

## Giurisprudenza

---

n. 5 - 2019

**REDAZIONE - Approfondimento tematico 31 maggio 2019, n. 43**

.....

### **L'INCANDIDABILITÀ PRESUPPONE LO SCIoglimento AMMINISTRATIVO DEL VINCOLO DELLA CONTINUAZIONE**

**Nota a C.d.S. sent. 9 maggio 2019, n. 3020**

*di Francesco Dalla Balla – Università Ca' Foscari di Venezia –*

Nella pronuncia segnalata il Consiglio di Stato interviene per chiarire la rilevanza del reato continuato ex art. 81 c.p. ai fini dell'incandidabilità del reo. Com'è noto, il d.lgs. n. 235/2012 (attuativo della delega contenuta nella legge n. 190/2012) tipizza le fattispecie penali che, in caso di condanna, impediscono la candidatura del reo ad organi elettivi nazionali e locali, distinguendo i capi d'imputazione che comportano la negazione *tout-court* del diritto di elettorato passivo, rispetto a quei reati per i quali la candidabilità dipende dall'entità della pena concretamente inflitta.

Nel caso sottoposto all'attenzione del giudice amministrativo ex art. 129 del d.lgs. n. 104/2010, uno dei candidati alla carica di consigliere comunale aveva riportato la condanna ad un anno di reclusione e € 1.200,00 di multa per il reato di detenzione e porto di arma clandestina ex art. 23, 4° comma, della legge n. 110/1975, comprensivi dell'aumento di pena disposto in applicazione del vincolo della continuazione per la trasgressione del divieto di caccia nel territorio di un parco nazionale (art. 11, comma 3), lettera a), della legge n. 394/91).

Ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 235/2012, solo la condanna pari o superiore ad un anno di reclusione per i reati di porto, trasporto, detenzione di armi, munizioni o materiali esplosivi esclude la possibilità di accedere agli organi elettivi degli enti locali. La commissione elettorale circondariale considerava ostativa alla candidatura la pena cumulativamente inflitta mediante l'unione dei due reati nel vincolo della

continuazione, in applicazione dell'art. 81, comma 2, c.p., benché soltanto la fattispecie principale fosse codificata tra le cause di limitazione del diritto di elettorato passivo. Il provvedimento otteneva l'avallo del T.A.R. Veneto, secondo cui l'unitarietà del reato continuato *"non consente l'operazione inversa, non consente cioè di utilizzare la pena irrogata in applicazione dell'istituto della continuazione ai fini dell'individuazione della pena che sarebbe stata irrogata autonomamente per ciascuno dei reati: la disciplina dell'art. 81 è ispirata al favor rei, sicché la pena cumulativa irrogata in applicazione del predetto istituto non può essere utilizzata a ritroso per determinare la pena che sarebbe stata concretamente determinata per ciascuno dei distinti reati"*<sup>1</sup>.

Indubbiamente, il plesso regionale si discostava dalle conclusioni circa la natura e gli effetti del reato continuato, stabilmente affermate in dottrina e nella giurisprudenza ordinaria. A seguito della riforma apportata dalla legge n. 220/1974, il reato continuato può essere apprezzato in modo unitario esclusivamente quando ciò serva a mitigare le conseguenze sanzionatorie, rimanendo impregiudicata la possibilità per il giudice di considerare distintamente i singoli reati quando ciò risulti in concreto più favorevole all'interesse del reo (art. 81, comma 3)<sup>2</sup>. A seguito della legge n. 251/2005 è inoltre caduta l'ultima fattispecie tipica che traeva dall'unitarietà del reato continuato delle conseguenze sfavorevoli in tema di decorrenza del termine di prescrizione del reato. In ambito penale è perciò invalsa un'applicazione dinamica dell'art. 81, comma 2, tarato caso per caso in relazione alla soluzione più conforme al *favor rei*: la giurisprudenza ha affermato l'opportunità di *"considerare il reato continuato come reato unico ovvero come pluralità di reati, in funzione del carattere più o meno favorevole degli effetti che l'accoglimento dell'una o dell'altra tesi discendono per l'imputato"*<sup>3</sup>. Così, ad esempio, in riferimento alla natura unitaria o plurima della pena comprensiva dell'incremento discendente dal vincolo della continuazione, la Corte di Cassazione ha sottolineato che il giudice deve considerare separatamente le fattispecie concorrenti quando necessario al fine dell'applicabilità di cause estintive del reato<sup>4</sup>, dell'amnistia<sup>5</sup>, della concessione dei benefici penitenziari<sup>6</sup>, del perdono giudiziale<sup>7</sup>... Per altro verso, quando più fatti uniti dal vincolo della continuazione siano giudicati separatamente<sup>8</sup>, prevale la ricostruzione monista se necessaria all'applicazione della sospensione condizionale della pena ovvero al fine di evitare la dichiarazione di professionalità ed abitualità nel reato<sup>9</sup>. Tale criterio interpretativo della sentenza di condanna ha trovato sponda nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che – confermando *"l'orientamento più tradizionale"* della giurisprudenza penale – ritiene costituzionalmente necessario lo scioglimento del cumulo, al fine di evitare il rischio insito nell'impiego del reato continuato per applicare al reo un trattamento deteriore a quello di cui egli avrebbe beneficiato in caso di cumulo materiale delle pene<sup>10</sup>.

