

I quaderni della prevenzione della corruzione e trasparenza di ISPO

Quaderno N. 1

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'A.N.AC. in caso di incarichi inconferibili e incompatibili

Delibera n. 833 del 3 agosto 2016 ANAC



A cura di
Dott.ssa Barbara Mengoni, RPCT ISPO
Dott.ssa Teresa Macrì

9 settembre 2016

Quadro normativo

Ambito di applicazione

Le cause di inconferibilità e incompatibilità previste nel D. Lgs. n. 39/2013, sono riferite alle seguenti tipologie di incarichi:

- incarichi amministrativi di vertice
- incarichi dirigenziali o di responsabilità, interni ed esterni, nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico
- incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico.

Sistema di vigilanza sull'osservanza delle norme in materia di inconferibilità e incompatibilità è affidato a:

- Responsabile della Prevenzione della Corruzione dell'Amministrazione (RPC - Vigilanza interna)
- Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC - Vigilanza esterna)

- **RPC**

L'art. 15 del D.Lgs. n. 39/2013 prevede che «Il responsabile del Piano anticorruzione di ciascuna amministrazione pubblica, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico, di seguito denominato «responsabile», cura, anche attraverso le disposizioni del Piano anticorruzione, che nell'amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi. A tale fine il responsabile contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al presente decreto».

- **ANAC**

L'art. 16 del D.Lgs. n. 39/2013 stabilisce che l'Autorità «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 presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi. L'Autorità nazionale Anticorruzione, a seguito di segnalazione (della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica) o d'ufficio, può 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. L'amministrazione, ente pubblico o ente privato in controllo pubblico che intenda procedere al conferimento dell'incarico deve motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità».

Conseguenze giuridiche

- **Incarichi inconferibili:** le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione della disciplina sulle inconferibilità sono quelle enunciate all'art 17 del D.Lgs. n. 39/2013: «Gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni del presente decreto e i relativi contratti sono nulli».
- **Incarichi incompatibili:** nei casi di incarichi incompatibili, l'art. 19 del D.Lgs. n. 39/2013 prevede come conseguenza la **decadenza dall'incarico e la risoluzione del relativo contratto**, di lavoro subordinato o autonomo, decorso il termine perentorio di quindici giorni dalla contestazione all'interessato, da parte del RPC, dell'insorgere della causa di incompatibilità.

