



Autorità Nazionale Anticorruzione

Atto di segnalazione n. 5 del 9 settembre 2015

Proposte di modifica alla disciplina in materia di accertamento e sanzioni contenuta nel capo VII del d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 (“Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190”)

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione



Autorità Nazionale Anticorruzione

Premessa

L'Autorità Nazionale Anticorruzione - tenuto conto che la legge 6 novembre 2012, n. 190 ("Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"), all'art. 1, comma 2, lett. g), prevede, tra l'altro, il compito di riferire al Parlamento sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia e che l'art. 16 del d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 ("Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190") individua l'ANAC quale soggetto preposto alla vigilanza sulla corretta applicazione della disciplina - con l'Atto di segnalazione al Parlamento e al Governo n. 4 del 10 giugno scorso ha già evidenziato le criticità rilevate nel corso dell'attività istituzionale, riguardo alla applicazione della vigente disciplina del d.lgs. n. 39.

Tuttavia, con il presente atto, si ritiene necessario formulare osservazioni più puntuali in merito disciplina sulla vigilanza, accertamento delle situazioni di inconferibilità e di incompatibilità e applicazione delle sanzioni di cui agli articoli da 15 a 20 del decreto citato, che richiedono, ad avviso di questa Autorità, un intervento urgente del legislatore.

1. Il dettato normativo

La disciplina del d.lgs. n. 39/2013 si fonda sulla individuazione delle situazioni di inconferibilità di una ampia serie di incarichi amministrativi (art. da 3 a 8) e di incompatibilità tra incarichi diversi (art. da 9 a 14).

La vigilanza sul rispetto delle disposizioni del decreto è affidata (art. 15) in primo luogo al RPC dell'amministrazione che conferisce l'incarico o presso la quale è svolto l'incarico incompatibile.

In seconda battuta la vigilanza è affidata (art. 16) all'ANAC, che può esercitare i poteri ispettivi e di accertamento, nonché i poteri di ordine (in applicazione del comma 3 dell'art. 1 della legge n. 190).

L'Autorità può poi intervenire nel corso dei procedimenti di conferimento degli incarichi sospendendo le procedure e sollevando rilievi e osservazioni di cui l'amministrazione conferente deve tenere conto (art. 16, comma 2).

L'art. 17 dispone la nullità degli incarichi conferiti in violazione del decreto.

L'art. 18 dispone la sanzione dell'automatica sospensione degli organi che abbiano conferito incarichi "dichiarati nulli" dal potere di conferire "incarichi di loro competenza" per tre mesi e prevede norme sulla competenza a conferire incarichi nel periodo di sospensione: il Presidente del Consiglio per i Ministeri, le amministrazioni vigilanti per gli enti pubblici, gli organi individuati con proprio provvedimento per regioni e enti locali.

L'art. 19 dispone la decadenza dall'incarico incompatibile con altro incarico in caso di mancata opzione dell'interessato nel termine perentorio di 15 giorni dalla contestazione.

2. Le principali criticità

La prima e generale criticità da segnalare è la mancata precisione nella individuazione dei soggetti che hanno il potere di accertare le situazioni di inconferibilità e di incompatibilità. In generale,



Autorità Nazionale Anticorruzione

la scelta è quella di affidare tale accertamento alla stessa amministrazione, in particolare al RPC, che ha il potere di contestare le situazioni all'interessato, mentre l'intervento dell'ANAC è del tutto marginale.

Esso può avvenire in via preventiva (sui procedimenti in corso) o su richiesta di parere da parte delle amministrazioni.

In materia di inconferibilità, l'ANAC ha potuto rilevare una serie di specifiche criticità, che si indicano di seguito.

1) 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

L'art. 20 prevede che all'atto del conferimento dell'incarico l'interessato presenti una dichiarazione sulla insussistenza delle cause di inconferibilità, che costituisce condizione per l'acquisizione dell'efficacia dell'incarico. Tale dichiarazione non esime l'organo che conferisce l'incarico dalla responsabilità di cui all'art. 18 che sancisce la sospensione automatica dal potere di conferire ulteriori incarichi per un periodo di tre mesi qualora l'incarico sia stato dichiarato nullo. Ben può darsi, infatti, che l'autodichiarazione contenga elementi fuorvianti anche qualora non si configuri quale deliberata dichiarazione mendace, perché fondata su personali interpretazioni sulla sussistenza o meno dell'inconferibilità.