In caso contrario, l'istituto *ex art. 81 c.p.* avrebbe sortito un effetto contraddittorio sul terreno del diritto di elettorato passivo: concepito e codificato a tutela del *favor rei* per mitigare il trattamento sanzionatorio potenzialmente discendente dal concorso materiale di reati, l'applicazione del vincolo della continuazione avrebbe disarticolato la tassatività della tipizzazione operata dalla legge n. 235/2012, aggravando le conseguenze extrapenali<sup>11</sup>, in quanto non consentirebbe di scindere le sanzioni individualmente discendenti da ciascun capo d'imputazione. Ed infatti, ai fini del rispetto della riserva di

legge di cui all'art. 51 Cost., l'amministrazione è tenuta all'interpretazione restrittiva delle cause di incandidabilità, salvaguardando l'eccezionalità della tipizzazione delle cause ostative all'elettorato passivo e la discrezionalità del legislatore<sup>12</sup>.

In maniera molto sintetica il Consiglio di Stato ha ribadito necessità di interpretare l'art. 10 del d.lgs. n. 235/2012 in conformità ai principi di tassatività e stretta interpretazione delle limitazioni del diritto di elettorato passivo. In particolare, il Collegio ha sottolineato che, nel caso di specie, la motivazione della sentenza penale ben consentiva di distinguere *"la pena irrogata per il delitto di porto d'armi, senza sommare ad essa quella inflitta, seppure con la medesima sentenza di condanna, per la fattispecie contravvenzionale in continuazione"*<sup>13</sup>. A fronte dell'enucleazione specifica delle pene inflitte per i vari capi d'imputazione (di cui solo uno rilevante ai fini della candidabilità), non appariva giustificata la loro addizione in virtù del vincolo della continuazione, in quanto *"la stessa ratio dell'art. 10, comma 1, lett. a), del d. lgs. n. 235 del 2012, che limita le fattispecie di incandidabilità a tassative ipotesi, di stretta interpretazione, che non possono essere estese a casi non espressamente contemplati"*<sup>14</sup>. L'amministrazione avrebbe dovuto tener presente che nella motivazione della sentenza il Tribunale aveva dato analiticamente nota delle singole pene addizionate ai fini della continuazione, scomputando dal cumulo giuridico la componente relativa ai capi d'imputazione non pertinenti.

Il Collegio d'Appello ha così dato seguito al principio per cui solo la dimostrata esistenza di un *favor rei* nella considerazione unitaria della fattispecie legittima il giudice a trattare come un *unicum* la condanna globalmente discendente dall'unificazione nel reato continuato di distinti fatti di rilevanza penale<sup>15</sup>.

Sennonché, l'effettiva esecuzione amministrativa della massima stabilita dal Consiglio di Stato trova un ostacolo nell'inesistenza di un obbligo del giudice di precisare l'entità dei singoli incrementi aggiunti alla pena principale per ciascuno dei c.d. reati satellite. Ed infatti, rimane una mera facoltà<sup>16</sup> del giudice penale quella di *"calcolare gli aumenti di pena, per i reati ritenuti in continuazione di quello più grave, anziché in modo unitario, in quantità correlative a ciascuno di tali reati entro il limite massimo complessivamente previsto dalla legge, costituisce per il giudice una semplice facoltà e non un obbligo dato che la legge, coerentemente alla teoria del cumulo giuridico cui essa si ispira, si riferisce ad un aumento unitario, quale che sia il numero dei reati ritenuti in continuazione e senza pregiudicare l'autonoma loro individualità a tutti gli altri effetti"*<sup>17</sup>. Il codice penale non prevede l'obbligo di dare analiticamente atto di tutte le frazioni di pena addizionate al capo d'imputazione principale a titolo di reati satelliti, cosicché l'indicazione unitaria dell'aumento di pena per i reati satellite non provoca nullità od irregolarità di alcun genere<sup>18</sup>. Ne consegue che, in legittima applicazione dell'art. 81 c.p., *"l'aumento della pena per la continuazione può essere calcolato indifferentemente sia in misura globale, sia facendo riferimento ad ogni singolo reato e collegando ad esso una frazione di pena."*<sup>19</sup>.

