

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Coccozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

Inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi pubblici. L'applicazione della disciplina ed il ruolo del RPCT. Aspetti teorici e pratici con approfondimento delle Linee Guida ANAC e della Giurisprudenza

di Francesca Perrone

(Segretario Generale Comune di Massafra (TA))

Sommario

1. Oggetto della disciplina, finalità, principi e criteri direttivi. - 2. Struttura e contenuti fondamentali del d. lgs. n. 39/2013. - 3. La Delibera n. 833 del 3 agosto 2016 c.d. Linee Guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi incompatibili ed inconferibili. - 3.1. Ruolo e funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione nel procedimento di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità. - 3.2. Attività di verifica del RPCT sulle dichiarazioni concernenti la insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità. - 3.3 Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili e incompatibili. - 3.4 Il mancato adeguamento da parte del RPCT all'accertamento dell'ANAC e il potere di ordine dell'Autorità. - 4 Giurisprudenza. - 4.1 TAR Lazio- Roma sez I sentenza 14 novembre 2016, n. 11270. - 4.2 Consiglio di Stato sez. V, sentenza 11 gennaio 2018 n. 126. - 5 Regolamento in materia di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi: contenuto. - 6. Conclusioni.

Abstract

The article explains the topic of the new regulation of public offices. After having described the legislative decree 39 2013, the issue is treated with references to doctrine and jurisprudence. Strengths and critical issues are analyzed. Overall the new regulation is considered a good starting point. Norms create social customs and good administrative practices against maladministration.



1. Oggetto della disciplina, finalità, principi e criteri direttivi.

Il decreto legislativo 8 aprile 2013 n. 39, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 2013 n. 92, attua la delega contenuta all'art. 1 commi 49 e 50 della Legge 06.11.2012 n. 190 (c.d. legge anticorruzione) in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati di diritto pubblico. La norma di delega non prevedeva il parere parlamentare, né sullo schema di decreto è stato richiesto il parere del Consiglio di Stato. Il decreto delegato si muove lungo due direttrici, disciplinando chiaramente i casi di inconferibilità assoluta di alcuni incarichi e i casi di incompatibilità tra incarichi diversi, che comportano l'insorgenza di un *"obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni"* tra la permanenza nell'incarico preesistente e l'assunzione dell'incarico incompatibile con il primo. Scopo della normativa è garantire l'imparzialità del funzionario, così come previsto dal dettato costituzionale (v. art. 97, 2° comma della Costituzione¹). La normativa di delega costituisce uno degli elementi fondamentali della strategia di prevenzione dei fenomeni di corruzione e della prevenzione del conflitto di interessi², finalità che attengono agli interventi sull'attribuzione degli incarichi e alla definizione di nuove incompatibilità. Con riferimento ai destinatari degli incarichi ha stabilito un criterio di inconferibilità di incarichi, siano essi riferiti a fattori di natura oggettiva (*i.e.* la condanna anche con sentenza non passata in giudicato per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), siano essi di natura soggettiva (aver ricoperto, per non meno di un anno antecedente al conferimento, cariche o aver svolto incarichi in enti di diritto privato, sottoposti a controllo ovvero finanziati da parte dell'amministrazione conferente, ovvero aver fatto parte di organi di indirizzo o avere ricoperto cariche elettive *"presso le medesime amministrazioni"*, vale a dire quelle definite dall'art. 1 comma 2 del d. lgs. n. 165/2001). Oltre alla fattispecie di cui all'art. 1 comma 50 della lett. b) della legge n. 190/2012, il legislatore indica,

¹ La Costituzione italiana accoglie il principio dell'imparzialità con il secondo comma dell'art. 97 dove stabilisce che *"i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"*. Il legislatore con la legge n. 190/2012 ha inteso intervenire sul principio di imparzialità riconducendolo non più, soltanto, a mero carattere dell'atto amministrativo, né riferendolo genericamente all'intera amministrazione, ma ancorandolo, specificamente, agli incarichi amministrativi (ai titolari degli incarichi e agli organi delle amministrazioni pubbliche). Sulla problematica della imparzialità dei funzionari, si rimanda a F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, 2009; B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012; C. GIUSTI, *Danno all'immagine e pubblica amministrazione*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 3, 1 marzo 2019, pagg. 998 ss; V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 1 settembre 2018; F. CINGARI, *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, in AA. VV. *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G.A. DE FRANCESCO e E. MARZADURI, Torino, 2016.

² Sotto quest'ultimo aspetto la legge ha previsto l'adozione di un nuovo codice nazionale di comportamento per i dipendenti pubblici (d.p.r. n. 62/2013), cui si aggiungono i codici etici e di comportamento che ogni amministrazione è tenuta ad adottare. Ai codici richiamati è, altresì, conferito valore giuridico, essendo essi fonte di responsabilità disciplinare.



espressamente, una fattispecie di inconferibilità riferita a coloro che presso le medesime amministrazioni abbiano svolto incarichi di indirizzo politico ovvero abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive nel periodo, comunque non inferiore ad un anno, immediatamente precedente al conferimento dell'incarico. Il decreto legislativo scaturito da siffatta legge delega ne rimanda l'articolazione in essa prevista, pur presentando in più punti elementi di discontinuità rispetto alla legge delega.

2. Struttura e contenuti fondamentali del d. lgs. n. 39/2013.

Il decreto legislativo si articola in 8 capi e la struttura riflette l'articolazione della legge delega. Tre Capi (il II *"Inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione"*, il III *"Inconferibilità di incarichi a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni"* e il IV *"Inconferibilità di incarichi a componenti di organi di indirizzo politico"*) sono dedicati alle tre categorie di cause di inconferibilità degli incarichi di cui alle lettere a), b) e c) del comma 50 dell'art. 1 della legge delega n. 190/2012, mentre i Capi V *"Incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni nonché lo svolgimento di attività professionale"* e VI *"Incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche di componenti di organi di indirizzo politico"* sono dedicati alle due cause di incompatibilità di cui alle lettere e) ed f) dello stesso comma 50. L'art. 1 *"Definizioni"* ha lo scopo di chiarire la portata dei diversi istituti disciplinati dalla legge, molto utile in una materia complessa, incompleta e discontinua, con significati diversi e modificati nel tempo. Ai fini di quanto qui interessa, ci si sofferma particolarmente sulla distinzione tra incarichi dirigenziali interni ed esterni, laddove, secondo una chiara indicazione della legge delega, ai primi non si applicano i limiti alla conferibilità nel caso di precedente appartenenza ad un organo di indirizzo politico (art. 1 comma 50 lett. c) legge delega). Nella definizione adottata, sono "esterni" gli incarichi conferiti a soggetti non appartenenti ai ruoli di una qualsivoglia amministrazione e non solo ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico. Pertanto, sono da considerarsi esterni solo i soggetti che provengono dal settore privato. L'art. 2 *"Ambito di applicazioni"* al comma 2, ricomprende nella disciplina degli incarichi conferiti alcuni tipi particolari, negli enti locali, quali il conferimento di funzioni dirigenziali a personale non dirigenziale e il conferimento di tali incarichi a soggetti con contratto a tempo determinato ex art. 110 comma 2 del d. lgs. n. 267/2000. Il Capo II *"Inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione"* si compone del solo art. 3, il quale rappresenta una delle principali novità della legge, prevedendo il principio di inconferibilità degli incarichi anche in caso di condanna non definitiva. Il primo comma statuisce che, coloro che siano stati condannati, anche con sentenza



non passata in giudicato, per uno dei reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, i.e. *"Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione"* articoli da 314 a 335 bis, come modificato dalla legge n. 190/2012, non possano assumere: a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali; b) gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale; c) gli incarichi dirigenziali, interni ed esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale, regionale e locale; d) gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali del servizio sanitario nazionale³. Il secondo comma, in modo significativo, si occupa dei reati più gravi contro la pubblica amministrazione di cui all'art. 3 comma 1 della legge 27 marzo 2001, n. 97, a cui si aggiunge il reato di cui all'art. 319 *quater* codice penale aggiunto dalla L. n. 190/2012, prevedendo in queste fattispecie l'inconferibilità permanente all'assunzione di incarichi, nei casi in cui sia stata inflitta la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, ovvero sia intervenuta la cessazione del rapporto di lavoro a seguito di procedimento disciplinare o la cessazione del rapporto di lavoro autonomo. Per entrambe le categorie di reati di cui al primo e al secondo comma si deve tenere distinto il caso in cui sia intervenuta una sentenza definitiva che abbia irrogato anche la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici. In questo caso la durata dell'inconferibilità è pari a quella della interdizione, permanente o temporanea. Nel caso non sia intervenuta una sentenza definitiva di condanna si applica un diverso regime: per i reati più gravi è disposta, dalla legge n. 97 del 2001, una sospensione automatica dal servizio della durata di cinque anni; in questo caso il periodo di inconferibilità coincide con il periodo di sospensione. Per i reati meno gravi, per i quali non è prevista la sospensione automatica dal servizio, viene rapportata alla pena inflitta con la sentenza non definitiva: il doppio della durata della pena, entro il limite massimo di cinque anni. Il comma 4 disciplina i casi in cui, per il dirigente di ruolo, durante il periodo di sospensione e per il periodo di inconferibilità, possono essere allo stesso attribuiti incarichi diversi da quelli che comportino l'esercizio delle competenze di amministrazione e gestione (per i dirigenti degli enti locali, disciplinate prevalentemente all'art. 107 del d. lgs. n. 267/00). In ogni caso la legge esclude la possibilità di conferire incarichi relativi ad uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o alla erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzione di vantaggi economici a soggetti sia pubblici che privati, così come di incarichi che comportano esercizi di vigilanza o di controllo.

³ F. MANGANARO, *La corruzione in Italia*, Foro Amministrativo (II), fasc. 6, 2014, pag. 1861; S. SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in Dir. Pen.e proc., 2013, n. 8 suppl., pag. 15.



Qualora l'amministrazione non sia in grado di conferire incarichi di questo tipo il dirigente è posto a disposizione per un periodo pari alla durata della sospensione. La situazione di inconferibilità viene meno allorché sia pronunciata, per il medesimo reato, sentenza anche non definitiva di proscioglimento (comma 5). La sentenza, tuttavia, di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (c.d. patteggiamento) è equiparata alla sentenza di condanna (comma 7). Il comma 6 norma il caso in cui l'incarico sia conferito ad un soggetto esterno all'ente, per il quale non sia possibile sospendere disciplinarmente l'incarico per l'inesistenza di un sottostante rapporto di lavoro di natura subordinata. In questo caso è prevista la sospensione dell'incarico e del relativo contratto per l'intera durata dell'inconferibilità. Al termine di questo periodo l'amministrazione ha facoltà di valutare la persistenza dell'interesse all'esecuzione dell'incarico, avuto anche riguardo al tempo trascorso. L'art. 4 disciplina le cause di inconferibilità degli incarichi per soggetti provenienti dal settore privato, ossia che abbiano ricoperto incarichi o cariche (nel senso chiarito dall'art. 1 comma 2 lett. e), in enti di diritto privato regolati ovvero finanziati dall'amministrazione che conferisce l'incarico. In questi casi, affinché scatti l'inconferibilità il soggetto deve provenire da un ente privato che abbia, o abbia avuto, un rapporto qualificato con l'amministrazione. L'inconferibilità che ne discende è quindi di natura generale, attinente, cioè, tutti gli incarichi dell'amministrazione, perché questi sono in grado di condizionare l'intera amministrazione, anche quando svolti da specifici uffici. La disposizione chiarisce che l'inconferibilità (e l'incompatibilità) riguarda anche il soggetto privato nello svolgimento della sua attività professionale, laddove essa sia regolata, finanziata o comunque retribuita dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico. L'art. 5 applica lo stesso criterio di inconferibilità alla direzione delle Aziende sanitarie locali. In questo caso il rapporto qualificato deve sussistere tra l'Ente privato e il servizio sanitario regionale⁴. Il capo IV del decreto *"Inconferibilità di incarichi a componenti di*

⁴ Al riguardo si osserva come il tema dell'applicabilità del d. lgs. n. 39/2013 è stato al centro di una sofferta giurisprudenza della stessa ANAC. Con prima delibera CIVIT/ANAC n. 58/2013 si è ritenuto di estendere i precetti di cui al d. lgs. n. 39/2013 al settore sanitario facendo rientrare nel campo di applicazione della nuova disciplina i dirigenti di distretto, i direttori di dipartimento e di presidio e, in generale, i direttori di strutture complesse. La disciplina si riteneva non applicabile, invece, ai dirigenti di struttura semplice non inseriti in struttura complessa tranne il caso in cui, tenuto conto delle norme regolamentari e degli atti aziendali, al dirigente di struttura semplice sia riconosciuta, anche se in misura minore, autonomia gestionale e amministrativa. Successivamente l'ANAC ha adottato la delibera n. 149/2014, interamente sostitutiva della delibera n. 58/2013. Con tale provvedimento l'Autorità ha ritenuto applicabile il d. lgs. n. 39/2013 a tutte le strutture del servizio sanitario che erogano attività assistenziali volte a garantire la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo (ex art. 32 Costituzione), ribadendo che nell'espressione "Aziende Sanitarie Locali", si intendono ricomprese tutte le strutture preposte all'organizzazione e alla erogazione di servizi sanitari, incluse anche le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico. Ma per quanto è di interesse ai fini della presente trattazione, l'ANAC ha stabilito che le ipotesi di inconferibilità ed incompatibilità presso le ASL, devono intendersi applicate solo con riferimento agli incarichi di direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario, attesa la disciplina speciale dettata dal legislatore



organi di indirizzo politico", è costituito dagli articoli 6, 7 ed 8. L'art. 6 tratta delle inconferibilità di incarichi derivanti dall'aver ricoperto cariche di componente di organi di indirizzo politico. La disciplina riguarda, principalmente, le cariche di governo, rimandando, al comma 1, alla ricognizione di cui alla legge n. 215 del 2004 ed estendendo a tali cariche i divieti di cui alla legge. La vigilanza e il controllo è esercitato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi della medesima legge. Sempre con il fine di graduare il regime delle inconferibilità, l'art. 7, comma 1 si occupa di coloro che abbiano ricoperto, nei due anni antecedenti l'incarico, la carica di componente di organo politico di amministrazione regionale o locale. L'introduzione di un periodo di inconferibilità è finalizzata ad introdurre una limitazione della pratica delle c.d. "porte girevoli", ossia della possibilità di transito da cariche politiche a cariche di vertice dell'amministrazione imponendo che nei passaggi dalle prime alle seconde debba necessariamente intercorrere un periodo di raffreddamento⁵. Il primo comma si occupa delle inconferibilità di livello regionale. Il primo capoverso distingue tra coloro che abbiano fatto parte della giunta o del consiglio regionale nei due anni precedenti all'incarico e coloro che abbiano fatto parte, nell'anno precedente all'incarico di giunte e consigli di enti locali della stessa regione (provincia, comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, ovvero forme associative tra comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti) ovvero siano stati presidenti o amministratori delegati di un ente di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione, ovvero da parte di uno degli enti locali di cui al comma 1. Per questi soggetti la norma prevede l'inconferibilità di incarichi amministrativi di vertice della regione, di incarichi dirigenziali nell'amministrazione regionale, di amministratore di ente pubblico di livello regionale e di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico di livello regionale. La *ratio* della norma è quella di far prevalere il criterio della vicinanza tra carica pubblica ed incarico da conferire. Nei casi di distanza breve (organi politici della regione) il periodo di "raffreddamento" è di due anni. Laddove la distanza, invece, è maggiore (organi politici degli enti locali) il periodo è di un anno. Il secondo comma si occupa delle inconferibilità a livello locale. Anche qui, come nel caso precedente, il legislatore distingue in rapporto alla distanza tra organo politico ed incarico da conferire. Per gli incarichi nelle stesse amministrazioni locali o in enti da queste controllati, il periodo di inconferibilità è di

delegante all'art. 1, co. 49 e 50 della L. n. 190/2012, e dagli artt. 5, 8, 10 e 14 del d. lgs. n. 39/2013 (in modo conforme, Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 5583/2014).