Ciò comporta, alla luce di quanto disposto dal Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), approvato con delibera Civit dell'11 settembre 2013, n. 72, al punto 3.1.8. (riferito alle verifiche delle situazioni di incompatibilità, ma applicabile anche alle inconferibilità), la necessità di una sistematica verifica sulla insussistenza di cause di inconferibilità. Secondo questo orientamento l'organo competente dovrebbe procedere al conferimento solo sulla base di un'attenta verifica svolta dall'amministrazione. A questo fine potrebbe essere utile affidare al RPC, in sede di predisposizione del Piano triennale per la prevenzione della corruzione dell'amministrazione, il coordinamento della attività di verifica svolte dagli uffici.

L'Autorità si riserva sul punto di contribuire con un proprio intervento a carattere regolatorio diretto a fornire indicazioni sulle modalità operative con le quali le diverse amministrazioni possono comunque svolgere in ottemperanza al PNA un'azione di controllo preventivo più capillare, con il coordinamento del RPC. Nelle more di una modifica normativa, sempre al fine di agevolare ed incentivare i controlli preventivi da parte delle amministrazioni, l'Autorità potrà, altresì, fornire alle amministrazioni dei modelli per la presentazione delle dichiarazioni di insussistenza delle cause di inconferibilità, nei quali sia esplicita l'indicazione delle situazioni di cui si attesta l'insussistenza.

2) Assenza di una disciplina del procedimento di accertamento delle inconferibilità

L'art. 15 prevede una "contestazione" della situazione di inconferibilità, ma nulla dice sul procedimento che il RPC deve seguire (contestazione come atto del procedimento, accertamento, dichiarazione di nullità). Nulla si dice sul procedimento che l'ANAC deve seguire nei casi in cui gli venga richiesto, su segnalazione dei cittadini, su richiesta dell'amministrazione, d'ufficio, di intervenire sui procedimenti in corso. Nulla si dice, poi, per i casi in cui l'ANAC sia chiamata a pronunciarsi sull'esistenza della situazione di inconferibilità; inoltre, non è chiarito se si tratti di un procedimento autonomo, che si conclude con l'accertamento della situazione o se essa debba, una volta accertata la



Autorità Nazionale Anticorruzione

situazione, sempre rivolgersi al RPC, affinché dichiari l'inconferibilità.

L'Autorità ha finora interpretato il proprio ruolo come quello di sollecitatore del RPC, perché questo accerti (e dichiari) la nullità del conferimento. L'Autorità è consapevole, in virtù di una serie di casi anche recenti nei quali è stata chiamata ad intervenire, degli effetti che derivano dall'accertamento/dichiarazione di nullità (sanzione automatica di cui all'art.18). L'Autorità si propone di disciplinare il proprio procedimento di accertamento, al fine di dare sia all'interessato che all'organo che ha conferito l'incarico, le garanzie procedurali e di contraddittorio necessarie, fermo restando che l'attività di accertamento dell'Autorità, allo stato della disciplina vigente, ha ad oggetto solo la sussistenza di eventuali cause di inconferibilità, senza includere alcuna valutazione sulle singole condotte e conseguenti responsabilità.

3) Incertezza sulla necessità o meno di una "dichiarazione di nullità"

L'art. 17 sembra optare per una nullità ex lege, direttamente disposta dalla legge. La volontà del legislatore sembra andare verso il massimo dell'automaticità: accertata la violazione delle disposizioni del decreto, le conseguenze deriverebbero dall'accertamento, senza bisogno di un distinto atto di dichiarazione di nullità. In caso di sufficienza del solo accertamento la nullità del conferimento e la sanzione di cui all'art. 18 sarebbero operanti dalla data dell'accertamento.

L'art. 18, invece, sembra dare rilevanza proprio alla dichiarazione ("organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli"). In questo secondo caso le conseguenze (nullità dell'incarico e sanzione della sospensione) deriverebbero solo dal momento dell'adozione dell'atto di dichiarazione.