Ruolo e funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione

Inconferibilità

- ✓ Il RPC che viene a conoscenza del conferimento di un incarico in violazione delle norme del D.Lgs. n. 39/2013, deve avviare un **procedimento volto all'accertamento della violazione delle disposizioni sulle inconferibilità**. Il procedimento prende avvio con la contestazione della situazione di inconferibilità che va fatta nei confronti tanto dell'organo che ha conferito l'incarico quanto del soggetto cui l'incarico è stato conferito. Il procedimento deve svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio affinché possa garantirsi la partecipazione degli interessati. L'atto di contestazione deve contenere: una brevissima indicazione del fatto, la nomina ritenuta inconferibile, la norma che si assume violata, nonché l'invito a presentare memorie a discolpa, in un termine congruo, tale da consentire, comunque, l'esercizio del diritto di difesa (tendenzialmente non inferiore a cinque giorni).
- ✓ Accertata la sussistenza della causa di inconferibilità dell'incarico, il RPC **dichiara la nullità della nomina**. L'effetto della nullità dell'atto di conferimento dell'incarico adottato in violazione delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 39/2013 si produce al verificarsi della condizione normativamente prevista (art. 17). Il RPC procede semplicemente alla dichiarazione di un effetto (la nullità) che si produce ex lege (per quanto all'interno del Decreto non vi sia alcuna indicazione circa il soggetto competente al riguardo, la Giurisprudenza Amministrativa e dell'ANAC, in via interpretativa, hanno agevolmente ritenuto di concludere che tale competenza spetti al RPC).
- ✓ Il RPC **segnala la violazione all'ANAC**.
- ✓ In caso di sussistenza della inconferibilità, il RPC procede a valutare l'elemento psicologico di colpevolezza (dolo o colpa, anche lieve) dei soggetti che all'atto della nomina componevano l'organo che ha conferito l'incarico, ai fini dell'**applicazione della sanzione inibitoria prevista all'art. 18 del D.Lgs. n. 39/2013** (divieto per l'organo conferente di affidare incarichi di propria competenza per un periodo pari tre a mesi). Il procedimento di accertamento dell'elemento psicologico deve svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio, coinvolgendo tutti i componenti dell'organo conferente che erano presenti al momento della votazione. Gli astenuti e i dissidenti sono esenti da responsabilità.
La vigente disciplina sulle inconferibilità sembrerebbe non richiedere la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, tanto è che l'art. 18 si limita a prevedere la sanzione inibitoria, costruita quasi come conseguenza automatica della dichiarazione di nullità dell'incarico. L'Autorità, in via interpretativa, ha ritenuto però che non vi sia alcun automatismo al riguardo, e pur nel silenzio della legge, ha ritenuto necessario (Delibera n. 67/2015) far precedere la sanzione da una verifica del suddetto elemento psicologico. Se nessuna indagine sull'elemento soggettivo fosse richiesta al RPC nell'ambito del procedimento sanzionatorio avviato, ci troveremmo di fronte ad un procedimento incostituzionale per contrasto con i principi di razionalità e parità di trattamento con altre sanzioni amministrative, violazione del diritto di difesa e del principio di legalità dell'azione amministrativa nonché dei principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.
L'Autorità amministrativa competente ad operare in via sostitutiva nei tre mesi di sospensione è, per gli enti pubblici, l'amministrazione vigilante.
La sanzione inibitoria si accompagna alle responsabilità per le conseguenze economiche degli atti adottati.

Incompatibilità

- ✓ Il RPC che viene a conoscenza di una situazione di incompatibilità ai sensi del D.Lgs. n. 39/2013, deve avviare un procedimento di accertamento. Anche in questo caso la contestazione della

situazione incompatibilità va fatta nei confronti tanto dell'organo che ha attribuito l'incarico quanto del soggetto cui l'incarico è stato attribuito.

- ✓ Una volta accertata la sussistenza di una situazione di incompatibilità, il RPC contesta all'interessato l'accertamento compiuto.
- ✓ Dalla data della contestazione decorrono i 15 giorni (termine perentorio) entro i quali l'interessato deve optare per uno degli incarichi incompatibili.
- ✓ Decorso tale termine, in assenza di una opzione da parte dell'interessato, si procede all'adozione di un atto con il quale viene dichiarata la decadenza dall'incarico e la risoluzione del relativo contratto, di lavoro subordinato o autonomo. Tale atto può essere adottato su proposta del RPC (art. 19).

Al fine di garantire al RPC un'effettiva autonomia nei confronti dell'organo di indirizzo dell'ente e in attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, l'ANAC, nell'esercizio del potere di vigilanza sull'attività svolta dal RPC, si riserva di verificare non solo che l'esercizio del potere sanzionatorio avvenga nel rigoroso rispetto delle norme, ma anche che sia garantita al responsabile la massima autonomia e indipendenza e che lo stesso non sia sottoposto ad atti diretti e/o indiretti di influenza e/o ritorsivi.

Dichiarazioni concernenti la insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità

L'art. 20 del D.Lgs. n. 39/2013 impone al soggetto cui è conferito uno degli incarichi di cui alla presente disciplina, di rilasciare, all'atto della nomina, una dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità o incompatibilità quali individuate dal decreto medesimo. Si tratta, al riguardo, di dichiarazioni che, oggetto di apposita pubblicazione nel sito della pubblica amministrazione, che ha conferito l'incarico, costituiscono **condizione per l'acquisizione dell'efficacia dell'incarico**.