⁵ Il decreto disciplina in modo innovativo la materia, atteso che la legislazione preesistente frammentaria e blanda, risale alla legge n. 60/1953, c.d. Legge Sturzo, e alla legge n. 215/2004, c.d. Legge Frattini. Per un approfondimento in materia, S. PASSIGLI, *Democrazia e conflitto di interessi. Il caso italiano*, Firenze, 2001; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006; G. SIRIANNI, *Etica della politica, rappresentanza, interessi*, Napoli, 2008, pagg. 94 ss; L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, 2009.

due anni; mentre per gli incarichi in altre amministrazioni locali (o in enti da queste controllati) il periodo di inconferibilità è di solo un anno. Il comma finale dell'art. 7 delimita l'inconferibilità ai soli incarichi esterni. L'art. 8 si occupa del regime delle inconferibilità degli incarichi di direzione anche in ambito sanitario. In verità, sin da subito, si è posto un problema applicativo, atteso che la norma fa riferimento solo alle Aziende Sanitarie Locali (ASL)⁶. Questi incarichi risultavano già disciplinati, quanto all'inconferibilità e all'incompatibilità, dall'art. 3, comma 9 del d. lgs. n. 502 del 1992⁷. Il disposto normativo, in conformità alla legge delega che prescrive di riconsiderare gli incarichi in questione e riallinearli alla disciplina generale, prevede al comma 1 l'inconferibilità, per cinque anni, per coloro che siano stati candidati (anche non eletti) "in elezioni europee, nazionali, regionali e locali e in collegi elettorali che comprendano il territorio della ASL". I commi 2, 3, 4 e 5 sono relativi ad ipotesi di inconferibilità attinenti alle cariche politiche assunte antecedentemente all'incarico nelle ASL a livello nazionale, regionale e comunale. A livello nazionale si distingue tra cariche di governo e cariche parlamentari. Nel primo caso l'inconferibilità è di due anni, riferita agli organi di indirizzo politico dei ministeri, degli enti pubblici e degli enti pubblici di diritto privato in controllo pubblico che svolgano funzioni rilevanti di regolazione e finanziamento del servizio sanitario nazionale. Per le cariche parlamentari, invece, l'inconferibilità è generale, ma ha una durata pari ad un anno. A livello regionale l'inconferibilità per coloro che abbiano fatto parte della giunta o del consiglio regionale o che siano stati amministratori di enti che svolgano funzioni di regolazione del servizio sanitario regionale è di tre anni a causa del rapporto ravvicinato tra organi di indirizzo e incarichi nelle ASL. A livello locale l'inconferibilità, relativa a coloro che siano stati amministratori nelle province e nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, ovvero di una forma associativa

⁶ L'ANAC è intervenuta con delibera n. 149 del 22 dicembre 2014, per risolvere la questione applicativa, chiarendo che nella nozione di ASL vanno ricomprese tutte le strutture preposte all'organizzazione ed erogazione dei servizi sanitari, incluse le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, le quali prestano attività assistenziale volta a garantire la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo.

⁷ "Il direttore generale non è eleggibile a membro dei consigli comunali, dei consigli provinciali, dei consigli e assemblee delle regioni e del Parlamento, salvo che le funzioni esercitate non siano cessate almeno centottanta giorni prima della data di scadenza dei periodi di durata dei predetti organi. In caso di scioglimento anticipato dei medesimi, le cause di ineleggibilità non hanno effetto se le funzioni esercitate siano cessate entro i sette giorni successivi alla data del provvedimento di scioglimento. In ogni caso il direttore generale non è eleggibile nei collegi elettorali nei quali sia ricompreso, in tutto o in parte, il territorio dell'unità sanitaria locale presso la quale abbia esercitato le sue funzioni in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura. Il direttore generale, che sia stato candidato e non sia stato eletto, non può esercitare per un periodo di cinque anni le sue funzioni in unità sanitarie locali comprese, in tutto o in parte, nel collegio elettorale nel cui ambito si sono svolte le elezioni. La carica di direttore generale è incompatibile con quella di membro del consiglio e delle assemblee delle regioni e delle province autonome, di consigliere provinciale, di sindaco, di assessore comunale, di presidente o di assessore di comunità montana, di membro del Parlamento, nonché con l'esistenza di rapporti anche in regime convenzionale, con le unità sanitarie locali o di rapporti economici o di consulenza con strutture che svolgono attività concorrenziali con le stesse. La predetta normativa si applica anche ai direttori amministrativi e ai direttori sanitari".



tra comuni avente identica grandezza è di due anni. Il capo V, composto di due articoli, è rubricato *"Incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni nonché lo svolgimento di attività professionale"*. L'art. 9 tratta il regime delle incompatibilità tra incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati nonché tra gli stessi incarichi e le attività professionali. Il primo comma tratta le incompatibilità con incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle amministrazioni o enti nei quali si svolge lo stesso incarico. L'incompatibilità attiene gli incarichi amministrativi di vertice nelle pubbliche amministrazioni e gli incarichi dirigenziali nelle stesse, laddove comportino poteri di vigilanza o controllo sulle attività svolte dagli enti di diritto privato, regolati dall'amministrazione che conferisce l'incarico. In questi casi tali cariche sono incompatibili con l'assunzione e il mantenimento, nel corso dell'incarico, di incarichi e cariche negli enti privati anzidetti, dall'amministrazione o ente pubblico che conferisce l'incarico. Il comma 2 riguarda, invece, le incompatibilità con lo svolgimento di una attività professionale, se questa è regolata o finanziata ovvero retribuita dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico. L'art. 10 prevede gli stessi criteri di cui all'art. 9 agli incarichi di direzione nelle Aziende sanitarie locali. Mentre il primo comma fissa le incompatibilità connesse all'assunzione di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dal servizio sanitario regionale (lett. a) e con lo svolgimento in proprio, da parte del soggetto incaricato, di attività professionale, se questa è regolata o finanziata dal servizio sanitario regionale (lett. b), il secondo comma estende le cause di incompatibilità all'assunzione di interessi privati da parte dei congiunti più stretti del titolare dell'incarico⁸. Il capo VI intitolato

⁸ L'art. 9 approvato e promulgato, attualmente vigente, registra una modifica del testo rispetto a quello in discussione finale, prevedendo, originariamente un terzo comma, poi scomparso. Il primo comma del testo originario era dedicato alle incompatibilità tra incarichi nel settore pubblico allargato (amministrazioni, enti pubblici, enti privati in controllo pubblico) ed incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati e finanziati dagli enti o dalle amministrazioni nei quali si svolge l'incarico. Nel testo finale, invece, non sono richiamati gli enti pubblici, prevedendo l'incompatibilità solo tra incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati e finanziati e incarichi nelle pubbliche amministrazioni. Gli enti pubblici non direttamente richiamati, sono fatti rientrare in via interpretativa nella nozione di amministrazioni pubbliche ex art. 1 comma 2 del d. lgs. n. 165/2001. Non risultano richiamati gli enti di diritto privato in controllo pubblico e questo rende ardua l'interpretazione e l'applicazione della stessa, atteso che sono numerosi i casi di enti privati in controllo pubblico che svolgono vere e proprie funzioni regolative di servizi pubblici nei quali possono dare luogo a rapporti qualificati con enti privati. Il secondo comma dell'art. 9, che nel testo originario si differenziava dal primo solo perché riguardava le incompatibilità degli incarichi amministrativi in tutti i soggetti del settore pubblico allargato con lo svolgimento di una attività professionale laddove questa sia regolata o finanziata dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico. Nel testo finale la disciplina di cui al comma 2 appare disallineata rispetto al comma precedente. Il nuovo comma 1, infatti, non riferisce più l'esercizio di poteri di vigilanza e controllo a tutti i soggetti pubblici, infatti esclude da essi gli enti privati in controllo pubblico. Se ne ricava, pertanto, una disciplina contraddittoria, in quanto un amministratore di ente privato regolato non è incompatibile con un incarico in un ente privato in controllo pubblico, invece il professionista che svolga la propria attività è incompatibile con detto incarico. (Sull'argomento F. MERLONI, *Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei*



“Incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche di componenti di organi di indirizzo politico” è composto dagli articoli da 11 a 16. Le incompatibilità con le cariche politiche descritte negli artt. 11 e 12 relativamente alla titolarità di cariche in seno all’amministrazione (i.e. agli “incarichi amministrativi di vertice” e agli “incarichi dirigenziali”), non presentano alcuna correlazione con il rapporto di pubblico impiego, che nel caso della dirigenza esterna può anche mancare. Le incompatibilità ivi prescritte sono funzionali in quanto correlate non al rapporto di servizio, ma di ufficio. L’art. 11 disciplina le incompatibilità tra incarichi amministrativi di vertice e di amministratore di ente pubblico e cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali. La disciplina è suddivisa in funzione dei diversi livelli di governo: nazionale (comma 1), regionale (comma 2), locale (comma 3) ed è così delineata: nei casi di inconferibilità è ribadita l’evidente conseguenza dell’incompatibilità. Si aggiunga, inoltre, che le incompatibilità per le cariche di governo e di parlamentare risultano già stabilite dalla legge n. 60 del 1953. L’art. 12 si occupa delle incompatibilità tra incarichi dirigenziali interni ed esterni e le cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali. Anche qui si segue il criterio di base della coincidenza tra inconferibilità e incompatibilità. Gli incarichi dirigenziali, siano essi interni che esterni, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico sono incompatibili con l’assunzione ed il mantenimento, nel corso dell’incarico, della carica di componente dell’organo di indirizzo nella stessa amministrazione o nello stesso ente pubblico che ha conferito l’incarico, ovvero con l’assunzione ed il mantenimento, nel corso dell’incarico, della carica di presidente e amministratore delegato nello stesso ente di diritto privato in controllo pubblico che ha conferito l’incarico (comma 1). Gli incarichi dirigenziali, interni ed esterni, sono incompatibili con l’assunzione, nel corso dell’incarico, della carica di Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro, Vice Ministro, sottosegretario di Stato e commissario straordinario del Governo (comma 2). Gli incarichi dirigenziali interni ed esterni sono incompatibili con la carica di componente della giunta o del consiglio della regione interessata; con la carica di componente della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti ovvero di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della stessa regione; con la carica di presidente e amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione (comma 3). Il quarto comma riferisce, per

funzionari pubblici, Giornale di diritto amministrativo 8-9/2013, pag. 812; M. DE ROSA, *La prevenzione della corruzione nel sistema di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi*, in Nunziata M. (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione. Rimedi preventivi e repressivi*, Roma, 2017, pag. 123; R. CANTONE - A. CORRADO, *La difficile applicazione della disciplina in tema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in *L'autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I. A. Nicotra, Torino 2016, pagg- 123 ss).



ultimo, l'incompatibilità a livello locale prevedendo che gli incarichi dirigenziali interni ed esterni di livello provinciale o comunale sono incompatibili con la carica di componente della giunta o del consiglio della regione, ovvero con la carica di componente della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni con medesima popolazione, ricompresi nella stessa regione dell'amministrazione locale che ha conferito l'incarico, ovvero con la carica di componente di organi di indirizzo negli enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione, nonché di province, comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di forme associative tra comuni aventi la medesima popolazione della stessa regione (comma 4). L'art. 13 disciplina le incompatibilità tra incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico e cariche di componenti degli organi di indirizzo politico nelle amministrazioni statali, regionali e locali. Anche in questo caso si applica il criterio della coincidenza, tuttavia, le incompatibilità previste, risultano innovative e mirano ad interrompere un sistema di larga sovrapposizione tra incarichi politici e incarichi negli enti di diritto privato in controllo pubblico, dove la privatizzazione dell'ente è utilizzata per nascondere il collegamento funzionale tra le amministrazioni pubbliche, i loro organi di indirizzo politico e gli amministratori degli enti privati in controllo pubblico. Per il resto l'articolo ricalca nella sua disciplina quanto previsto dai precedenti, sull'incompatibilità degli incarichi di presidente e amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale, regionale e locale con la carica di Presidente del Consiglio dei Ministri, o Ministro, o Vice Ministro, o sottosegretario di Stato e di Commissario Straordinario di Governo o parlamentare (comma 1). Il comma 2 prevede analoga situazione di incompatibilità tra incarichi di presidente e amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico di livello regionale con la carica di componente della giunta o del consiglio della regione interessata; ovvero con la carica di componente della giunta o del consiglio di una provincia o di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti ovvero di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della medesima regione; ovvero con la carica di presidente e amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione, nonché di province, comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti ovvero di forme associative tra comuni aventi la medesima popolazione della medesima regione. Gli incarichi di presidente e amministratore delegato di ente di diritto privato in controllo pubblico di livello locale sono incompatibili con l'assunzione, nel corso dell'incarico, della carica di componente della giunta o del consiglio di una provincia o di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della medesima regione (comma 3). L'art. 14 si occupa delle incompatibilità tra incarichi di direzione nelle Aziende sanitarie locali e cariche di componenti degli organi di indirizzo politico