4) Incertezza sulla attribuzione della competenza alla eventuale dichiarazione di nullità

Se si segue la via interpretativa della necessità di un atto di dichiarazione di nullità, in coerenza con l'art. 15, si deve ritenere che il RPC, che ha la competenza a "contestare", debba, all'esito del procedimento di accertamento, dichiarare la situazione di inconferibilità e contestarla all'organo che ha conferito l'incarico. Una tale interpretazione, però, deve scontare la oggettiva difficoltà in cui si trova il RPC (nominato dall'organo di indirizzo dell'amministrazione) quando deve dichiarare la nullità, con la conseguente automatica applicazione della sanzione della sospensione per tre mesi dal potere di conferire incarichi.

Tuttavia, si sono riscontrati casi nei quali le amministrazioni hanno optato per soluzioni procedurali alternative nelle quali il RPC si è limitato ad attivare il procedimento, con atto di incerta natura (avvio del procedimento o atto accertativo autonomo), seguito poi dalla dichiarazione di nullità da parte dello stesso organo che ha conferito l'incarico.

Non va esclusa del tutto la possibilità che sia la stessa ANAC a dichiarare la nullità, soprattutto nei casi in cui il RPC si sia limitato a segnalare il caso all'Autorità. Infatti, l'intervento dell'Autorità può limitarsi ad un accertamento propedeutico alla dichiarazione di nullità, che continua a spettare al RPC ovvero, a fini di speditezza, arrivare fino alla rilevazione di una causa di inconferibilità e alla contestuale e dichiarazione della nullità dell'incarico. L'ANAC, si ribadisce, non ha ancora accolto questa interpretazione, ma essa non potrebbe essere esclusa nel futuro, soprattutto in caso di inerzia del RPC; infatti, in questi casi, anche il potere d'ordine di cui alla deliberazione n. 146/2014, può rivelarsi insufficiente.

Come è evidente, la soluzione migliore sarebbe quella di una nuova disciplina che chiarisca



Autorità Nazionale Anticorruzione

definitivamente se è effettivamente necessaria ed a chi spetti la competenza alla dichiarazione di nullità.

5) Incertezza del termine entro il quale la dichiarazione deve essere effettuata

Il decreto è evidentemente impostato sulla tempestività degli accertamenti e delle dichiarazioni di nullità. Si tenga conto che la dichiarazione di nullità dell'incarico travolge non solo l'annesso contratto, ma anche gli atti compiuti dal funzionario che ha avuto un illegittimo accesso all'incarico. I problemi si pongono soprattutto qualora sia la stessa amministrazione ad adottare la dichiarazione di nullità.

Se la competenza è del RPC, questi potrebbe subire pressioni volte a procrastinare nel tempo la dichiarazione, per rinviare l'applicazione della sospensione; attualmente, infatti, l'unico strumento di tutela è quella di cui all'art. 15, comma 3, che prescrive l'obbligo di comunicare all'Autorità l'eventuale revoca dell'incarico al RPC disposta dagli organi di vertice dell'amministrazione.

Nel caso in cui la dichiarazione è effettuata dallo stesso organo che è destinato a subire la sanzione della sospensione, aumentano i rischi di ritardi impropri nella dichiarazione, anche se, va ribadito, qui si tratterebbe di prendere atto di un accertamento già fatto dal RPC (o dall'ANAC, su richiesta del RPC).

I rischi richiamati non si avrebbero se la dichiarazione di nullità fosse di competenza anche dell'ANAC, in caso di inerzia del RPC, all'esito di un accertamento compiuto dalla stessa Autorità.

6) Automaticità della sanzione della sospensione

La criticità sicuramente più rilevante sta nell'automatica applicazione della misura della sospensione in conseguenza della dichiarazione di nullità dell'incarico. La norma è frutto di una situazione di emergenza nella quale il legislatore del 2013 ha optato per una sanzione automatica, proprio perché l'accertamento della violazione era, in gran parte, affidato alla stessa amministrazione che ha conferito l'incarico. Ma l'automaticità retroagisce in modo negativo proprio sul potere di accertamento.

Il RPC e l'organo di indirizzo, consapevoli dell'applicazione automatica, tendono a non accertare o ad accertare in ritardo.

Altro grave limite della sanzione automatica è che essa si applica senza alcuna valutazione dei comportamenti individuali dei componenti dell'organo che ha conferito l'incarico. Si pensi all'accertamento che sarebbe necessario sull'accuratezza con la quale l'organo conferente ha verificato l'assenza di situazioni di inconferibilità. Se esso possa affidarsi sulle dichiarazioni dell'interessato sulla non sussistenza di cause ostative al conferimento (ai sensi dell'art. 20, che tende a dare forza a queste dichiarazioni con la previsione di pesanti sanzioni in caso di dichiarazione mendace) o se debba sempre disporre propri autonomi accertamenti. Si pensi alla tempestività con la quale l'organo ha rimosso le situazioni di inconferibilità, che deve essere considerata come elemento che riduce la gravità della responsabilità.