A fronte della necessità di procedere allo scioglimento del cumulo, ad esempio in materia di benefici penitenziari, la giurisprudenza ha applicato criteri presuntivi del tutto incompatibili con la *ratio* della disciplina elettorale. Ai fini della concessione della

detenzione domiciliare, ad esempio, si è consolidata l'interpretazione giurisprudenziale secondo cui *"allorché il reato ostativo coincide con un reato satellite, lo scioglimento del cumulo determina il ripristino della pena edittale prevista dalla legge, calcolata nel minimo, non potendosi fare riferimento alla pena inflitta in concreto a titolo di aumento per la continuazione, una volta che sia operato lo scioglimento del vincolo giuridico"*<sup>20</sup>. Sennonché la presunzione di calibrazione nel minimo del reato satellite comporterebbe una strutturale riespansione del diritto politico del condannato in tutti quei casi nei quali la legge subordina l'incandidabilità alla comminazione di una pena superiore. Ed infatti, in caso di applicazione del reato continuato, qualora il giudice non abbia provveduto allo scorporo analitico delle porzioni di pena riconducibili a ciascun capo d'imputazione, si avrebbe una rilevante mitigazione delle conseguenze extrapenali per il solo fatto che il reo ha commesso il fatto nell'ambito di un progetto delittuoso più ampio, che coinvolge almeno un reato di gravità superiore, con palese discriminazione di chi fosse ritenuto individualmente responsabile per la sola fattispecie ostativa alla candidatura (o per un reato continuato all'interno del quale la stessa costituiva l'imputazione principale).

A differenza del diritto penale, l'interpretazione della disciplina in materia di cause ostative all'esercizio del diritto di elettorato passivo non è orientata dal favor rei, quanto dall'obiettivo di assicurare il pari diritto di *"accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabili dalla legge"* (art. 51 Cost.). È indubbia la necessità che – in conformità alla riserva assoluta di legge prevista dal medesimo articolo – le eccezioni al diritto elettorale politico vadano vagliate alla luce del criterio di stretta interpretazione<sup>21</sup>. Ciononostante, la giurisprudenza ha dimostrato una certa sensibilità nel bilanciare il rischio di un esito squilibrato o discriminatorio dell'operazione interpretativa<sup>22</sup>, come accade nel caso di specie in ragione della rilevanza dirimente accordata a meccanismi quantificatori del tutto interni alla logica del provvedimento penale e al suo equilibrio intrinseco. Ed infatti, a fronte dei potenziali esiti lesivi delle condizioni egualitarie di partecipazione alle competizioni elettorali, derivanti dall'interpretazione restrittiva delle cause di limitazione del diritto di elettorato passivo, la Corte costituzionale non si è sottratta alla necessità di *"interpretare ragionevolmente (sia pure in senso estensivo rispetto alla mera lettera delle disposizioni [...]) le norme che stabiliscono le cause di incompatibilità"*<sup>23</sup>. Analogamente, la Cassazione ha considerato la prevalenza del principio di cui all'art. 51 Cost., avallando *"l'uso dello strumento ermeneutico dell'interpretazione estensiva, sempre ammessa perché idonea ad afferrare tutta la portata della disposizione, scongiurando il rischio di pervenire, per effetto di superficiale lettura del solo dato testuale, ad escludere dalla regolamentazione una data fattispecie"*<sup>24</sup>.

L'arresto del Consiglio di Stato, invece, pur idoneo a risolvere la questione occasionalmente rilevante, affida all'amministrazione il compito di individuare il criterio per sciogliere il cumulo giuridico derivante dal concorso materiale di reati nel reato continuato, inducendo qualche dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 81 c.p. nella parte in cui non prevede – agli effetti extrapenali della sentenza di condanna – l'obbligo per il giudice di enucleare le singole addizioni di pena comminate alla pena principale per ciascun reato satellite, rendendo del tutto aleatorie le conseguenze sotto il profilo dell'incandidabilità.

In caso contrario, un'ermeneutica formalista produrrebbe la conseguenza che proprio la maggior gravità del fatto – attestante un disegno criminoso implicante un cumulo materiale di più reati da unificare nel vincolo della continuazione – giustificerebbe il ripristino del diritto di elettorato passivo.

Com'è noto, infatti, la qualificazione dell'incandidabilità quale misura extrapenale non è ininfluente nella selezione dei principi che orientano l'interpretazione del diritto positivo. Se con riguardo agli effetti sanzionatori opera un'assiologica preferenza per il *favor rei*, l'ermeneutica del diritto elettorale dipende dalla possibilità di operare un'interpretazione conforme in relazione all'effettiva proporzionalità allo scopo<sup>25</sup> all'attitudine a garantire l'esercizio del diritto di elettorato passivo in condizioni di uguaglianza.