nelle amministrazioni statali, regionali e locali. L'articolo in questione riscrive, in coerenza con l'impostazione generale del decreto, il regime delle incompatibilità degli incarichi di direzione delle ASL, consentendo in tal modo di abrogare per intero la disciplina contenuta nel d. lgs. n. 502 del 1992 all'art. 3 comma 9. L'articolo applica fedelmente il principio della coincidenza tra inconferibilità ed incompatibilità, disponendo, come per i precedenti articoli, una serie di incompatibilità in rapporto ai diversi livelli di governo: nazionale (comma 1), regionale (comma 2) e locale (comma 3). Il comma 1 prevede la incompatibilità tra gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali, con la carica di Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro, Vice Ministro, sottosegretario di Stato, commissario straordinario del Governo, di amministratore di ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico nazionale che svolga funzioni di controllo, vigilanza o finanziamento del servizio sanitario nazionale o di parlamentare. Il comma 2 prevede analoga incompatibilità delle cariche di cui al comma precedente nelle aziende sanitarie locali di una regione, con la carica di componente della giunta o del consiglio della regione interessata, ovvero con la carica di amministratore di ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico regionale che svolga funzioni di controllo, vigilanza o finanziamento del servizio sanitario regionale (comma 2 lett. a); ovvero con la carica di componente della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della medesima regione (comma 2 lett. b); ovvero con la carica di presidente e amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione, nonché di province, comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di forme associative tra comuni aventi la medesima popolazione della stessa regione (comma 3 lett. c). Il Capo VI "*Vigilanza e sanzioni*" si compone di 5 articoli (dall'art. 15 all'art. 19). L'art. 15 individua in capo al responsabile del piano anticorruzione, la vigilanza ed il rispetto (da inserire e prevedere anche nel piano anticorruzione dell'amministrazione pubblica o ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico) delle disposizioni in materia di conferibilità degli incarichi e delle norme sulle incompatibilità. A tal fine il responsabile anticorruzione è individuato quale figura in capo a cui spetta la contestazione all'interessato dell'esistenza o dell'insorgere di situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al decreto (comma 1). Al responsabile anticorruzione sono riconosciuti poteri di segnalazione, nei casi di violazione del decreto, all'Autorità Nazionale Anticorruzione, all'Autorità antitrust nello svolgimento dei poteri affidatigli dalla legge n. 215 del 2004 e alla Corte dei Conti, ciascuna per i profili di rispettiva competenza (comma 2). Il terzo comma ha lo scopo di rafforzare la posizione del responsabile anticorruzione, figura esposta a rischi, atteso che la sua nomina è decisa dall'organo di indirizzo politico e che coincide,



sovente, con la posizione di vertice o dirigenziale dell'amministrazione conferente l'incarico. Si prevede, pertanto, a tutela di detta posizione, che il provvedimento di revoca dell'incarico amministrativo di vertice o dirigenziale conferito al soggetto cui sono affidate le funzioni di responsabile, deve essere motivato e comunicato all'Autorità Nazionale AntiCorruzione (d'ora in poi anche solo "Autorità" o "ANAC") che, nel termine di trenta giorni, potrà rinviare l'atto all'amministrazione con richiesta di riesame qualora rilevi che la revoca possa essere stata motivata dalla volontà dell'amministrazione di sottrarsi al potere di vigilanza del responsabile⁹.

⁹ Tale misura è da considerarsi presidio di garanzia dell'autonomia ed indipendenza del ruolo del responsabile anticorruzione. Gli aspetti di competenza dell'Autorità sui procedimenti di revoca del responsabile anticorruzione derivano dal combinato disposto dell'art. 1 comma 82 della L. n. 190/2012, dall'art. 15 comma 3 del d. lgs. n. 39/2013 e dall'art. 1 comma 7 della L. n. 190/2012. Mentre al principio tale forma di tutela era stata prevista direttamente dalla legge n. 190/2012 unicamente al Segretario Comunale, con il d. lgs. n. 39/2013, essa è stata estesa anche alla revoca dell'incarico amministrativo di vertice o dirigenziale conferito al soggetto cui sono state affidate le funzioni di responsabile anticorruzione (art. 15 comma 3). Con successive modifiche alla legge n. 190/2012 apportate dal d. lgs. n. 97/2016 (art. 41 comma 1, lett. f) all'Autorità è stato, altresì, conferito il potere di intervenire con richiesta di riesame anche nel caso di presunte misure discriminatorie, comunque collegate, direttamente o indirettamente, allo svolgimento delle funzioni di responsabile anticorruzione. La disciplina normativa è poco chiara, ma, per quel che riguarda la revoca, è previsto, in capo all'Autorità un termine di trenta giorni entro il quale è possibile proporre la richiesta di riesame con contestuale sospensione dell'efficacia della revoca. La necessità di esplicitare meglio alcuni profili attinenti le proprie modalità di intervento hanno portato l'ANAC ad adottare il *"Regolamento sull'esercizio del potere dell'Autorità di richiedere il riesame dei provvedimenti di revoca o di misure discriminatorie adottati nei confronti del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) per attività svolte in materia di prevenzione della corruzione"* approvato con delibera n. 657/2018. Il Regolamento così approvato contiene indicazioni pratiche laddove le amministrazioni pubbliche e gli altri soggetti tenuti all'adozione di misure di prevenzione della corruzione e alla nomina del responsabile anticorruzione, adottino provvedimenti di revoca del responsabile anticorruzione o misure discriminatorie nei suoi confronti. Occorre, in proposito, distinguere i provvedimenti di revoca del responsabile anticorruzione dalle misure discriminatorie, diverse dalla revoca, adottate nei confronti del responsabile, per motivi collegati, direttamente o indirettamente alle sue funzioni. La revoca sarà oggetto di riesame ai sensi della specifica disciplina di cui agli articoli 1 comma 82 della legge n. 190/2012 e art. 15, comma 3 del d. lgs. n. 39/2013. Le altre misure discriminatorie, invece, sono disciplinate dall'art. 1 comma 7 della legge n. 190/2012, ultimo periodo. L'intervento dell'ANAC si distingue in base alle diverse fattispecie (revoca o misure discriminatorie) e diverse sono pertanto le indicazioni che il Regolamento prevede. Nel caso di revoca del responsabile, quale misura ritorsiva e discriminatoria nei confronti dello stesso per l'attività da questi posta in essere, è onere delle amministrazioni e degli altri soggetti (anche privati, cui la disciplina si applica) comunicare tempestivamente all'Autorità l'adozione degli atti di revoca del RPCT. Atteso che il termine a disposizione dell'ANAC per le verifiche cui è tenuta è di soli trenta giorni dal momento del ricevimento dell'atto, la comunicazione della revoca deve essere completa di tutta la documentazione relativa e di ogni altro documento utile a meglio chiarire i motivi della revoca. E' necessario che unitamente ai documenti citati siano trasmessi eventuali atti ed osservazioni prodotti dal responsabile nell'ambito del procedimento medesimo. A seguito dell'istruttoria, qualora l'Autorità provi la possibile esistenza di una correlazione tra la revoca e le attività svolte dal responsabile anticorruzione, le amministrazioni e gli altri soggetti interessati provvedono al riesame del procedimento di revoca. Nel caso l'amministrazione intenda confermare la revoca del responsabile anticorruzione è tenuta a dare atto, nella motivazione del provvedimento, anche di quanto rilevato dall'Autorità in sede di riesame, al fine di assicurare una compiuta analisi dei rilievi posti dall'Autorità. La richiesta di riesame del provvedimento di revoca posta dall'Autorità, trasmessa agli organi di indirizzo dell'Amministrazione, nonché al responsabile anticorruzione, comporta il protrarsi dell'inefficacia del provvedimento di revoca fino alla data di approvazione del provvedimento conclusivo del procedimento di riesame da parte dell'Amministrazione che ha proceduto alla



L'art. 16, rubricato "Vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione" delinea il ruolo dell'Autorità nei compiti di vigilanza generale sull'osservanza delle disposizioni del decreto da parte delle amministrazioni, mediante l'esercizio dei poteri di ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento di incarichi (comma 1). Tale attività può attivarsi o d'ufficio o anche in base a segnalazione e concretizzarsi con un proprio provvedimento che sospenda la procedura di conferimento dell'incarico e segnalazione alla Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. Ove l'Autorità ravvisi la possibile violazione delle regole sulla inconfiribilità, ne sospende la procedura, sottoponendo all'Amministrazione conferente l'incarico osservazioni o rilievi sull'atto predisponendo. Qualora l'Amministrazione, ente pubblico o ente privato intenda procedere al conferimento dell'incarico dovrà motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità (comma 2)¹⁰. E' evidente che detta procedura avente effetto sospensivo e comunicazioni dei rilievi e delle osservazioni all'Autorità riguarda solo i procedimenti di conferimenti non ancora perfezionati. Nel caso di procedimenti

revoca. L'Amministrazione non potrà procedere alla nomina di un nuovo responsabile anticorruzione fino alla completa conclusione del procedimento di riesame del provvedimento di revoca. L'esito del procedimento di riesame è comunicato all'Autorità che ne prende atto e che può ribadire le proprie motivazioni. Per il procedimento di riesame, in caso di adozione di misure discriminatorie diverse dalla revoca, è bene rilevare che le norme della legge n. 190/2012 non chiariscono quali siano le "altre misure discriminatorie dirette e indirette" nei confronti del responsabile anticorruzione. A tal fine è utile fare riferimento a quanto previsto in altre normative, in particolar modo dalla legge n. 179 del 30 novembre 2017, "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato". L'art. 2 comma 2 *quater* prevede quali misure discriminatorie, tra le altre, i demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o altre misure organizzative volte a produrre effetti negativi, diretti o indiretti sulle condizioni di lavoro. In questi casi la legge 190/2012, all'art. 1 comma 7, prevede in capo all'Autorità il potere di intervento consistente nella possibilità di "chiedere informazioni all'organo di indirizzo ed intervenire nelle forme di cui al comma 3, articolo 15, decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39" e, quindi, una richiesta di riesame concernente la misura discriminatoria adottata. Le segnalazioni sono esaminate dall'Autorità ai sensi di quanto previsto dall'art. 9 del "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione". A questo punto l'ANAC può instaurare un contraddittorio con le amministrazioni o con gli altri soggetti cui si applica la disciplina mediante l'esercizio dei poteri istruttori attribuiti dalla legge n. 190/2012 (art. 1 comma 2, lett. f). Se, a seguito dell'istruttoria, l'Autorità accerta la possibile fondatezza della misura discriminatoria adottata nei confronti del responsabile anticorruzione, può richiederne il riesame mediante delibera del Consiglio. Le amministrazioni e gli altri soggetti interessati sono tenuti a riesaminare il procedimento e a dare comunicazione dell'esito dello stesso all'Autorità. Anche in questo caso, qualora l'amministrazione decida di confermare il provvedimento deve, comunque, nella motivazione del riesame dare conto dei rilievi posti in essere dall'Autorità Nazionale AntiCorruzione. (Per un approfondimento in materia si rimanda alla Delibera n. 1074 del 21 novembre 2018, *Approvazione definitiva dell'Aggiornamento 2018 al Piano Nazionale Anticorruzione*, par. 6, pagg. 18-22, Autorità Nazionale Anticorruzione e *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione*, approvato nell'adunanza del 29 marzo 2017, Autorità Nazionale Anticorruzione).

¹⁰ La procedura così descritta impone all'Autorità conferente l'incarico di motivare il proprio provvedimento di conferma tenendo conto delle osservazioni formulate dall'Autorità, esponendosi, in tal modo, a possibile censura in sede giurisdizionale ovvero in sede di visto di legittimità. (Sull'argomento S. NESPOR, *Conferimento di incarichi dirigenziali presso l'Amministrazione dello Stato: criteri e limiti, secondo la giurisprudenza della Corte dei Conti*, in Riv. Critica del dir. Del lav. Pubblico e privato, disponibile in www.datalexis.it; M. MARTONE, *Rapporto di Lavoro e Corruzione*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni* (II), fasc. 5-6, 1 dicembre 2016, pag. 575.)



conclusi, invece, permane la segnalazione alla Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. L'Autorità (terzo comma) è chiamata ad esprimere pareri obbligatori sulle direttive e le circolari ministeriali che riguardano l'interpretazione delle disposizioni del decreto e la loro applicazione alle diverse fattispecie di inconferibilità degli incarichi e di incompatibilità¹¹. L'art. 17 stabilisce la nullità degli incarichi conferiti in violazione delle disposizioni del decreto e la conseguente nullità dei contratti, siano essi di lavoro subordinato o autonomo che li accompagnano. Trattasi dell'estensione agli incarichi in oggetto di una conseguenza automatica della violazione, che rafforza l'efficacia dei divieti e rende più chiare le conseguenze giuridiche dell'accertamento della violazione. Si deve intendere che la nullità consegue solo alla violazione delle regole sulla inconferibilità così come sancite nei Capi II, III e IV del Decreto, le uniche che possono essere violate nell'atto di conferimento e non dalla violazione delle regole sulla incompatibilità che presuppone la validità dell'atto di incarico con un diverso ordine di conseguenze. L'art. 18 rubricato "Sanzioni", chiarisce che i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi in violazione delle disposizioni del decreto sono responsabili, in primo luogo, sul piano delle conseguenze economiche degli atti adottati, salva l'ipotesi in cui, al momento dell'adozione dell'atto, siano stati assenti, ovvero siano stati dissenzienti ovvero si siano astenuti (comma 1). Come conseguenza secondaria ne deriva, altresì, per i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli la sospensione del potere di conferire incarichi per un periodo di tre mesi. Nel periodo in cui i componenti dell'organo devono astenersi dal conferire incarichi, si provvede mediante l'istituto del potere sostitutivo, esercitato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, per i Ministeri e dall'amministrazione vigilante, per gli enti pubblici (comma 2). Per quanto riguarda gli enti territoriali, la

¹¹ La disciplina di cui al comma 3 è stata modificata dal D.L. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98 che ha disposto, con l'art. 54 *ter* comma 1, lett. b la modifica dell'art. 16, comma 3. L'originario comma 3, invece, prevedeva: "L'Autorità nazionale anticorruzione esprime pareri, su richiesta delle amministrazioni e degli enti interessati, sulla interpretazione delle disposizioni del presente decreto e sulla loro applicazione alle diverse fattispecie di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi". In sede di conversione del D.L. si è ritenuto modificare l'art. 16 comma 3 del decreto, con una disposizione che incide sia sulla fase di input, in quanto restringe al solo ambito ministeriale il potere di rivolgersi all'Autorità per sollecitare pareri interpretativi su propri atti, sia nella fase di output, prevedendo che i pareri siano resi ai ministri che a loro volta potranno tenerne conto nella emanazione di direttive interpretative. In tal modo il legislatore ha voluto sollevare l'Autorità dal ruolo interpretativo che viene spostato all'organo politico previa consultazione dell'organo tecnico. La modifica si è resa necessaria atteso che dati i diversi aspetti problematici contenenti il decreto legislativo n. 39/2013, l'allora CIVIT si era trovata, in breve tempo dall'entrata in vigore del decreto sommersa dalla richiesta di pareri (circa 100) prevalentemente da parte degli enti locali, tanto da indurre la CIVIT con successivo comunicato, ad interrompere le decisioni sulle richieste di pareri pervenute ai sensi dell'art. 16 comma 3 nelle more dell'approvazione della legge di conversione del decreto n. 69/2013 (vedasi D.L. 21 giugno 2013, n. 69 "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia" convertito, in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 9 agosto 2013, n. 98, Schede di lettura, n. 36/4 Tomo II, 11 ottobre 2013, pagg. 419-421).



