



Presidente

Alla c.a.  
Omissis

## RISERVATO

### Fasc. URAV n. Omissis/2023

**Oggetto:** *Omissis* - Richiesta di parere in merito alla partecipazione di un dirigente ad una selezione per la nomina di Direttore Generale in pendenza di giudizio penale per concorso in peculato e falso (prot. ANAC n. *omissis* del 6 aprile 2023 e prot. ANAC n. *omissis* del 27 giugno 2023).

Con riferimento alla nota in oggetto - con la quale è stato richiesto se attesa la sussistenza di un rinvio a giudizio per concorso in peculato e falso, a carico di un dirigente in servizio ( *omissis* ) presso la *omissis* attualmente incaricato della gestione dell'Area Amministrazione e Finanza e dell'Area Risorse Umane, l'interessato possa partecipare ad una selezione per la nomina di Direttore Generale, ovvero se tale pendenza sia ostativa alla sua partecipazione - e successivi chiarimenti ed integrazioni documentali forniti dall'istante, si rappresenta quanto segue.

Al fine di rispondere al quesito posto, si ritiene opportuno procedere, di seguito, ad una ricognizione dei diversi istituti applicabili in astratto al caso concreto, tra i quali le ipotesi di inconfiribilità ex d.lgs. 39/2013 e ulteriori misure previste da ulteriori disposizioni normative con l'intento di valutare le conseguenze previste dall'ordinamento sull'accesso o sulla permanenza in determinati uffici di dipendenti di pubbliche amministrazioni (ovvero enti di diritto privato in controllo pubblico, come la *omissis*) in caso di pendenza di procedimento penale.

#### 1. Sull'applicabilità dell'art. 3, co. 1 lett. c) d.lgs. 39/2013 alla fattispecie in esame - insussistente

La fattispecie di inconfiribilità astrattamente configurabile in relazione al caso di specie è quella prevista dall'art. 3, co. 1 lett. c), del d.lgs. 39/2013 che recita «*a 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, non possono essere attribuiti: (omissis) ... gli incarichi dirigenziali, interni e esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale, regionale e locale...*»

Occorre rilevare che, sebbene il delitto di peculato ex art. 314 c.p. rientri nel catalogo di quelli presi in considerazione dalla norma in commento, nel caso in esame non assume rilievo detta ipotesi di inconfiribilità sussistente soltanto in caso di condanna, anche non definitiva, per i reati sopra indicati, mentre nel caso concreto il procedimento penale è tuttora pendente e quindi non è ancora definitivo.

Ne consegue che la valutazione sul conferimento dell'incarico di Direttore Generale al dott. *omissis*, non può fondarsi sulla disposizione di cui si discute.

## 2. Applicabilità dell'art. 35 bis del d.lgs. n. 165/2001 - non sussistente

Ulteriore disposizione che in astratto potrebbe trovare applicazione nel caso in esame è l'art. 35-bis del d.lgs. n.165/2001, che rappresenta un'autonoma fattispecie di inconferibilità la cui *ratio* è quella di prevenire il discredito, altrimenti derivante all'Amministrazione, dovuto all'affidamento di funzioni sensibili a dipendenti che, a vario titolo, abbiano commesso reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale (cfr. Delibera n. 1292 del 23 novembre 2016). Quanto agli effetti, mentre le inconferibilità dell'art. 3 d.lgs. 39/2013 riguardano tutti i tipi di incarico dirigenziale, i divieti dell'art. 35 bis d.lgs. 165/2001 riguardano mansioni specifiche, indipendentemente da una loro natura dirigenziale o meno.

Analogamente a quanto osservato per l'inconferibilità, la norma citata non può trovare applicazione al caso di specie per mancanza dei presupposti, stante l'assenza di una sentenza di condanna (in tal senso, cfr. Delibera n. 306 del 1 aprile 2020).

