologia di sanzione accessoria interdittiva eventualmente comminata, fissando un limite temporale al dispiegarsi degli effetti. Diversamente, il divieto posto dall'art. 35 bis d.lgs. n. 165/2001 continua ad operare " *fino a che non sia intervenuta, per il medesimo reato, una sentenza di assoluzione anche non definitiva, che abbia fatto venir meno la situazione impeditiva*" (cfr. anche Orientamento n. 66 del 29 luglio 2014).

Con specifico riferimento alla questione relativa alla sospensione condizionale della pena, occorre chiarire l'*iter* logico sotteso all'Orientamento n. 54/2014, a partire dal quale l'Autorità ha sistematicamente ribadito la piena operatività del divieto stabilito dall'art. 3 d.lgs. n. 39/2013 anche nell'ipotesi in cui la sentenza di condanna che ne costituisce il presupposto sospenda la pena ai sensi degli artt. 163 e ss. c.p.

In più occasioni (cfr. delibera n. 1292 del 23 novembre 2016, n. 1201 del 18 dicembre 2019 e n. 427 del 14 settembre 2022) A.N.AC. ha evidenziato come l'inconferibilità non rientri nella categoria delle misure sanzionatorie (penali o amministrative) ma attiene ad uno *status* soggettivo in cui viene a trovarsi colui che è stato condannato, anche con sentenza non passata in giudicato, per uno dei reati contro la pubblica amministrazione previsti dal codice penale al capo I, titolo II, libro II. Essa assolve ad una funzione di prevenzione della corruzione e di garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione e, di conseguenza, non subisce gli effetti indicati dall'art. 166 c.p.

In tal caso l'attribuzione o il mantenimento degli incarichi specificamente elencati all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 39/2013 sono vietati per carenza di un requisito soggettivo, dovendosi rintracciare nella sentenza di condanna una prova dell'inidoneità alla spendita di poteri pubblici nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Detta circostanza è stata valutata *ex ante* dal legislatore in riferimento non solo alla disciplina dell'inconferibilità ma anche all'istituto della sospensione dalle cariche per gli amministratori di enti locali di cui al d.lgs. n. 235/2012.

La ricostruzione sopra svolta, poi, trova ulteriore conferma nella giurisprudenza, laddove è stata riconosciuta l'inoperatività della sospensione condizionale della pena con riguardo alle conseguenze extrapenali della condanna, ai cui effetti, pertanto, sono sottratte tutte le sanzioni amministrative, sia principali che accessorie (cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 27297/2019 e n. 34297/2007). Da ultimo, il Consiglio di Stato ha espressamente rilevato l'applicazione dell'art. 3 d.lgs. n. 39/2013 nei confronti di un dirigente esterno condannato con pena sospesa per uno dei reati previsti dal capo I, titolo II, libro II del codice penale (sent. n. 6538 del 25 luglio 2022).

In considerazione di quanto sopra osservato, deve ritenersi quindi vietata *sine die* l'assegnazione dei compiti e delle funzioni descritte dall'art. 35 bis d.lgs. n. 165/2001 al dipendente condannato per i reati ivi previsti, anche se la pena risulti sospesa.

Fermo restando i principi sopraesposti, occorre ricordare quanto statuito di recente dalla giurisprudenza amministrativa – sul punto si rinvia a TAR Lazio, sent. 209 del 5.01.2023 e Consiglio di Stato n. 1132 del 1.02.2023 – secondo cui la condanna non esclude l'assunzione in servizio presso una pubblica amministrazione, ma soltanto eventualmente l'assegnazione di specifiche funzioni incompatibili con la condanna penale, spettando all'amministrazione valutare, nel caso specifico, i presupposti per l'assunzione e l'eventuale assegnazione di mansioni non incompatibili, in conformità con il quadro normativo di riferimento ed il proprio ordinamento.

Tanto premesso, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 4 aprile 2023, ha disposto la trasmissione delle suesposte considerazioni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