norma precisa, al comma 3, che le regioni, le province e i comuni provvedono entro tre mesi dal 4 maggio 2013, ossia dall'entrata in vigore del decreto, ad adeguare i propri ordinamenti determinando le procedure interne e gli organi che in via sostitutiva possono procedere al conferimento degli incarichi nel periodo di interdizione degli organi titolari. Decorso inutilmente tale periodo, comma 4, lo Stato esercita i suoi poteri sostitutivi, attraverso la procedura di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003 n. 131 (c.d. Legge La Loggia)¹². Tra le sanzioni è prevista la pubblicazione dell'atto di accertamento della violazione di cui al d. lgs. n. 39/2013 sul sito dell'amministrazione o ente che conferisce l'incarico (comma 4). L'art. 19 "Decadenza in caso di incompatibilità" è volto a dare una disciplina generale e comune alle conseguenze dell'accertamento di cause di incompatibilità. La norma prevede che l'accertamento di una situazione di incompatibilità debba essere contestata all'interessato che ha 15 giorni di tempo per scegliere tra il mantenimento dell'incarico (facendo cessare la situazione di incompatibilità) o mantenere la situazione, incompatibile, del doppio incarico. Decorso infruttuosamente 15 giorni (termine perentorio) dalla contestazione, senza che il soggetto abbia effettuato la propria scelta, è prevista la decadenza automatica dall'incarico, che a sua volta produce la risoluzione del contratto di lavoro (subordinato ovvero autonomo) che sia stato stipulato in connessione con l'incarico. Il Capo VIII del decreto, rubricato "*Norme finali e transitorie*" è costituito di quattro articoli, dall'art. 20 al 23. L'art. 20 "Dichiarazione sulla insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità" stabilisce l'obbligo, per il titolare dell'incarico, di produrre dichiarazioni che vengono obbligatoriamente pubblicate sul sito dell'amministrazione o dell'ente che conferisce l'incarico. Per il primo comma, all'atto del conferimento dell'incarico l'interessato presenta una dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità, di cui al presente decreto, pena l'inefficacia dell'incarico (comma 4). Le dichiarazioni che l'interessato deve produrre riguardano la non sussistenza sia di cause di inconferibilità che di incompatibilità. Questa seconda dichiarazione, a mente del secondo comma, deve essere prodotta ogni anno, perché le situazioni di incompatibilità possono insorgere, in capo allo stesso titolare o a un suo congiunto, anche nel corso dell'incarico. L'ultimo comma dell'art. 20 prevede, ferme restando ulteriori altre responsabilità¹³, nonché il rispetto del diritto di difesa, che l'interessato che abbia prodotto dichiarazioni mendaci, incorra nella sanzione di inconferibilità

¹² La procedura prevede l'intervento del Presidente del Consiglio, che in una prima fase sollecita l'ente ad adottare quanto di sua competenza assegnando al medesimo un congruo termine, ed in caso infruttuoso decorso tale termine il Consiglio dei Ministri può percorrere due strade: sentire l'organo interessato e poi adottare il provvedimento ovvero nominare un commissario ad acta e questo è il percorso il più delle volte intrapreso.

¹³ Trattasi di responsabilità in primo luogo di carattere penale, con riferimento all'art. 76 del D.P.R. n. 445/2000. Inoltre "le falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera", sono suscettibili di determinare la sanzione disciplinare del licenziamento ai sensi e per l'effetto dell'art. 55 *quater* comma 1 lett. d) del d. lgs. n. 165/2001.



dagli incarichi dirigenziali di cui al decreto *de quo* per un periodo di tempo di 5 anni. L'art. 21 "Applicazione dell'articolo 53 comma 16 *ter*, del decreto legislativo n. 165 del 2001, affronta la tematica afferente l'ambito soggettivo di applicazione delle ipotesi di incompatibilità successiva con incarichi conferiti da parte di enti di diritto privato regolati o finanziati. Tale disposizione è stata introdotta dalla legge n. 190/2012 come comma 16 *ter* dell'art. 53 del d. lgs. n. 165/2001 il quale stabilisce che "i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri". La disposizione è posta quale argine al problema del *pantouflage* o *revolving doors*, ma dal tenore testuale della stessa ne limita l'applicazione ai soli dipendenti con rapporto a tempo indeterminato, escludendo tutti quei soggetti esterni che esercitino i medesimi poteri in base ad un contratto di lavoro subordinato o autonomo a tempo determinato¹⁴. L'art. 21 interviene su questo aspetto della norma, estendendo l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 53 comma 16 *ter* del d. lgs. n. 165/2001 a tutti i soggetti titolari degli incarichi di cui al decreto, compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione stabilisce un rapporto di lavoro subordinato ovvero autonomo¹⁵. L'art. 22 "Prevalenza su diverse disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità" disciplina il rapporto tra le disposizioni del decreto con altre disposizioni di legge in eventuale contrasto con le prime, conferendo a queste una peculiare capacità di prevalere, essendo le stesse da intendersi quale attuazione degli articoli 54 (dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore) e 97 (principio di imparzialità) della Costituzione¹⁶. L'ancoraggio di suddetta normativa alle norme costituzionali, vale a fissare una disciplina uniforme delle inconferibilità ed incompatibilità direttamente applicabile senza il bisogno di essere recepita o adeguata, in tutte le amministrazioni ed enti e a tutti i livelli di governo, salvo il caso in cui una legge statale o regionale disciplini il regime delle incompatibilità ed inconferibilità in modo più rigoroso, o prevedendo ulteriori cause ovvero prevedendo una maggior durata delle sanzioni ad esse correlate. Il comma 3

¹⁴ Per gli incarichi dirigenziali con riferimento a quelli assegnati ex art. 110 del d. lgs. n. 267/2000 e art. 19, comma 6 del d. lgs. n. 165/2001.

¹⁵ E, a ben vedere, sono proprio questi tipo di soggetti, incaricati di funzioni dirigenziali a risultare maggiormente esposti a rischi di condizionamento e conflitti di interesse meritevoli di regolamentazione. Si veda, in proposito, B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giornale di diritto amministrativo, 2013, 2, pagg. 185 ss.; ID., *La regolazione dell'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti dopo la legge n. 190/2012: evoluzione del sistema e problemi di applicazione agli enti territoriali*, in *Ist. Fed.*, 2003, pagg. 409 ss.

¹⁶ A questi articoli espressamente citati dalla norma, appare utile aggiungere anche l'art. 98 della Cost. che recita "I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione".

stabilisce che le disposizioni di cui agli articoli 9 e 12 del presente decreto non si applicano agli incarichi presso le società che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e agli incarichi presso le loro controllate. L'art. 23 "Abrogazioni" dispone l'abrogazione del comma 9 dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 502/1992 contenente il regime delle inconferibilità ed incompatibilità con riferimento alla direzione delle ASL: tale regime è, ora, da ricondursi nelle disposizioni del decreto, in linea con la sua impostazione generale. Va infine evidenziato come il decreto commentato, non preveda una normativa di carattere transitorio. Con riferimento, pertanto, alle regole sulla non conferibilità degli incarichi, ciò ha comportato che esse sono applicabili agli incarichi da conferire successivamente all'entrata in vigore del decreto. Con riferimento, invece, alle regole sull'incompatibilità, esse sono immediatamente efficaci, anche riguardo agli incarichi già in essere al momento dell'entrata in vigore del decreto, con l'applicazione della normativa prevista in materia di accertamento, contestazione e decadenza nel caso di incompatibilità sopravvenuta¹⁷.

3. La Delibera n. 833 del 3 agosto 2016 c.d. Linee Guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi incompatibili ed inconferibili.

Esaminata la normativa del d. lgs. n. 39/2013, al fine di superare i numerosi dubbi interpretativi e le criticità applicative della stessa, emersi nello svolgimento dell'attività di vigilanza sull'osservanza delle misure anticorruzione posta in essere dall'ANAC e preso atto dei numerosi quesiti alla stessa pervenuti da parte dei soggetti destinatari della normativa, l'Autorità ha ritenuto di intervenire per chiarire gli aspetti critici della materia e fornire alle amministrazioni indicazioni pratiche sul ruolo e sulle funzioni del responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza (d'ora in poi anche solo RPCT) nel procedimento di accertamento delle inconferibilità ed incompatibilità e a chiarire i passaggi che connotano l'attività di verifica che il RPCT è chiamato a svolgere sulle dichiarazioni concernenti la sussistenza o insussistenza delle cause di inconferibilità o incompatibilità. L'Autorità, inoltre, nella elaborazione di suddette indicazioni, o meglio, Linee Guida, ha previsto

¹⁷ Come affermato da ANAC, vedasi delibera Civit n. 46/2013, il d. lgs. n. 39/2013 non pone alcun problema di retroattività e, conseguentemente, di violazione dell'invocato principio *tempus regit actum*. Le norme del decreto, in particolare gli articoli da 4 ad 8, non incidono sulla validità del preesistente atto di conferimento degli incarichi. Per quanto riguarda, invece, il regime delle incompatibilità, sempre la delibera n. 46/2013 prevede che: "Gli incarichi e le cariche presi in esame dalla nuova disciplina (*omissis*) comportano l'espletamento di funzioni e poteri che si protraggono nel tempo (*omissis*)". Trattandosi di un rapporto di durata il fatto che l'origine dell'incarico si situa in un momento anteriore non può giustificare il perdurare nel tempo di una situazione di contrasto con la norma, seppur sopravvenuta. Deve concludersi, pertanto, nel senso che la nuova disciplina è di immediata applicazione.



di fornire adeguate istruzioni concernenti l'attività di vigilanza e i poteri di accertamento dell'ANAC. Le Linee Guida si occupano anche dell'ipotesi in cui sussista un conflitto tra ANAC e RPCT e definiscono i termini di risoluzione del conflitto medesimo. Con deliberazione n. 833 del 3 agosto 2016, sono state adottate dall'Autorità le *"Linee Guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili ed incompatibili"*. Delineato il quadro normativo, l'Autorità approfondisce nelle Linee Guida, alcuni aspetti che la legge non tratta specificamente in modo chiaro dando luogo a dubbi applicativi. Essenzialmente la delibera si suddivide in tre parti che si vanno ad esaminare.

3.1. Ruolo e funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione nel procedimento di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità.

La prima parte attiene al ruolo e alle funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione nel procedimento di accertamento delle inconferibilità ed incompatibilità. La vigilanza è assegnata al RPCT e all'Autorità nazionale anticorruzione. E' corretto, pertanto, parlare di una duplice vigilanza: interna, in capo al RPCT ed esterna facente capo all'ANAC. L'art. 15 del d. lgs. n. 39/2013 individua nel RPCT colui al quale è assegnato il compito di contestare la situazione di incompatibilità ed inconferibilità, nonché di segnalare la violazione all'ANAC. Nel caso in cui, pertanto, il RPCT nell'esercizio delle sue funzioni venga a conoscenza di un conferimento di incarico in violazione di quanto disposto dal d. lgs. n. 39/2013 dovrà attivare un procedimento di accertamento e contestazione, con le garanzie costituzionali previste. Nel caso l'accertamento verti sulla inconferibilità dell'incarico, la contestazione della violazione sarà rivolta sia nei confronti dell'organo che ha conferito l'incarico che del soggetto a cui l'incarico è stato conferito. La contestazione è il primo atto dell'attività in capo al RPCT e include due distinte verifiche. La prima, di tipo oggettivo, afferente la violazione delle disposizioni sulle inconferibilità; la seconda, destinata, in caso di provata sussistenza della causa di inconferibilità, tesa a determinare l'elemento psicologico di colpevolezza in capo all'organo conferente l'incarico, per l'applicazione della eventuale sanzione interdittiva di cui all'art. 18 del decreto. Accertata la sussistenza della causa di inconferibilità dell'incarico, il RPCT dichiara la nullità della nomina per quindi procedere alla verifica dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa (anche lieve) da parte dei soggetti che componevano l'organo che ha proceduto all'affidamento dell'incarico (non si contano gli assenti e gli astenuti) ai fini dell'applicazione della sanzione di cui all'art. 18. Emerge, quindi, dal dettato normativo, tesi confermata sia dall'ANAC che dalla stessa giurisprudenza amministrativa, il ruolo centrale del RPCT, *dominus* del procedimento, nella fase



propulsiva, di accertamento della sussistenza della situazione di inconferibilità, della dichiarazione della nullità dell'incarico e della applicazione della sanzione nei confronti degli autori della nomina dichiarata nulla perché inconferibile¹⁸. Una delle

¹⁸ Si ritiene utile richiamare al riguardo la sentenza del TAR Lazio n. 6593/2016. Nel caso di specie, veniva nominato con Decreto del Presidente della Giunta Regionale (previa deliberazione della Giunta Regionale) il Commissario Straordinario dell'Azienda Sanitaria Provinciale (ASP) di Reggio Calabria. Con delibera del Consiglio ANAC, n. 66 del 2 settembre 2015, l'Autorità statuiva l'inconferibilità per tale incarico ai sensi dell'art. 17 del d. lgs. n. 39/2013 con i conseguenti obblighi ai sensi dell'art. 15 del medesimo decreto. Con la stessa delibera l'ANAC ha applicato anche, ai sensi dell'art. 18 comma 2 del decreto, la sanzione interdittiva all'Organo che ha proceduto alla nomina, ossia l'impossibilità, per tre mesi, di conferire incarichi di sua competenza. In adempimento a tale delibera, il RPCT ha provveduto a contestare al sig. S.G. l'inconferibilità per l'incarico di Commissario Straordinario dell'ASP di Reggio Calabria, ai sensi dell'art. 15 d. lgs. n. 39/2013 e di conseguenza la nullità del provvedimento di nomina DGR n. 83/2015 e successivo DPGR n. 35 del 27 marzo 2015. Successivamente, il RPCT ha chiesto all'ANAC chiarimenti in ordine all'applicazione della sanzione di cui all'art. 18 del d. lgs. n. 39/2013. Con delibera n. 68 del 23 settembre 2015, l'ANAC, integrando la propria precedente delibera n. 66, ha fornito una serie di chiarimenti ed indicazioni anche sulle modalità attraverso cui il RPCT deve procedere ai fini dell'applicabilità della sanzione ex art. 18 del d. lgs. n. 39/2013. Avverso gli atti in epigrafe, il Presidente della Regione Calabria ha richiesto il riesame della delibera n. 66/2015 (istanza respinta), e il signor S.G. ha proposto ricorso al TAR sollevando diversi motivi. Il TAR ha deciso, con sentenza n. 6593/2016, nel modo seguente: in ordine alla asserita illegittimità delle delibere emanate dall'ANAC, per carenza di poteri dispositivi, ordinatori e sanzionatori, si rileva come le delibere suddette sono state adottate ai sensi dell'art. 1 comma 3, della legge 6 novembre 2012, n. 190, secondo cui l'Autorità esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dal piano nazionale anticorruzione e dai piani di prevenzione della corruzione delle singole amministrazioni e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dalla normativa vigente, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza e dell'art. 16 del d. lgs. n. 39/2013, secondo cui l'Autorità nazionale anticorruzione vigila sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al citato decreto, in tema di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi. Dall'insieme delle predette disposizioni si ricava che in materia di prevenzione della corruzione, inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi, codici di comportamento dei pubblici dipendenti e trasparenza, l'Autorità svolge un'attività consultiva in ordine ai problemi interpretativi ed applicativi posti dalla legge n. 190/2012 e dai relativi decreti di attuazione. I pareri, pertanto, che sono espressi dall'Autorità, aventi ad oggetto l'interpretazione del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, rientrano nella funzione di vigilanza alla medesima attribuita dal d. lgs. n. 39/2013 senza che da essi scaturiscano effetti immediatamente e direttamente lesivi della sfera giuridica dei destinatari (in tal senso Cfr. ordinanza TAR Lazio - Roma, sez. III, 19 giugno 2015, n. 2607). Ne consegue, per i giudici del TAR, che la tesi del ricorrente, secondo cui l'Autorità non si sarebbe limitata a porre in essere un atto propedeutico e di impulso, ma avrebbe adottato una decisione di natura dispositiva nei confronti del responsabile della Prevenzione della Corruzione (RPCT) non può essere condivisa. L'art. 18 del d. lgs. n. 39/2013, infatti, attribuisce la competenza in ordine all'attività sanzionatoria, esclusivamente al RPCT dell'ente interessato, il quale, qualora ritenga configurabile una violazione del d. lgs. n. 39/2013, accerta ai sensi dell'art. 15, che la nomina sia inconferibile o incompatibile e, con specifico riferimento alle fattispecie di inconferibilità, dichiara la nullità e valuta se alla stessa debba conseguire l'applicazione delle misure inibitorie di cui all'art. 18. Il RPCT procede quindi a contestare la ritenuta causa di inconferibilità al soggetto interessato, al quale è stato conferito l'incarico e ai componenti dell'organo conferente l'incarico. Il TAR Lazio, poi, nell'affermare l'assoluta centralità del ruolo del RPCT nel procedimento *de quo*, contestualmente afferma come, bene ha fatto l'Autorità con precedente delibera n. 67/2015 in cui ha precisato che "malgrado il legislatore sembra aver costruito come automatica la sanzione inibitoria, essa non possa essere irrogata pena la sua incostituzionalità per contrasto ai principi di razionalità e pari trattamento, di cui all'art. 3 Cost., con altre sanzioni amministrative del diritto di difesa di cui all'art. 24 e di legalità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 e ai principi della convenzione