Tutte situazioni che potrebbero dare luogo ad una graduazione della sanzione in rapporto al comportamento tenuto.

I casi di applicazione finora verificati dall'Autorità dimostrano che la disciplina vigente conduce ad una applicazione che frustra le esigenze di contraddittorio con l'interessato e con l'organo che ha conferito l'incarico. Il contrasto con norme costituzionali e con elementari principi di civiltà giuridica diviene stridente, sia per il mero accertamento della oggettiva violazione, sia per la valutazione dei comportamenti tenuti, nel procedimento di conferimento e nella fase di applicazione delle misure conseguenti alla dichiarazione di nullità.



Autorità Nazionale Anticorruzione

7) Incertezza nella individuazione dell'organo competente a conferire gli incarichi nel periodo della sospensione

Come si è visto, solo in alcuni casi la legge provvede ad individuare direttamente l'organo competente, mentre in molti altri rinvia a decisioni autonome delle stesse amministrazioni, da adottarsi entro tre mesi dall'entrata in vigore del decreto n. 39. Le amministrazioni regionali e locali, ad esempio, non hanno, in larghissima misura, dato attuazione alla legge e non hanno provveduto ad individuare l'organo competente. Nella gran parte delle amministrazioni pubbliche, quindi, in seguito alla dichiarazione di nullità, l'automatica sospensione dal potere di conferire incarichi conduce di fatto ad una grave interruzione nell'ordinato processo di conferimento di incarichi amministrativi alla scadenza e a una disapplicazione di fatto della sanzione. Benché anche su tale punto l'Autorità si riserva di emanare apposite linee guida, un intervento chiarificatore del legislatore appare necessario, anche con riferimento alla concreta applicazione dell'articolo 18, comma 4, laddove prevede che, decorso inutilmente il termine entro cui regioni province e comuni sono tenute ad adeguare i propri ordinamenti ai sensi del medesimo articolo 18, comma 3, trova applicazione la procedura sostitutiva di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003 n. 131 ("Attuazione dell'articolo 120 della Costituzione sul potere sostitutivo").

8) Incertezza in caso di violazione della sospensione

Tra le criticità si segnala anche la grave incertezza relativa alle conseguenze della violazione della sanzione della sospensione di tre mesi. Qualora l'organo sospeso automaticamente continui, soprattutto in assenza di una esplicita dichiarazione di nullità, a conferire incarichi di sua competenza, si pongono diversi ordini di problemi: a) chi e come debba intervenire per accertare la violazione; b) come intervenire per porre un limite alla violazione; c) quale sia il destino dei conferimenti comunque disposti ovvero se gli stessi debbano intendersi anch'essi nulli per difetto assoluto di competenza dell'organo sospeso ovvero annullabili. Tutti punti sui quali la disciplina è totalmente carente.

In materia di incompatibilità, si producono alcune delle criticità già segnalate. La vigilanza sul rispetto delle disposizioni del decreto spetta in prima battuta al RPC dell'amministrazione, che potrebbe avere tutte le remore già segnalate ad effettuare la contestazione all'interessato dell'esistenza di una situazione di incompatibilità, soprattutto se a trovarsi in tali situazioni siano componenti degli organi di indirizzo della sua amministrazione.

L'ANAC può accertare, su segnalazione, su richiesta dell'amministrazione o d'ufficio, ma non ha il potere diretto di contestare la situazione. Qualora accerti l'incompatibilità si deve rivolgere al RPC perché proceda alla contestazione.

In tutti i casi non è regolato, ai fini del contraddittorio, il procedimento di accertamento, né è fissato un termine per procedere, concluso l'accertamento, alla contestazione. Non è regolata, poi, la competenza a dichiarare la decadenza dalla carica incompatibile né è fissato un termine per procedere a tale dichiarazione.

Non sono, infine, previste sanzioni per l'interessato che non abbia provveduto a optare entro i 15 giorni di termine perentorio e sia rimasto illegittimamente in carica; né per il RPC che non provveda a dichiarare la decadenza in caso di mancata opzione.