Conseguenze della dichiarazione mendace:

- responsabilità penale in capo al suo autore, essendo questa resa ai sensi dell'art. 76 del d.P.R. n. 445/2000;
- l'impossibilità, per il suo autore, di ricoprire, per un periodo pari a cinque anni, alcuno degli incarichi previsti dal decreto (art. 20, c. 5, D.Lgs. n. 39/2013). In questo caso, l'elemento psicologico (dolo o colpa) del dichiarante non è preso in considerazione dal legislatore, il quale, collega alla dichiarazione mendace, accertata dalla stessa amministrazione nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio dell'interessato, la conseguenza prevista.

Tale dichiarazione, pur costituendo un momento di responsabilizzazione del suo autore, non vale ad esonerare, chi ha conferito l'incarico, dal dovere di accettare, i requisiti necessari alla nomina, ovvero, per quanto qui rileva, l'assenza di cause di inconferibilità e di incompatibilità in capo al soggetto che si vuole nominare, in quanto non è escluso che la dichiarazione da questo resa sia mendace, e ciò anche a prescindere dalla consapevolezza del suo autore circa la sussistenza di una delle cause di inconferibilità o di incompatibilità.

Al fine di agevolare la verifica da parte dell'organo conferente della sussistenza di una situazione di inconferibilità o incompatibilità e del RPC, in sede di applicazione della sanzione, della sussistenza dell'elemento soggettivo in capo all'organo conferente, l'ANAC ritiene necessario indicare alle amministrazioni di **accettare solo dichiarazioni alla 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**.

A quel punto sarà onore dell'amministrazione conferente, sulla base della fedele elencazione degli incarichi ricoperti, effettuare le necessarie verifiche circa la sussistenza di una causa di inconferibilità o di incompatibilità. Ne consegue che anche il compito del RPC chiamato ad accertare l'elemento psicologico del dolo o della colpa lieve in capo all'organo conferente nell'ambito del procedimento sanzionatorio (dovendo verificare se, l'autore del provvedimento di nomina conosceva o avrebbe potuto conoscere, in base agli atti conosciuti o conoscibili, la causa di inconferibilità/incompatibilità), sarà più agevole, potendosi, ad esempio, concludere per la responsabilità dell'organo conferente ogni volta che l'incarico dichiarato nullo sia stato conferito nonostante dall'elencazione prodotta fossero emersi elementi che, adeguatamente accertati, evidenziavano cause di inconferibilità o di incompatibilità.

Fermo restando che la dichiarazione sull'insussistenza di una delle cause di inconferibilità costituisce condizione di efficacia dell'incarico (art. 20, c. 4 del D.Lgs. n. 39/2013), tuttavia è altamente auspicabile che il procedimento di conferimento dell'incarico si perfezioni solo all'esito della verifica, da parte dell'organo di indirizzo e della struttura di supporto, sulla dichiarazione resa dall'interessato, da effettuarsi tenendo conto degli incarichi risultanti dal curriculum vitae allegato alla predetta dichiarazione e dei fatti notori comunque acquisiti.

Vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC

Anche nella suddetta materia, l'ANAC esercita il suo generale **potere di regolazione**, che si inquadra in quello di **indirizzo** sulle misure di prevenzione della corruzione ai sensi dell'art. 19, c. 15, del D.L n. 90/2014.

Il D.Lgs. n. 39/2013, all'art. 16, prevede poi una specifica vigilanza in capo all'ANAC sul rispetto delle disposizioni contenute nel decreto, che può svolgersi anche tramite l'esercizio di **poteri ispettivi e di accertamento** di singole fattispecie di conferimento degli incarichi.

Tale vigilanza si esprime attraverso due distinte fattispecie:

- ❖ **L'accertamento nell'ambito nei procedimenti di conferimento in corso** (art. 16, c. 2)
All'Autorità è riconosciuto, il potere, a seguito di segnalazione (della Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica) o d'ufficio, 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. **L'amministrazione**, ente pubblico o ente privato in controllo pubblico, che intenda comunque **procedere al conferimento** dell'incarico, **deve motivare** l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità (misura di tipo cautelare e collaborativo).
- ❖ **L'accertamento di singole fattispecie di inconferibilità e incompatibilità, riguardante casi di incarichi già conferiti** (art. 16, c. 1)
Detto potere può attivarsi su segnalazione di terzi, in occasione della richiesta di pareri da parte delle amministrazioni (sempre che il parere riguardi specifiche fattispecie), su segnalazione dello stesso RPC, ovvero d'ufficio. L'accertamento è svolto dall'Autorità nel rispetto del principio del contraddittorio, con una interlocuzione che si svolge con il RPC dell'amministrazione interessata. L'accertamento si svolge sulla base dei documenti messi a disposizione dell'Autorità, con la possibilità, ove si riveli necessario, di procedere all'audizione degli interessati (RPC, organo conferente, soggetto incaricato), secondo quanto disposto dal "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza sul rispetto degli obblighi di trasparenza e delle misure di prevenzione della corruzione" in corso di approvazione da parte dell'Autorità.

Rapporto poteri RPC dell'amministrazione interessata e ANAC

L'esplicita attribuzione compiuta dalla disposizione in esame all'ANAC di poteri di "accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi" non può che essere interpretata come il conferimento di un potere destinato a superare eventuali diverse valutazioni dell'amministrazione

conferente e del suo RPC. Questo accertamento è destinato a fare stato sulla questione, salva sempre la possibilità di ricorso al giudice amministrativo contro il provvedimento dell'Autorità. Nei casi di accertamento compiuto dall'Autorità, quindi, al RPC si deve ritenere preclusa ogni altra azione di accertamento, sul piano oggettivo, di violazioni delle norme del D.Lgs. n. 39/2013. D'altro canto, l'ANAC interviene solo nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza e il suo eventuale accertamento non può che limitarsi alla valutazione della violazione oggettiva della legge, lasciando al RPC ogni altro atto conseguente.

Di conseguenza, residuano, in questi casi, in capo al RPC funzioni non secondarie e non attribuibili all'ANAC:

- a) prendere atto dell'accertamento compiuto dall'ANAC e dichiarare conseguentemente la nullità dell'atto di conferimento, ovvero diffidare l'interessato ad optare tra incarichi dichiarati incompatibili;
- b) avviare il procedimento sanzionatorio, ai fini dell'accertamento delle responsabilità soggettive e dell'applicazione della misura interdittiva prevista dall'art. 18 (per le sole inconferibilità).

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

Nel caso in cui il RPC resti inerte ovvero adotti, senza adeguata motivazione, un provvedimento non in linea con gli esiti dell'accertamento condotto da ANAC si deve ritenere applicabile il potere di ordine conferito in via generale all'ANAC (art. 1, c. 3, della L. n. 190/2012) non essendo disciplinati specifici poteri per l'ipotesi del mancato adeguamento.

Incarichi inconferibili, di fatto nulli, non possono continuare a produrre effetti, così come i soggetti che li hanno attribuiti non possono non essere sanzionati, sussistendone i presupposti, per l'inerzia del soggetto deputato a svolgere la necessaria attività dichiarativa.

L'intervento dell'ANAC tramite l'esercizio del **potere di ordine** è volto dunque a riportare l'azione dell'amministrazione al rispetto della legge, detto potere, **non ha** tuttavia un **contenuto sanzionatorio, né carattere sostitutivo**.

L'ANAC ordina al RPC inerte di confermare le risultanze emerse in sede di accertamento della inconferibilità, oppure la rimozione dell'atto che si discosti da quelle risultanze.

Poiché il potere di ordine non è assistito da un potere sanzionatorio riconosciuto all'ANAC, l'Autorità si riserva, comunque, di coinvolgere, tramite apposita segnalazione, le autorità competenti per l'accertamento di responsabilità disciplinari o amministrative o penali del RPC inerte o che adotta atti contrari agli accertamenti che essa ha già effettuato, e di pubblicare tali segnalazioni sul proprio sito. L'Autorità si riserva anche di segnalare i casi di inerzia alle amministrazioni titolari di poteri di vigilanza e di poteri sostitutivi nei confronti dell'amministrazione rimasta inerte per l'adozione dei provvedimenti di loro competenza.