difficoltà applicative della norma in questione sorge dal fatto che il soggetto chiamato ad irrogare le sanzioni di cui all'art. 18, trattandosi di norma di un dirigente dell'Ente (negli enti locali tale figura è da individuare nel Segretario Comunale) non sempre goda di effettiva autonomia nei confronti dell'organo di indirizzo dell'ente stesso che ha provveduto a nominarlo¹⁹. Il procedimento avviato nei confronti del suddetto soggetto cui è conferito l'incarico dovrà svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio, affinché sia garantita la partecipazione dello stesso. L'atto di contestazione dovrà essere comunicato anche ai soggetti che hanno conferito l'incarico e conterrà una breve indicazione del fatto, della nomina ritenuta inconferibile e della norma che si assume violata. All'interessato deve essere garantita la libertà di poter svolgere le proprie difese e, pertanto, gli si dovrà assicurare un congruo termine (almeno 5 giorni) per presentare memorie a propria discolpa. L'art. 17 del decreto, come visto, prevede la nullità degli atti di conferimento degli incarichi in violazione del d. lgs. n. 39/2013. Realizzatasi, quindi, la nullità dell'incarico per l'effetto della condizione normativamente prevista, rimane da adottare l'atto dichiarativo della stessa e, nel silenzio della legge, può pacificamente affermarsi che esso spetti al RPCT²⁰. Questo significa che l'intervento ripristinatorio degli interessi pubblici violati ha natura vincolata in quanto connesso al mero riscontro della inconferibilità dell'incarico e alla urgenza del pregiudizio arrecato ai superiori interessi pubblici. Una volta dichiarata la nullità dell'incarico inconferibile, il RPCT procede alla seconda fase (*rectius* il secondo procedimento) di accertamento dell'elemento soggettivo della colpevolezza in capo all'organo conferente l'incarico, che deve seguire, in quanto applicabili, le garanzie costituzionali di cui all'art. 111, tra le quali il diritto al contraddittorio, interessando tutti i componenti dell'organo conferente l'incarico presenti al momento della

EDU ed in particolare all'art. 6 come più volte interpretato dalla Corte di Strasburgo, senza che sia apprezzato anche il profilo psicologico di c.d. colpevolezza da parte dell'autore. Tale profilo psicologico potrà essere costituito dal dolo o anche dalla colpa, ai sensi dell'art. 3 della L. n. 689/1981". Ne consegue che l'organo incaricato di adottare il provvedimento sanzionatorio, all'esito del relativo procedimento, è il RPCT, che ha il compito, ove ne ravvisi i presupposti, di dichiarare la nullità del conferimento e la sussistenza della responsabilità dell'organo che ha conferito l'incarico, al quale deve essere applicata la diversa sanzione interdittiva.

¹⁹ Nella delibera n. 67/2015 ANAC, "Criteri e modalità di applicazione della sanzione di cui al comma 2 dell'art. 18 del d. lgs. n. 39 del 2013, a seguito di nomina di commissario straordinario dell'IPAB", all'Autorità non sfugge questo particolare e nel sollecitare il Parlamento ad un intervento urgente ed improcrastinabile di modifica legislativa volta a rendere efficiente ed efficace un sistema, quale quello destinato ad attuare concretamente i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della PA, si riserva, nell'espletamento del suo potere di vigilanza, di garantire al RPCT la massima autonomia ed indipendenza, affinché lo stesso non sia sottoposto ad atti diretti e/o indiretti di influenza e/o ritorsivi.

²⁰ La giurisprudenza amministrativa è concorde nell'affermare:

- che la contestazione della violazione delle norme in materia di inconferibilità è atto proprio del RPCT (vedasi TAR Lazio sezione III, sentenza n. 6593/2016, nota 18 alla quale si rimanda);
- che per l'effetto della nullità dell'incarico realizzatasi al verificarsi della condizione normativamente prevista, l'atto da adottare è dichiarativo della stessa (Consiglio di Stato sez. V, sentenza 14.01.2019 n. 299);



votazione (i dissenzienti, gli astenuti e gli assenti sono esenti da responsabilità ai sensi dell'art. 18 comma 1 del decreto). Mentre la vigente disciplina sulle inconferibilità sembra non richiedere la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o dalla colpa (basti vedere che l'art. 18 del decreto si limita a prevedere la sanzione inibitoria quasi come conseguenza automatica della dichiarazione della nullità dell'incarico), l'ANAC, con delibera n. 67/2015, fa precedere la sanzione anzidetta da una verifica scrupolosa dell'elemento psicologico²¹. La sanzione inibitoria che vieta all'organo conferente di affidare incarichi di propria competenza, per un periodo pari a tre mesi, è una sanzione personale di natura interdittiva, fissa e non graduabile, che non può essere irrogata a prescindere da una indagine sull'elemento psicologico del soggetto conferente l'incarico al quale deve essere comminata. Nel caso, invece, della sussistenza di una delle cause di incompatibilità, l'art. 19 prevede la decadenza dall'incarico, con risoluzione del relativo contratto di lavoro (di natura subordinata ovvero autonoma), una volta decorso il termine perentorio di 15 giorni dalla contestazione all'interessato, da parte del RPCT, dell'insorgere della causa di incompatibilità. Da ciò discende, in capo al RPCT, l'obbligo di avviare il solo procedimento di accertamento di eventuali situazioni di incompatibilità. Accertate le quali il RPCT contesta all'interessato l'incompatibilità, assegnandogli 15 giorni, per l'eliminazione della stessa, trascorsi i quali, senza che l'interessato abbia posto in essere una esplicita scelta, è adottato un apposito atto volto a dichiarare la decadenza dall'incarico. In questo caso, a differenza del precedente, l'accertamento è di tipo unicamente oggettivo, atteso che è sufficiente accertare da parte del RPCT la sussistenza di una delle cause di incompatibilità.

3.2 Attività di verifica del RPCT sulle dichiarazioni concernenti la insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità.

La seconda parte delle Linee Guida riguarda l'attività di verifica del RPCT sulle dichiarazioni concernenti la insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità. Si tratta dell'attività conseguente all'obbligo in capo a colui al quale è stato conferito l'incarico di rilasciare, all'atto della nomina, una apposita dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità o incompatibilità di cui al decreto. L'amministrazione conferente l'incarico è tenuta ad usare grande cautela e diligenza nella valutazione della dichiarazione suddetta. Tale dichiarazione rileva, nell'ambito delle attività di accertamento assegnata al RPCT, ai fini del procedimento sanzionatorio nei confronti dei componenti dell'organo

²¹ Una sanzione comminata per il solo fatto del verificarsi del disposto normativo, che non tenga conto dell'elemento psicologico, sarebbe incostituzionale per contrasto con i principi di parità di trattamento e razionalità con altre sanzioni amministrative, nonché per violazione dei principi generali in materia di sanzioni amministrative, ex art. 12 legge n. 689/81 del diritto di difesa, del principio di legalità dell'azione amministrativa di cui agli artt. 24 e 97 Cost. e con l'art. 6 della Convenzione EDU.



conferente l'incarico, che hanno il dovere di accertare la sussistenza dei requisiti necessari alla nomina, ossia l'assenza di cause di inconferibilità e di incompatibilità in capo al soggetto che si intende nominare. Con riferimento, pertanto, all'accertamento dell'elemento psicologico, il RPCT dovrà accertare se l'organo che ha conferito l'incarico ha verificato, con la massima cautela, la dichiarazione prodotta dall'interessato, avvalendosi dell'attività posta in essere dagli uffici o con una richiesta di chiarimenti all'interessato²². Nel caso di dichiarazioni mendaci da parte dell'interessato, si avrà una responsabilità di natura penale in capo al suo autore, essendo questa dichiarazione resa ai sensi dell'art. 76 del D.P.R. n. 445/2000 e configurante falsità in atto pubblico²³; secondariamente ne deriva, ai sensi dell'art. 20 comma 5 del d. lgs. n. 39/2013 "la inconferibilità di qualsivoglia incarico di cui al presente decreto per un periodo di cinque anni". Le Linee Guida, in particolare, soffermano l'attenzione su un passaggio che la legge non affronta, ossia quello attinente la condotta da richiedere all'autore della dichiarazione e l'ambito oggettivo della verifica richiesta all'organo conferente l'incarico. L'ANAC, quindi, ritiene utile di "indicare alle amministrazioni di accettare dai soggetti interessati solo dichiarazioni alle quali venga allegata l'elencazione di tutti gli incarichi ricoperti dal soggetto che si vuole nominare, nonché delle eventuali condanne da questo subite per i reati commessi contro la pubblica amministrazione". Una procedura del genere consente agevolmente, da parte dell'amministrazione conferente l'incarico, di eseguire le necessarie verifiche, partendo proprio dalla elencazione degli incarichi ricoperti. Ne discende, in egual misura, che anche il compito del RPCT sarà agevolato, potendo concludere per la responsabilità dell'organo conferente l'incarico ogni volta che lo stesso sia stato conferito, nonostante dall'elencazione allegata emergessero elementi che, se accertati, avrebbero evidenziato la sussistenza di una causa di inconferibilità o incompatibilità. Si evidenzia, inoltre, che il disposto normativo prevede, da parte del RPCT, l'accertamento dell'elemento psicologico dell'organo conferente l'incarico, non dell'interessato, il quale pur potrebbe, in buona fede, nell'elencazione prodotta inserire incarichi che rendono inconferibile il nuovo incarico. Ciò anche se esclude in modo evidente la malafede dell'autore della dichiarazione, non lo esime dalla sanzione dell'inconferibilità di qualsivoglia incarico, tra quelli previsti dal decreto, per il periodo di cinque anni. ANAC consiglia alle amministrazioni conferenti gli incarichi, fermo restando che le dichiarazioni sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità costituisce condizione di efficacia dell'incarico, di perfezionare il procedimento di conferimento dello stesso, solo all'esito della verifica, da parte dell'organo di indirizzo e della struttura di supporto,

²² Si rimanda alla delibera ANAC n. 67 del 23 settembre 2015, in ordine alle attività di verifica in capo all'organo conferente l'incarico.

²³ Vedasi, *ex multis*, Cass. Pen. Sez. V, 21 giugno 2011, n. 24866.



della dichiarazione resa dall'interessato, da effettuarsi sulla base degli incarichi risultanti dal CV allegato e anche dei fatti notori comunque acquisiti o acquisibili.

3.3 Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili e incompatibili.

L'art. 16 del d.lgs. 39/2013 prevede in capo all'Autorità poteri di Vigilanza che possono esplicarsi tramite l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi. Ruolo e poteri dell'ANAC non sono, però, delineati in modo esaustivo dalla normativa²⁴. L'attività di vigilanza, in capo all'ANAC si manifesta in due distinte fattispecie. La prima fattispecie, meglio definita al comma 2, prevede il potere di sospensione della procedura di conferimento dell'incarico, con proprio provvedimento, con osservazioni e rilievi ed eventuale segnalazione alla Corte dei Conti ai fini dell'accertamento di eventuale danno erariale. Trattasi di una misura di tipo cautelare e collaborativo, tesa a richiamare l'amministrazione conferente l'incarico al rispetto della disciplina in materia di inconferibilità. Questa, attesa la natura del provvedimento, può comunque procedere al conferimento dell'incarico, purché dia conto nella motivazione dell'atto delle osservazioni dell'Autorità. La seconda fattispecie, disciplinata al primo comma dell'art. 16, attiene al potere dell'Autorità di procedere (su segnalazione di terzi, del RPCT o d'ufficio) all'accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi. L'accertamento, pertanto attiene casi di incarichi già conferiti e non conferimenti in via di definizione. L'accertamento è svolto dall'ANAC nel rispetto del principio del contraddittorio, interloquendo con il RPCT dell'amministrazione interessata, avvalendosi del materiale chiesto e messo a disposizione e prevedendo la possibilità di ascoltare tutti i soggetti interessati (RPCT, soggetto conferente l'incarico e soggetto interessato). Le Linee Guida ritengono che l'attribuzione all'Autorità, ex art. 16 comma 1, di poteri di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi, conferisca ad ANAC un potere destinato a superare eventuali e diverse

²⁴ Per queste ragioni l'ANAC ha rappresentato tali criticità al Governo e al Parlamento con atti di segnalazione n. 4 del 10 giugno 2015 e n. 5 del 9 settembre 2015. La prima criticità segnalata dall'Autorità è nella mancata precisione nella individuazione dei soggetti che hanno il potere di accertare le situazioni di inconferibilità ed incompatibilità. Ulteriori criticità sono da ravvisarsi nell'assenza di specifiche disposizioni che impongano alle amministrazioni competenti di effettuare controlli in ordine alla insussistenza di cause di inconferibilità prima del conferimento dell'incarico e nell'assenza di una disciplina del procedimento di accertamento delle inconferibilità. Altre sono da ravvisarsi in merito alla necessità o meno di una dichiarazione di nullità (anche se dal disposto normativo di cui all'art. 17 sembrerebbe che il legislatore opti per una nullità *ex lege*, direttamente disposta dalla legge, senza bisogno di un distinto atto di dichiarazione di nullità) e sulla incertezza del soggetto cui è attribuita la competenza alla eventuale dichiarazione di nullità (se atto proprio del RPCT ovvero dell'organo che ha conferito l'incarico o, addirittura l'ANAC, in special modo nei casi in cui sia stato il RPCT a segnalare il caso all'Autorità). Altri problemi sollevati da ANAC in questi atti di segnalazione attengono anche l'incertezza del termine entro il quale la dichiarazione deve essere effettuata, l'automaticità della sanzione della sospensione, l'organo competente a conferire gli incarichi nel periodo della sospensione e le conseguenze in caso di violazione della stessa.



valutazioni dell'amministrazione conferente e del RPCT, salva la possibilità di ricorso giurisdizionale contro il provvedimento dell'Autorità²⁵. Residuerrebbero, in questo caso, al RPCT le seguenti funzioni non attribuibili ad ANAC: 1) prendere atto dell'accertamento compiuto da ANAC e della conseguente nullità automatica dell'atto di conferimento, ovvero nel caso di incompatibilità diffidare l'interessato a pronunciarsi, tra gli incarichi dichiarati incompatibili, a quale rinunciare; 2) avviare il procedimento sanzionatorio, ai fini dell'accertamento delle responsabilità soggettive e della applicazione della misura interdittiva prevista dall'art. 18 (limitatamente alle sole inconferibilità).