3. Le possibili correzioni della disciplina

Le criticità segnalate suggeriscono di procedere in due direzioni di fondo. Da un lato, eliminare il carattere automatico della sanzione dell'art. 18. Dall'altro, concentrare nell'ANAC i poteri di vigilanza, accertamento, ordine e sanzione così insufficientemente regolati nell'attuale disciplina del d.lgs. n. 39 del 2013. Se nel 2013 il legislatore non aveva ancora costruito l'allora CIVIT/ANAC come vera autorità indipendente e la stessa Commissione non era sicuramente in grado di fare fronte a questi adempimenti, ora la situazione è radicalmente mutata, grazie soprattutto al d. l. n. 90 del 2014.

L'Autorità, se chiamata a svolgere il ruolo di vigilanza e sanzione, può oggi garantire un corretto e imparziale svolgimento di questi compiti, considerato che, rafforzando soprattutto la fase di controllo preventivo, anche il numero dei procedimenti potrebbe ridursi sensibilmente.

Pertanto, si elencano, di seguito, alcune specifiche proposte di modifica.

1) Eliminazione del carattere automatico della sanzione in caso di conferimenti dichiarati nulli

La sanzione automatica delle sospensione per tre mesi dovrebbe essere sostituita da una sanzione amministrativa da irrogare nel rispetto delle disposizioni della l. 24 novembre 1981, n. 689 ("Modifiche al sistema penale"). La sanzione dovrebbe essere irrogata ai componenti degli organi di indirizzo delle amministrazioni e graduata in rapporto al grado di partecipazione alla condotta e ai comportamenti tenuti, anche in seguito alla constatazione della nullità, da accertarsi con uno specifico procedimento sanzionatorio, in contraddittorio con i soggetti interessati.

La sanzione dovrebbe essere fondamentalmente di tipo pecuniario, salvo prevedere, nei casi più gravi (per estensione e per ripetizione nel tempo), una sanzione interdittiva, graduata sia nella durata (da 1 a 6 mesi) che nell'oggetto (tipologia di incarichi cui si applica).

2) Affidamento all'ANAC di un potere suppletivo di accertamento delle situazioni di inconferibilità e incompatibilità

Propedeutico al procedimento sanzionatorio è l'accertamento della violazione delle disposizioni del decreto n. 39, con un procedimento aperto alla partecipazione degli interessati, all'esito del quale viene dichiarata la nullità dell'incarico conferito e del relativo contratto.

Il potere di accertamento/dichiarazione di nullità potrebbe essere lasciato ai RPC delle amministrazioni (ma solo a loro con esclusione di un potere dello stesso organo che ha conferito l'incarico), ma con un ampio potere suppletivo dell'ANAC che potrebbe procedere ad un proprio accertamento (con dichiarazione di nullità) quando agisca su segnalazione di cittadini, d'ufficio o su richiesta degli stessi RPC.

Anche in materia di incompatibilità l'accertamento della situazione, la contestazione all'interessato perché opti tra i due incarichi e la dichiarazione di decadenza dell'incarico presso l'amministrazione che accerta, potrebbero essere lasciati al RPC, salvo il potere suppletivo dell'ANAC. L'Autorità, in caso di intervento, potrebbe procedere direttamente alla contestazione e alla dichiarazione di decadenza.

3) Affidamento all'ANAC del potere sanzionatorio

Il procedimento sanzionatorio potrebbe essere sempre affidato all'ANAC, perché non è credibile



Autorità Nazionale Anticorruzione

che esso sia svolto dal RPC dell'amministrazione (per i motivi indicati). La sanzione potrebbe essere irrogata in esito ad un distinto procedimento sanzionatorio ovvero all'esito del procedimento di accertamento della violazione, sempre che nel corso di questo si sia proceduto all'accertamento anche dei singoli comportamenti dei soggetti che hanno partecipato al conferimento dell'incarico.

Oltre alle modifiche sopra indicate andrebbero previste, come evidenziato in precedenza, delle disposizioni che impongano alle amministrazioni di effettuare controlli in ordine alla insussistenza di cause di inconferibilità prima del conferimento dell'incarico.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 9 settembre 2015

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 settembre 2015

Il Segretario, Valentina Angelucci

Il Presidente
Raffaele Cantone