Senonché è alquanto improbabile che la questione di legittimità costituzionale nei termini in rassegna possa effettivamente porsi avanti alla Corte costituzionale: la natura extrapenale dell'incandidabilità implica che essa non sia in alcun modo pregiudiziale allo svolgimento del giudizio penale, cosicché essa rileva unicamente nell'ambito del procedimento amministrativo svolto avanti alla commissione elettorale circondariale e nell'eventuale gravame avanti al giudice amministrativo ex art. 129 c.p.a. In quest'ultimo ambito, tuttavia, il consolidamento del giudicato penale comporta che *"la risoluzione della controversia"* non *"dipende dalla questione di legittimità costituzionale"* (art. 23 della legge n. 87/1953, in materia di rilevanza della q.l.c.) e, pertanto, osta alla possibilità di instare alla Corte costituzionale una pronuncia additiva per obbligare il giudice penale a precisare i criteri di cumulo giuridico delle pene stabilite per i reati satellite, al fine di disinnescare gli effetti intrinsecamente discriminatori discendenti dalla presunzione di comminazione nel minimo.

<sup>1</sup>T.A.R. Veneto, sent. 4 maggio 2019, n. 552.

<sup>2</sup>G. GUALTIERI, Art. 81 sub B), in E. DOLCINI – G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Assago, 2015, vol. I, pag. 1514.

<sup>3</sup>E. M. AMBROSETTI – M. LOMBARDO, Art. 81, in *Codice penale commentato*, in [leggiditalia.it](http://leggiditalia.it).

<sup>4</sup>Cass. pen., sent. 27 ottobre 1987, n. 3051, in *Riv. pen.*, 1988, pag. 1087; Cass. pen., sent. 5 maggio 2017, n. 28350.

<sup>5</sup>G. GUALTIERI, *idem*, pag. 1520.

6 Corte cost. sent. n. 361/1994.

7 Cass. pen., sent. 17 gennaio 2012, n. 6970.

8 G. GUALTIERI, *idem*, pag. 1519.

9 G. GUALTIERI, *idem*, pag. 1518.

10 Corte cost. sent. n. 361/1994.

11 Corte cost. sentt. nn. 236/2015 e 276/2016; L. MANCANO, *Riflessioni in tema di incandidabilità*, R.I.D.P.P., n.2/2014, pag. 937; F. Nuzzo, L'incandidabilità negli enti locali quale effetto extrapenale della sentenza di condanna, in Cass. Pen., n. 10/2001, 2631. Cass., Sez. I civ., 18 ottobre 1994, n. 8489, in Giust. civ. Mass. Annot., 1994, 1238;

12 Ex multis, Cass. civ. sent. 24 giugno 2016, n. 13168; Cass. civ., sent. 29 marzo 2013, n. 7949; Cass. civ. sent. n. 4 dicembre 2012, n. 21685; Cass. civ. sent. 5 giugno 2007, n. 13181, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 2/2008, pag. 143, con nota VANDELLI; Corte cost. 306/2003, 132/2001, 141/1996, 344/1993, 388/1991; in dottrina C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, 480; L. MANCANO, *Riflessioni in tema di incandidabilità*, R.I.D.P.P., n.2/2014, pag. 937.

13 Cons. St., sent. 9 maggio 2019, n. 3020, da [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

14 *Idem*.

15 Cass. pen., sent. 29 settembre 1993, n. 3631, in *Cass. Pen.*, 1995, pag. 981.

16Cass. pen., sent. 2 marzo 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, pag. 262.

17Cass. pen., sent. 5 maggio 2017, n. 28350; cfr. anche Cass. pen. 16 giugno 1990 n. 403, Cass. pen. sent. n. 21 settembre 1990, n. 2444.

18E. M. AMBROSETTI – M. LOMBARDO, Art. 81, in *Codice penale commentato*, in *leggiditalia.it*; Cass. pen., 13 gennaio 2011, n. 7164; Cass. pen., sent. 16 dicembre 2008, n. 4209; Cass. pen. 17 settembre 2004, n. 47420.

19Cass. pen., sent. 5 maggio 2017, n. 28350.

20E. M. AMBROSETTI – M. LOMBARDO, Art. 81, in *Codice penale commentato*, in *leggiditalia.it*; in riferimento al perdono giudiziale, analogo principio in Cass. pen., sent. 17 gennaio 2012, n. 6970.

21Cass. civ., sent. 29 marzo 2013, n. 7949.

22Corte cost. sent. n. 44/1997; Cass. civ., sent. 10701/1993.

23Corte cost. sent. n. 44/1997.

24Cass. civ., sent. 10701/1993.

25Corte cost. sent. n. 46/1969.

L'intero testo della sentenza è al seguente link  
: <https://www.giustamm.it/bd/giurisprudenza/25026>