3.4 Il mancato adeguamento da parte del RPCT all'accertamento dell'ANAC e il potere di ordine dell'Autorità.

Le Linee Guida affrontano, per ultimo, i rapporti, in materia di disposizioni di inconferibilità ed incompatibilità, tra il RPCT e l'ANAC, nei casi di mancato adeguamento da parte del RPCT, all'accertamento compiuto dall'ANAC ai sensi dell'art. 16 comma 1²⁶, o per inerzia da parte del RPCT ovvero per l'adozione di un provvedimento che si discosti dagli esiti dell'accertamento posto in essere dall'Autorità senza adeguata motivazione. L'art. 16, come già evidenziato, non prevede questa possibilità e, nel silenzio della legge, ANAC ritiene applicabile il potere di ordine. In base all'art. 1 comma 3 della legge n. 190/2012 ("ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di cui ai commi 4 e 5 del presente articolo")²⁷. Tale potere, sostiene ANAC, non ha né carattere sanzionatorio, né carattere sostitutivo, ma è definibile come un potere conformativo e dissuasivo a scopo collaborativo. Trova il suo fondamento (art. 1 comma 2, lett. f) nella funzione di vigilanza e controllo riconosciuta all'Autorità "sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni" in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza. La corretta applicazione della disciplina in materia di inconferibilità e incompatibilità è da ricondurre a tali misure. Gli incarichi inconferibili, di fatto nulli, non possono e non devono continuare a produrre effetti. Ne consegue che, laddove l'Autorità nello svolgimento delle sue funzioni e prerogative riscontri e accerti situazioni di inconferibilità ed incompatibilità, l'amministrazione interessata e il RPCT debbano adottare gli atti

²⁵ Per una disamina approfondita si rimanda al paragrafo 4 del presente lavoro e alle note esplicative 32 e 33.

²⁶ Si rimanda al paragrafo successivo per affrontare la questione da un punto di vista giurisprudenziale.

²⁷ Il potere d'ordine in capo all'ANAC, che esprime la funzione di vigilanza della stessa Autorità è da configurarsi quale potere atipico in quanto la legge non disciplina puntualmente né i casi in cui esso può essere adottato, né il procedimento dello stesso e neppure le conseguenze giuridiche dello stesso. Non possiede contenuto sanzionatorio, ma è volto ad assicurare il rispetto della legge. Pur non essendo provvedimento a contenuto sanzionatorio, può legarsi con quest'ultimo, divenendo il presupposto per il suo esercizio, secondo lo schema dapprima l'ordine all'adozione di un determinato provvedimento e, in caso di inadempimento, l'irrogazione della sanzione a seguito di apposita procedura (Cfr. Delibera ANAC n. 146 del 18 novembre 2014).

conseguenziali a suddetto accertamento. Nel caso tali soggetti non adempiano, l'ANAC, a cui non sono attribuiti poteri di tipo sostitutivo (per intenderci non può procedere alla nomina di *commissari ad acta*), può ordinare all'amministrazione e al RPCT di adottare tali atti, nel senso di confermare quanto emerso in fase di accertamento e darvi seguito ovvero di rimuovere l'atto che si discosti da tale accertamento. Al potere d'ordine, che ANAC riconosce a se stessa, non corrisponde un potere sanzionatorio, pertanto nei casi di non ottemperanza, non resta all'Autorità, che coinvolgere, con opportune segnalazioni, le autorità competenti (Corte dei Conti, Autorità garante concorrenza e mercato, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Antitrust, Autorità giudiziaria) per l'accertamento delle responsabilità in capo al RPCT inerte, cui consegue l'obbligo di pubblicazione di tali segnalazioni sul proprio sito. Come si vedrà, sul potere d'ordine di ANAC la giurisprudenza amministrativa giunge a conclusioni diametralmente opposte.

4. Giurisprudenza.

Sull'applicazione dell'art. 16 del d. lgs. n. 39/2013 e sui rapporti intercorrenti tra l'ANAC e il RPCT si sono espressi TAR Lazio e Consiglio di Stato.

4.1 TAR Lazio- Roma sez I sentenza 14 novembre 2016, n. 11270.

Con sentenza n. 11270 del 14 novembre 2016 il TAR Lazio Sez. Prima, si è occupato dei i poteri conferiti all'ANAC in rapporto al principio di legalità. Con ricorso presentato il 2015, contro ANAC e Regione Campania, il Consorzio per l'area di sviluppo industriale della provincia di Napoli impugnava la delibera dell'Autorità nazionale anticorruzione con la quale veniva accertata l'inconferibilità, ex art. 16 del d. lgs. n. 39/2013, dell'incarico di Presidente del Consorzio all'Avv. Gi.Ro., che alla data del conferimento ricopriva la carica di Sindaco del Comune di Bruscianno. ANAC, a seguito dell'accertamento, ordinava al RPCT del Consorzio di avviare il procedimento di contestazione della causa di inconferibilità, di dichiarare la nullità della nomina e di irrogare la sanzione di cui all'art. 18 del d. lgs. n. 39/2013. La parte ricorrente proponeva ricorso avverso tale delibera in ordine a due motivi: 1) Nullità per difetto assoluto di attribuzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 commi 49 e 50 L. n. 190/2012; in subordine per illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. Per il ricorrente l'ANAC impartisce ordini al RPCT, imponendo gli adempimenti da svolgere e determinando l'esito del procedimento, in assenza di norme di rango legislativo che la autorizzino in tal senso. L'art. 16 del d. lgs. n. 39/2013, si sostiene, non contempla alcun potere di ordine ma solo di ispezione e vigilanza. Il secondo comma dell'articolo, poi, attribuisce all'Autorità un potere di sospensione d'ufficio del procedimento di nomina, non applicabile al caso in esame,



ove non viene in considerazione una procedura *in fieri*; 2) Violazione e falsa applicazione degli articoli 1 e 7 del d. lgs. n. 39/2013. Difetto di adeguata motivazione. Le conclusioni dell'Autorità, circa l'applicabilità all'avv. Gi.Ro., dell'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 7 comma 2 del d. lgs. n. 39/2013, in relazione alla nomina di Presidente del Consorzio, sono immotivate e non tengono conto delle seguenti circostanze: quello dell'avv. Gi.Ro non è un incarico, ma un mandato elettivo. Inoltre lo stesso svolge in costanza di nomina, tale mandato (mentre la norma si riferisce ad incarichi espletati nell'anno precedente). Inoltre, quale Presidente del Consorzio non è titolare di funzioni gestionali, essendo privo di poteri statutari di siffatta natura. Infine, con successivi motivi aggiunti, il ricorrente impugna la delibera ANAC n. 459 del 20 aprile 2016, con cui ANAC prendendo atto che il RPCT del Consorzio ha archiviato il procedimento, ordina al Commissario *ad acta*, nel frattempo nominato dalla Giunta regionale, di procedere alla conclusione del procedimento *de quo* e, pertanto, di annullare il surriferito provvedimento di archiviazione e di avviare, entro il termine di 30 giorni, il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18 del d. lgs. n. 39/2013. Siffatto provvedimento è viziato, oltre che per invalidità derivata, in relazione ai vizi della delibera n. 141/2015, già dal ricorrente denunciati con il ricorso introduttivo, anche per i seguenti, ulteriori, motivi: 1) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 15 e 16 del d. lgs. n. 39/2013. Eccesso di potere per erroneità e carenza di presupposti. Travisamento dei fatti. Violazione del principio di buon andamento. Incompetenza. Sviamento. L'Autorità ritiene che i poteri ispettivi e di vigilanza conferiti, legittimerebbero il potere di ordine e di nullità *ex lege* dell'incarico, qualora i procedimenti avviati dal RPCT si concludano con l'archiviazione, e l'unico organo, viceversa, titolare del potere di contestazione dell'inconferibilità/incompatibilità dell'incarico è il RPCT dell'Ente, non essendo possibile configurare l'esistenza di un potere sostitutivo dell'ANAC sul punto; 2) eccesso di potere per carenza e/o travisamento dei presupposti. Violazione del principio del giusto procedimento e di leale collaborazione. Violazione dell'art. 120 della Costituzione. Sviamento. L'Autorità si avvale di un procedimento (la nomina del Commissario *ad acta* da parte della Regione), stante l'inerzia dell'organo competente; 3) eccesso di potere per omessa o per carente motivazione, travisamento dei fatti, erroneità e manifesta illogicità. Violazione del principio di leale collaborazione. Violazione dell'art. 3 L.R. n. 29/2013. Violazione dell'art. 7 comma 2, d. lgs. n. 39/2013 e dell'art. 4 preleggi cod. civ. Per superare la posizione assunta dal RPCT del Consorzio, l'Autorità avrebbe dovuto procedere all'impugnazione del provvedimento o quantomeno alla motivazione della sua decisione, invece ha omesso di svolgere valutazioni di merito sul suo contenuto. Con ulteriori motivi aggiunti il ricorrente impugna, altresì, il decreto commissariale n. 1/2016 del commissario *ad acta*, di annullamento del provvedimento di archiviazione, per incompetenza, in quanto l'art. 18 del d.lgs. n. 39/2013 e la L.R. Campania n. 19/2013



attribuiscono all'ente vigilante, e quindi alla Regione Campania, il potere di condurre il procedimento sanzionatorio. Il RPCT, costituitosi in giudizio, a sua volta impugna il decreto commissariale n. 1/2016, sostenendo l'assenza del potere in capo all'ANAC di accertare e dichiarare l'inconferibilità dell'incarico, utilizzando il potere di ordine di cui all'art. 1 comma 3 L. n. 190/2012, nonché di un potere sostitutivo nelle funzioni del RPCT competente. Il RPCT sostiene che il Commissario *ad acta* non aveva il potere di concludere un procedimento già concluso dal RPCT e che l'ANAC illegittimamente ha beneficiato di tale nomina commissariale impartendo un ordine di annullamento del provvedimento di archiviazione già adottato, viziato per carenza di potere ed esorbitante l'ambito di operatività dell'incarico conferito al Commissario *ad acta*. L'ANAC si costituisce in giudizio, tramite l'Avvocatura dello Stato, contestando nel merito le deduzioni delle parti ricorrenti. Sulla natura ed i presupposti normativi dei poteri dell'Autorità e del provvedimento d'ordine, l'ANAC richiama il combinato disposto dell'art. 1 comma 3 L. n. 190/2012 e dell'art. 16 del d. lgs. n. 39/2013 e afferma che tale potere è stato ampiamente motivato e regolato dall'Autorità stessa con le delibere n. 146/2014 e 833/2016, recante "Linee guida in materia di attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili ed incompatibili". In ordine alla corretta interpretazione dell'art. 7 comma 2, i.e. sulla possibilità che l'incarico politico nell'ente che conferisce l'incarico non sia cessato, l'Autorità sostiene che la finalità perseguita dalla norma richiede una interpretazione che non sia limitata al mero dato letterale, ma colga lo spirito della legge. Sull'esercizio delle funzioni gestionali da parte del Presidente del Consorzio, visto lo Statuto vigente, l'incarico conferito può ritenersi fornito di deleghe gestionali e pertanto è riconducibile all'ambito dell'art. 1 comma 2 lett. l) del d. lgs. n. 39/2013. Quanto alla contestazione che tale carico non è sussumibile nella categoria degli incarichi, essendo un mandato elettivo, l'ANAC rappresenta come l'elezione da parte dell'assemblea dei soci è solo una delle modalità di conferimento dell'incarico. Infine, quanto al provvedimento di nomina del Commissario della Giunta Regionale, l'Autorità sostiene la legittimità dello stesso, atteso la mancata conclusione del procedimento da parte del RPCT del Consorzio e l'esercizio nell'uso del potere. Per di più, quand'anche si concludesse che il provvedimento del RPCT sia intervenuto tempestivamente, l'intervento della Regione è legittimo, in qualità di soggetto che esercita la vigilanza sul Consorzio, atteso che l'accertamento della inconferibilità è un atto vincolato. Il TAR in merito alla possibile carenza di potere dell'ANAC di adottare le delibere impugnate, tesi sostenuta dai ricorrenti, in quanto nessuna disposizione né nella legge delega n. 190/2012, né nel decreto legislativo n. 39/2013, attribuisce all'ANAC il potere suddetto consistente nell'ordinare ai soggetti vigilati dall'Autorità l'adozione di determinati atti in relazione al conferimento di incarichi e soprattutto di predeterminarne il contenuto, ritiene che le contestazioni meritino accoglimento. Il principio di legalità, riconosciuto dalla Costituzione agli



articoli 1, 23, 97 e 113, prevede che sia la legge a determinare lo scopo pubblico da perseguire nonché i presupposti essenziali per l'esercizio dell'attività amministrativa. Da ciò ne consegue che l'apparato di poteri in capo all'Autorità, nell'ambito dei procedimenti di conferimento di incarichi, va ricercato nel dato normativo primario e non in strumenti di c.d. soft law (vedasi Linee Guida). L'articolo 16 comma 1 del d. lgs. n. 39/2013 attribuisce ad ANAC un potere di vigilanza sul rispetto delle disposizioni del decreto, precisando che esso si sostanzia "anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi". Prevede, inoltre, al comma 2, la possibilità di "sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento dell'incarico, nonché segnalare il caso alla Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative". Nel caso l'amministrazione conferente l'incarico, nonostante tutto, volesse procedere al conferimento dello stesso, nell'atto di conferimento dovrà dare compiuta motivazione dell'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità. La norma delinea, in tal modo, il ruolo ed i compiti dell'ANAC in materia di inconferibilità di incarichi, prevedendo in capo all'Autorità poteri di vigilanza, indirizzo e dissuasione nei confronti dell'ente vigilato, che possono condurre fino alla sospensione di un procedimento di conferimento non ancora concluso, ma che non possono portare alla sostituzione delle proprie determinazioni a quelle che solo l'ente vigilato è legittimato ad assumere. L'art. 16, continua la sentenza del TAR, descrive in sé un sistema di vigilanza dell'Autorità sui conferimenti degli incarichi di portata autoconsistente. La normativa intende regolare i rapporti tra Autorità vigilante ed ente vigilato, in termini di vigilanza ed indirizzo da parte del primo e di effettivo esercizio del potere decisionale da parte di quest'ultimo. Una concezione diversa che riconoscesse all'Autorità nella veste di "estremo garante" in materia di prevenzione della corruzione, un potere d'ordine tale da predeterminare il contenuto del provvedimento di competenza del RPCT dell'ente vigilato non sarebbe accettabile in virtù del principio costituzionale di legalità. Questo orientamento, afferma il TAR, è confermato da altre decisioni giurisprudenziali, ove si afferma che solo al RPCT dell'ente spetta il compito, ove ne ravvisi i presupposti, di dichiarare la nullità di conferimento dell'incarico e la sussistenza della responsabilità dell'organo che lo ha conferito²⁸. In definitiva il potere di dichiarare la nullità dell'incarico compete solo ed esclusivamente al RPCT dell'ente e non anche all'ANAC. L'accertamento dell'inconferibilità, per sua natura, presuppone l'esercizio da parte del RPCT, di una

²⁸ Cfr. TAR Lazio, Sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593. La pronuncia chiarisce anche che il potere dell'Autorità non può sconfinare oltre le attribuzioni conferite dalla norma e può, al più, esprimere "il proprio qualificato orientamento al naturale destinatario, invitandolo ad adottare, nel rispetto della propria autonomia organizzativa, le determinazioni a cui era tenuto nel rispetto delle disposizioni di legge in tema di inconferibilità o incompatibilità".



puntuale attività istruttoria, riguardante la natura dell'incarico conferito, il contenuto del potere spettante al soggetto nominato, al fine di determinare la riconducibilità o meno al novero degli incarichi non conferibili in base alla legge e il procedimento sanzionatorio in capo all'organo conferente l'incarico. All'interno dell'esercizio di tale potere si inserisce il procedimento di dialogo tra l'Autorità e l'ente vigilato in relazione ai provvedimenti da adottarsi, che può spingersi fino a suggerire al RPCT una correzione al suo operato, ma non ad obbligarlo ad adeguarsi alle considerazioni svolte dall'Autorità. Questo non comporta un vuoto di tutela né una sterilizzazione delle norme in materia di prevenzione della corruzione, in quanto l'atto adottato dal responsabile non si sottrae al possibile sindacato giurisdizionale. Conclusivamente, afferma il TAR, "la delibera n. 141/2015 con cui l'ANAC ha ordinato al RPCT del Consorzio di avviare il procedimento di dichiarazione della nullità del conferimento dell'incarico del Presidente avv. Gi.Ro. è stata adottata al di fuori dell'esercizio dei poteri di vigilanza spettanti all'Autorità ed è quindi illegittima"²⁹.

4.2 Consiglio di Stato sez. V, sentenza 11 gennaio 2018 n. 126.

Avverso la decisione del TAR, l'ANAC ha proposto ricorso al Consiglio di Stato, il quale è intervenuto con la sentenza in epigrafe. Il Consiglio di Stato affronta nuovamente le tematiche decise dal giudice di primo grado e nell'ordine, per quanto di interesse, accertato preliminarmente che il Consorzio per l'area di sviluppo industriale della provincia di Napoli è tenuto al rispetto della normativa del d. lgs. n. 39/2013 (in questa sede non ci si è occupati di tale questione), affronta la questione pregiudiziale del potere di ANAC di adottare le delibere impugnate. La sentenza del TAR nega questo potere. Da questo assunto, il TAR ne fa conseguire l'illegittimità delle delibere n. 141/2015, n. 459/2016 e del decreto commissariale n. 1/2016. L'ANAC sostiene, viceversa, che la sentenza appellata non dia corretta lettura dell'art. 1 comma 3 legge n. 190/2012 e art. 16 d. lgs. 39/2013. Tali norme conferiscono all'Autorità un potere di vigilanza ed intervento sul RPCT, per verificare la correttezza del suo operato nella contestazione dei casi di inconferibilità e incompatibilità, declaratoria di nullità degli incarichi ed eventuale irrogazione delle sanzioni, allo scopo di dare corretta attuazione alla normativa, senza che se ne violi la *ratio* o siano elusi i divieti. L'Autorità intende quindi le disposizioni in materia di inconferibilità nel senso che il potere di attuazione della disciplina è attribuito al RPCT e solo successivamente all'ANAC da intendersi quale "estremo garante" del rispetto della normativa in materia di prevenzione della corruzione nei casi di

²⁹ Cfr. R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, Palermo, 30 giugno 2017 – Incontro di studio sul correttivo al codice dei contratti pubblici, in www.giustizia-amministrativa.it.



mancata attivazione del RPCT. Seguendo tale assunto, l'Autorità conclude per la legittimità delle delibere impugnate e del decreto commissariale n. 1/2016. Il Consiglio di Stato è chiamato a decidere in merito. Preliminarmente distingue i diversi atti impugnati per verificare se sussista la norma primaria attributiva ad ANAC dello specifico potere esercitato con ogni singolo atto. Esamina, quindi, la delibera n. 141/2015 con cui l'ANAC accerta l'inconferibilità dell'incarico di presidente del Consorzio attribuito all'avv. Gi.Ro. ed invita il RPCT ad attivare il procedimento di contestazione ex art. 18 d. lgs. n. 39/2013. Per il Consiglio di Stato, contrariamente a quanto assunto dal TAR, la delibera è legittima perché adottata nell'esercizio di un potere (il potere di accertamento delle singole fattispecie di conferimento degli incarichi) attribuito all'Autorità dalla legge e precisamente dall'art. 16 comma 1 del D. Lgs. n. 33/2013. A prescindere dal *nomen iuris*, il potere di accertamento attribuito all'ANAC non si conclude in una opinione, ma è produttivo di effetti rivestendo natura provvedimentale³⁰. Quanto alla seconda delibera (delibera n. 459/2016), che annulla l'atto di archiviazione adottato dal RPCT del Consorzio a conclusione del procedimento di contestazione delle cause di inconferibilità dell'incarico all'avv. Gi.Ro. e ordina di avviare il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18 comma 2 del d. lgs. n. 39/2013, nel termine di trenta giorni, ritiene il Collegio che essa sia illegittima. L'Autorità ha, infatti, esercitato un potere non interdittivo come il precedente, ma di ingerenza para-gerarchica nell'amministrazione attiva che non le è conferito, neppure implicitamente, da una norma primaria. L'art. 15 del decreto attribuisce al RPCT il potere di contestazione della situazione di inconferibilità o incompatibilità degli incarichi, non prevedendo la norma poteri di ordine dell'ANAC. Nella vicenda che ci occupa, il RPCT ha avviato correttamente il procedimento per la contestazione dell'inconferibilità dell'incarico e lo ha concluso con un atto di archiviazione, non ravvisando, contrariamente a quanto affermato da ANAC, la violazione delle disposizioni in materia. ANAC annulla l'atto di archiviazione e ordina al RPCT di avviare il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18 comma 2 del decreto, in base all'art. 1 comma 3 della legge n. 190/2012³¹. Affermano i giudici del Consiglio di Stato, al pari dei colleghi del TAR, che il potere

³⁰ Anche ANAC si esprime in tal senso: "Più precisamente, il potere di accertamento attribuito all'ANAC dall'art. 16 comma 1, d. lgs. n. 39/2013 si sostanzia in un provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici e come tale impugnabile davanti al giudice amministrativo, potere in cui è compreso il potere di dichiarare la eventuale nullità dell'incarico" (ANAC, Delibera n. 207 del 13 marzo 2019, pag. 8).

³¹ Per il quale articolo: "Per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 2, lettera f), (ossia "la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dei commi 4 e 5 del presente articolo e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti") l'Autorità nazionale anticorruzione esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di cui ai commi 4 e 5 e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dalle disposizioni vigenti, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati.



d'ordine esercitato dall'Autorità nei confronti del RPCT non trova fondamento nell'art. 1 comma 3 legge n. 190/2012, che il legislatore riferisce ad altra materia. Il potere di cui all'art. 1 comma 3, difatti, riguarda il caso di inerzia delle pubbliche amministrazioni nell'adozione degli atti e dei provvedimenti che sono previsti dai piani di prevenzione della corruzione ovvero dagli atti generali di coordinamento delle strategie di prevenzione della corruzione. Il potere d'ordine, pertanto, non è da intendersi quale un potere generalizzato attribuito all'ANAC al fine di contrastare condotte inerti o elusive dei RPCT nelle singole pubbliche amministrazioni, relativamente a tutte le disposizioni finalizzate alla prevenzione di eventi corruttivi, ivi comprese quelle riferite alla inconfiribilità ed incompatibilità degli incarichi. Questo assunto vale anche per il potere di annullamento esercitato nei confronti dell'atto di archiviazione, che non rientra tra gli atti di vigilanza svolta dall'ANAC³². Il Consiglio di Stato preferisce parlare di potere di indirizzo, che si esplica nell'adozione di direttive all'ente vigilato, nonché, in casi tipizzati dalla legge, nel potere di annullamento degli atti più rilevanti adottati dall'ente vigilato o, comunque, in forme di ingerenza del soggetto vigilante sul soggetto vigilato, più o meno pregnanti a seconda dell'autonomia riconosciuta a quest'ultimo. Il Collegio, pertanto, esclude senza dubbio alcuno che sussista tra ANAC e soggetti vigilati un rapporto di sovraordinazione che possa consentire l'esistenza di un potere d'ordine e si sofferma quindi in cosa consista e come si espliciti il potere di vigilanza assegnato dalla legge all'ANAC. Il Collegio ritiene che, per potere di vigilanza, debba intendersi quel particolare potere riconosciuto alle autorità amministrative indipendenti per controllare, nell'interesse generale, il rispetto delle regole rispetto al loro settore. In detto potere di vigilanza non rientra il potere di rivolgere ordini agli organi interni delle pubbliche amministrazioni in caso di inerzia o di elusione delle norme rivolte alla prevenzione dei fenomeni corruttivi. Tuttavia il Consiglio di Stato, rifacendosi anche a precedenti pronunce del supremo consesso (vedasi Cons. di Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532 e Cons. di Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874) ha riconosciuto l'esistenza di c.d. poteri impliciti in capo all'Autorità, ricavati, in senso lato, dalle norme che regolano l'attività dell'Autorità stessa. Il fondamento di tali poteri impliciti è da ravvisarsi nell'assicurare la realizzazione dello scopo perseguito dalla legislazione in materia. Nel caso di specie, tuttavia, il Consiglio di Stato, non ravvisa l'esistenza di questi poteri impliciti da parte dell'Autorità, in quanto i fini perseguiti dalla legge sono ben realizzati mediante la precisa

³² Il potere d'ordine è quel potere che presuppone un rapporto di sovraordinazione gerarchica o para-gerarchica tra due organi interni ad una medesima amministrazione. L'applicabilità della disciplina in materia di prevenzione della corruzione anche ad enti pubblici e ad enti di diritto privato in controllo pubblico, fa propendere negativamente per tale potere in capo ad ANAC laddove esso non sia esplicitamente conferito dalla legge, come nel caso di specie. In proposito vedasi "Relazione sull'attività svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anno 2018), Intervento del Presidente R. CANTONE, Roma, Camera dei deputati, 6 giugno 2019, paragrafo 5.3, pagg. 85 ss.



ripartizione delle attribuzioni tra soggetti diversi. V'è di più. Per i giudici *"ravvisare in queste ipotesi, poteri impliciti significherebbe invadere altre competenze, confondendo attribuzioni di legge e contro il principio di legalità dell'azione amministrativa (che copre anche la ripartizione delle competenze, ex art. 97 Cost.)"*. Sicché, conclude sul punto la sentenza *"pur a fronte di una preoccupazione che può apparire socialmente meritevole, nel silenzio della legge non è dato all'interprete creare in surroga la norma, commisurando l'efficacia delle disposizioni date rispetto alle finalità perseguite; e giungere, in ipotesi, ad innovare all'assetto normativo affinché ne siano realizzati gli obiettivi di massima. In base al principio di legalità, cardine irrinunciabile dello Stato di diritto, compete soltanto alla legge di porre nuove norme restrittive delle libertà o di modificazione delle competenze da essa stabilite. Solo in tale modo è possibile colmare legittimamente le pretese lacune di tutela: il che del resto è ben chiaro all'Autorità, che ha affermato di aver segnalato al Governo la necessità di nuovi interventi normativi in materia (atto di segnalazione 9 settembre 2015 n. 9 versato in atti dalla difesa dell'avv. Ro.)"*. Dal che il Consiglio di Stato conferma, sul punto, la sentenza appellata dichiarando illegittima la delibera dell'Autorità n. 459/2016, per carenza di potere in capo all'ANAC³³.

5. Regolamento in materia di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi: contenuto.

³³ Invero la sentenza del Consiglio di Stato suscita notevoli perplessità, dando spunto ad ANAC, in successive delibere (vedasi a mero titolo esemplificativo delibera n. 207 del 3 aprile 2019; delibera n. 190 del 27.02.2019) di fondare il suo potere di accertamento in tale decisione. Dal potere di ANAC di accertare la inconferibilità dell'incarico, discenderebbe un comportamento obbligato da parte del RPCT di contestare la sussistenza di inconferibilità e pronunciare l'inconferibilità accertata da ANAC senza possibilità alcuna di discostarsi da tale accertamento. Ma questo, se così fosse, conferirebbe ad ANAC un potere di ordine che, al contrario, il Consiglio di Stato con detta sentenza esclude in modo categorico. Prova ne è che, in riferimento alla delibera ANAC n. 459/2016 con la quale l'Autorità ordina al Commissario *ad acta* nominato dalla Regione Campania di procedere alla conclusione del procedimento *de quo* e, pertanto, di annullare il surriferito provvedimento di archiviazione del RPC del Consorzio e di avviare, entro il termine di 30 giorni, il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18 del d. lgs. n.39/2013 è illegittima, in quanto con detta delibera l'Autorità ha esercitato un potere di ingerenza paragerarchica nell'amministrazione attiva che non le è conferito da una norma primaria, neppure implicitamente. Al riguardo la legge è chiara, prevedendo in capo solo al RPC il procedimento di contestazione dell'inconferibilità ed incompatibilità dell'incarico, non prevedendo, in alcun modo, al riguardo, poteri di ordine dell'ANAC, "il che esclude possano ammettersi forme non nominate e non espressamente attribuite di ingerenza dell'Autorità nell'attività di altre pubbliche amministrazioni, sia pure in caso di inerzia o elusive di norme a tutela di interessi pubblici". Difatti, continua il CdS "nell'attività di vigilanza descritta non rientra il potere di rivolgere ordini agli organi interni delle pubbliche amministrazioni in caso di inerzia o di elusione delle norme rivolte alla prevenzione dei fenomeni corruttivi". Né, continua il CdS, è possibile, anche in senso lato, ravvisare in capo all'Autorità l'esistenza di poteri impliciti che la legittimerebbero ad invadere competenze altrui, tanto più che l'atto adottato dal RPC comunque non si sottrae al possibile sindacato giurisdizionale e i suoi effetti potranno dal giudice sempre essere rimossi, contestualmente a possibili sanzioni nei confronti del RPC. V'è di più: La delibera n. 833 del 3 agosto 2016, al paragrafo 5, 2° capoverso, sembrerebbe giustificare, da parte di ANAC, un potere d'ordine (ampiamente smentito dalla giurisprudenza) subordinato solo ai casi in cui il "RPC resti inerte ovvero adottati, senza adeguata motivazione, un provvedimento non in linea con gli esiti dell'accertamento condotto da ANAC". Se ne ricaverebbe, quindi, che solo in questi e limitati casi ANAC assumerebbe su di sé il potere d'ordine e non nei casi in cui il RPC adotti provvedimenti, motivati, non in linea con gli esiti dell'accertamento condotto dall'Autorità e dai quali l'ANAC dovesse dissentire.



Per dare compiuta attuazione alla disciplina relativa al conferimento degli incarichi, l'art. 18 comma 3 del d. lgs. n. 39/2013 prevede: *"Le regioni, le province e i comuni provvedono entro tre mesi dall'entrata in vigore del presente decreto ad adeguare i propri ordinamenti individuando le procedure interne e gli organi che in via sostitutiva possono procedere al conferimento degli incarichi nel periodo di interdizione degli organi titolari"*. Gli enti tenuti all'adozione di detta misura, provvedono a dotarsi di un apposito regolamento che individui: a) l'organo deputato ad esercitare la potestà di conferire gli incarichi di competenza dell'amministrazione, in sostituzione dell'organo titolare che si trovi in stato di interdizione per effetto del disposto dell'art. 18 comma 2 del d. lgs. n. 39/2013; b) la procedura interna finalizzata al conferimento in via sostitutiva dei predetti incarichi; c) gli obblighi precedenti al conferimento di un incarico, da ravvisarsi, essenzialmente, nella presentazione di una autodichiarazione; d) la struttura organizzativa, responsabile per l'elaborazione finale del provvedimento di nomina, che verifica la sussistenza di possibili cause di inconferibilità o incompatibilità in base al contenuto della dichiarazione e degli allegati alla medesima, nonché dei fatti notori comunque acquisiti.

Il procedimento di conferimento dell'incarico viene ad essere articolato come segue:

1) Il soggetto al quale sarà conferito l'incarico presenta una autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 76 del D.P.R. n. 445/2000 (da ripresentarsi, poi, annualmente e da pubblicarsi sul sito Amministrazione Trasparente dell'Ente), quale condizione di efficacia dell'incarico. L'autodichiarazione deve essere corredata di CV contenente l'elenco di tutti gli incarichi e le cariche che la persona da nominare sta ricoprendo o ha ricoperto negli ultimi due anni, o nell'ultimo anno nonché delle eventuali condanne subite per reati contro la P.A.; 2) Sulla base delle dichiarazioni rese dal soggetto cui andrà conferito l'incarico, la struttura organizzativa individuata effettua l'istruttoria e la trasmette all'organo che conferisce l'incarico, unitamente ad una relazione contenente gli esiti svolti e alla proposta del provvedimento di nomina. Se nell'ambito delle verifiche precedenti la nomina, la struttura deputata riscontra la possibile sussistenza di una delle cause di inconferibilità o incompatibilità, ne dà notizia all'organo che conferisce l'incarico e alla persona da nominare. Questa può presentare le sue controdeduzioni scritte nel termine previsto dal regolamento, decorso il quale l'organo competente, su proposta della struttura individuata, procede all'accertamento definitivo di eventuali cause di inconferibilità o incompatibilità dell'incarico e segnala il fatto al RPCT, ai fini dell'adozione degli eventuali provvedimenti conseguenti. Anche nel caso di conferimento dell'incarico, tutta la documentazione di cui sopra, nonché il provvedimento definitivo di conferimento dell'incarico, devono essere trasmessi al RPCT dell'ente conferente, affinché questi eserciti le funzioni di vigilanza previste dall'art. 15 del d. lgs. n. 39/2013. Nell'esercizio di tali funzioni, il RPCT si potrà avvalere degli uffici competenti per materia. Nel corso dell'incarico, il titolare dello stesso presenta

all'organo conferente e al RPCT una autodichiarazione che attesti il perdurare dell'insussistenza di cause di inconferibilità e incompatibilità. Il RPCT vigilerà affinché le autodichiarazioni siano pubblicate nella apposita sezione "Amministrazione Trasparente" del sito istituzionale dell'ente conferente. Si ritiene utile inserire nei regolamenti particolari obblighi di comunicazione in capo ai titolari di incarichi dirigenziali, quali la comunicazione all'organo che ha conferito l'incarico e al RPCT dell'avvenuta conoscenza di quanto segue: 1) provvedimento di rinvio a giudizio e dell'eventuale sentenza di condanna, anche non passata in giudicato, per uno dei reati previsti dal capo I del Titolo II del libro secondo del codice penale; 2) qualsiasi altra situazione da cui possa conseguire una delle cause di inconferibilità o incompatibilità.

Al RPCT compete la vigilanza continua, anche attraverso le misure previste dalle disposizioni del piano anticorruzione, nel rispetto delle disposizioni del D.lgs. 39/2013 sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi. Il RPCT dovrà segnalare i casi di possibile violazione delle disposizioni del d. lgs. n. 39/2013 ed inviare copia dei provvedimenti dichiarativi della nullità o della decadenza o della inconferibilità all'ANAC, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui alla legge 20 luglio 2004 n. 215, alla Procura Regionale presso la Corte dei Conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative, all'Ufficio procedimenti disciplinari ai fini dell'accertamento di un'eventuale responsabilità disciplinare, per le violazioni commesse dai dirigenti. Il RPCT deve, inoltre, provvedere ad inviare denuncia al pubblico ministero a norma dell'art. 331 c.p.p., allorché venga integrata l'ipotesi di reato perseguibile d'ufficio. Qualora sussista il sospetto che vi sia una causa di inconferibilità dell'incarico già conferito, il RPCT procederà alla tempestiva contestazione scritta al titolare dell'incarico e all'organo conferente. La contestazione deve contenere (contenuti minimi essenziali) una breve descrizione del fatto, l'indicazione dell'incarico a cui si riferisce e della norma che si assume violata, nonché l'invito al titolare dell'incarico e all'organo che lo ha conferito di presentare proprie controdeduzioni scritte entro il termine stabilito. Decorso detto termine, il RPCT decide in ordine alla sussistenza della causa di inconferibilità, tenendo conto delle controdeduzioni eventualmente presentate. Se non ricorrono i presupposti per l'archiviazione del procedimento, il RPCT dichiara la nullità dell'incarico e cura l'avvio dei procedimenti di cui agli articoli 18 e 20 comma 5 del d. lgs. n. 39/2013. Analoga procedura vale per la contestazione delle cause di incompatibilità. Qualora vi sia il sospetto che una causa di incompatibilità sussistesse già all'atto del conferimento dell'incarico o che sia subentrata medio tempore, il RPCT procederà alla tempestiva contestazione scritta al titolare dell'incarico, secondo le modalità e i termini previsti per la contestazione delle inconferibilità. Se non ricorrono i presupposti per l'archiviazione del procedimento, il RPCT dichiara la sussistenza della causa di incompatibilità e diffida il titolare dell'incarico a decidere,



entro 15 giorni, se mantenere l'incarico ovvero assumere l'incarico, la carica o l'attività incompatibile con lo stesso. Trascorso tale termine, senza che il titolare dell'incarico abbia comunicato la propria decisione, il RPCT dispone la decadenza dall'incarico e la risoluzione del relativo contratto di lavoro subordinato o autonomo. Tanto nei casi di accertamento di inconferibilità quanto in quelli di incompatibilità, il RPCT fornisce indicazioni all'organo conferente ai fini dell'immediato avvio della procedura di recupero delle somme indebitamente erogate. Il provvedimento con cui viene accertata la violazione delle disposizioni sul conferimento degli incarichi è pubblicato sul sito internet dell'ente, in Amministrazione Trasparente nell'apposita sezione. Nei casi di inconferibilità accertati, dalla data di notifica del provvedimento all'organo che ha conferito l'incarico nullo decorre il periodo di interdizione di tre mesi, durante il quale allo stesso organo è precluso l'esercizio del potere di conferire tutti gli incarichi di sua competenza a norma dell'art. 18 comma 2 del d. lgs. n. 39/2013. Particolare attenzione il regolamento deve porre nel disciplinare la procedura atta al conferimento degli incarichi da parte dell'organo titolare del potere sostitutivo. Devono essere previsti, pertanto, all'interno della singola amministrazione, gli organi surroganti e relativa procedura sostitutiva. Entro un termine di tempo da prevedere espressamente nel regolamento, il RPCT dovrà invitare l'organo surrogante a valutare la necessità di affidare nuovamente l'incarico di cui sia stata accertata la nullità. Se l'organo surrogante valuti la sussistenza, per disposizione di legge o di regolamento, dell'obbligo giuridico di procedere alla nomina, ovvero, se ritenga comunque opportuno affidare l'incarico, procede ad attivare la procedura di nomina da concludersi entro un termine congruo previsto dal regolamento. L'organo che procede in via sostitutiva, comunica le decisioni assunte al RPCT e gli trasmette i relativi provvedimenti. L'organo titolare del potere sostitutivo, qualora intenda conferire l'incarico allo stesso soggetto cui era stato conferito l'incarico dichiarato nullo, può farlo, a condizione che la nullità sia stata determinata soltanto dalla mancata o tardiva presentazione della dichiarazione di insussistenza delle cause di inconferibilità e/o di incompatibilità. Tutte le comunicazioni di nullità degli incarichi conferiti e dei provvedimenti sostitutivi sono comunicati agli organi di vertice della amministrazione e agli organi di controllo.

6. Conclusioni.

La disciplina descritta, pur con alcuni suoi limiti³⁴, presenta caratteri innovativi apprezzabili. In primo luogo tenta di regolamentare, partendo dai caratteri oggettivi

³⁴ Risulta evidente che la normativa, che si prefigge di prevenire fenomeni di corruzione e *maladministration* rivedendo le regole di accesso e permanenza negli incarichi pubblici, resta incompleta. In *primis* per aver omesso di inserire i titolari di incarichi negli organi politici. La materia, disciplinata dall'art. 6 del decreto, ha subito una involuzione in sede di approvazione. Da un testo pienamente attuativo della delega, si è passati ad un testo intermedio che prevedeva le sole ipotesi di inconferibilità per i soli membri del governo, escludendo i



delle funzioni da svolgere, quali siano quelle che configurino un potenziale conflitto di interesse e che richieda, pertanto, un controllo all'accesso ovvero alla permanenza dell'incarico. In secondo luogo la catalogazione degli incarichi considerati, ai fini della applicabilità della nuova normativa, avviene su base sostanziale e non meramente formale. Il decreto supera, infatti, la distinzione tra enti pubblici ed enti solo formalmente privati e considera l'incarico in funzione dell'interesse che persegue: se esso è svolto nell'esercizio di una funzione o nell'erogazione di un servizio pubblico è assoggettato alla disciplina in esame, riconducendo, pertanto, tutto il sistema degli incarichi nell'alveo delle politiche di prevenzione della corruzione. V'è da dire che, come tutte le leggi, è il risultato di una sintesi tra interessi contrapposti e, come ogni legge, è perfezionabile. In particolare, non definendo compiutamente i confini dei poteri attribuiti ad ANAC e al RPCT in tema di accertamento delle inconferibilità ed incompatibilità e del relativo procedimento sanzionatorio, consente ad ANAC di intervenire sul procedimento stesso travalicando i limiti delle disposizioni normative attributive del potere primario, fino ad "autoriconoscersi" un potere d'ordine³⁵ che, come visto, la giurisprudenza amministrativa non le ha riconosciuto. Difatti, mentre il TAR, nella sentenza esaminata, disconosce qualsiasi potere in capo ad ANAC, appare più sfumata e per certi versi incomprensibile (o poco chiara) la decisione assunta dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 126/2018. Da un lato, infatti, il Consiglio di Stato sancisce che l'art. 16 comma 1 del D. Lgs. n. 39/2013 attribuisce ad ANAC un potere di accertamento, che non è una *"mera ricognizione di situazioni in fatto e in diritto, ma un provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici (come tale impugnabile in giustizia amministrativa): tanto che ne possono derivare iniziative conseguenti"*, cui il RPCT non può che adeguarsi. Dall'altro, allorché il RPCT non si è adeguato al provvedimento dell'ANAC, ha considerato corretto il suo operato e illegittima l'attività di ANAC (posta in essere con la delibera n. 459/2016) per violazione del principio di legalità, in quanto né l'art. 1 comma 3 della legge n. 190/2012, né l'art. 16 comma 1 del d. lgs. n. 33/2013 attribuiscono ad ANAC il relativo potere. Una decisione più netta da parte del Consiglio di Stato sarebbe stata auspicabile, in linea con il principio di legalità, ed avrebbe dissipato ogni dubbio, oggi sussistente, sugli

parlamentari, fino al testo definitivo che mantiene in vita la precedente disciplina della l. n. 215/2004 (c.d. Legge Frattini). Si riscontrano poi, anche, casi di disciplina contraddittoria e diseguale, laddove non è prevista l'inconferibilità degli incarichi amministrativi per coloro che provengono da cariche politiche nazionali, mentre la si rileva per coloro che provengono da cariche politiche regionali e locali. Così come si rileva uguale disuguaglianza per la disciplina delle incompatibilità che riguardi i congiunti del titolare dell'incarico, che è rilevata per gli incarichi di direzione delle ASL e mancante per tutti gli altri (Cfr. F. MERLONI, *op. cit.*, pag. 814).

³⁵ Vedasi delibere ANAC n. 207 del 3 aprile 2019 e n. 190 del 27.02.2019.

effettivi poteri del RPCT riaffermando in materia chiara attribuzioni e responsabilità dei provvedimenti assunti e delle sanzioni comminate³⁶.

³⁶ Per ulteriori approfondimenti sulla *soft law* delle Linee Guida ANAC e sul sindacato del giudice amministrativo, C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in www.federalismi.it, n.3/2017; ID., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. Precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. n.2/2017, pagg. 381 ss.; ID., *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: Comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 3, pagg. 275 ss.; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016. E, per ultimo, a segnare un punto di chiarezza e discontinuità rispetto al passato recente, vedasi, *Addio soft law dell'ANAC, si torna al regolamento*, Italia Oggi Sette, 24 giugno 2019.