## 3. Applicabilità dell'art. 3 della legge n. 97 del 2001 (Trasferimento a seguito di rinvio a giudizio) - sussistente

Ulteriore normativa rilevante nel caso concreto è l'art. 3 dalla legge n. 97/2001 (*"Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni"*), che include i dipendenti (non solo i dirigenti) degli enti a prevalente partecipazione pubblica tra i soggetti ai quali si applicano le misure del trasferimento ad altro ufficio a seguito di rinvio a giudizio, nelle ipotesi ivi previste (cfr. Delibera n. 215/2019).

L'articolo 3, comma 1, della richiamata legge stabilisce che *"quando nei confronti di un dipendente di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica è disposto il giudizio per alcuni dei delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale e dall'articolo 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383, l'amministrazione di appartenenza lo trasferisce ad un ufficio diverso da quello in cui prestava servizio al momento del fatto, con attribuzione di funzioni corrispondenti, per inquadramento, mansioni e prospettive di carriera, a quelle svolte in precedenza"*.

Tale norma ha introdotto l'istituto del trasferimento ad ufficio diverso da quello in cui prestava servizio per il dipendente rinviato a giudizio per i delitti richiamati. Si tratta di una serie di reati molto più ristretta rispetto all'intera gamma di reati previsti dal Titolo II Capo I del Libro secondo del Codice Penale Il trasferimento è obbligatorio, salva la scelta, lasciata all'amministrazione, *"in relazione alla propria organizzazione"*, tra il *"trasferimento di sede"* e *"l'attribuzione di un incarico differente da quello già svolto dal dipendente, in presenza di evidenti motivi di opportunità circa la permanenza del dipendente nell'ufficio in considerazione del discredito che l'amministrazione stessa può ricevere da tale permanenza"* (art. 3, comma 1). *"Qualora, in ragione della qualifica rivestita, ovvero per obiettivi motivi organizzativi, non sia possibile attuare il trasferimento di ufficio, il dipendente è posto in posizione di aspettativa o di disponibilità, con diritto al trattamento economico in godimento salvo che per gli emolumenti strettamente connessi alle presenze in servizio, in base alle disposizioni dell'ordinamento dell'amministrazione di appartenenza"* (art. 3, comma 2). Il trasferimento perde efficacia se interviene sentenza di proscioglimento o di assoluzione, ancorché non definitiva, *"e in ogni caso, decorsi cinque anni"* dalla sua adozione (art. 3, comma 3). Ma l'amministrazione, *"in presenza di obiettive e motivate ragioni per le quali la riassegnazione all'ufficio originariamente coperto sia di pregiudizio alla funzionalità di quest'ultimo"*, *"può non dare corso al rientro"* (art. 3, comma 4).

Dall'esame della norma, con riferimento alle conseguenze del procedimento penale sul sottostante rapporto di lavoro, si può ritenere che, con riferimento ai delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale e dall'articolo 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383:

a) in caso di rinvio a giudizio, per i reati previsti dal citato art. 3, l'amministrazione sia tenuta a trasferire il dipendente ad un ufficio diverso da quello in cui prestava servizio al momento del fatto, con attribuzione di funzioni corrispondenti, per inquadramento, mansioni e prospettive di carriera, a quelle svolte in precedenza. In

caso di impossibilità (in ragione della qualifica rivestita, ovvero per obiettivi motivi organizzativi), il dipendente è invece posto in posizione di aspettativa o di disponibilità, con diritto al trattamento economico in godimento;

b) in caso di condanna non definitiva, i dipendenti sono sospesi dal servizio (ai sensi del richiamato art. 4);

c) nel caso sia pronunciata sentenza penale irrevocabile di condanna, ancorché a pena condizionalmente sospesa, l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego può essere pronunciata a seguito di procedimento disciplinare (ai sensi del richiamato art. 5).

Quanto alla natura dei provvedimenti adottati occorre rilevare che il trasferimento di ufficio conseguente a rinvio a giudizio e la sospensione dal servizio in caso di condanna non definitiva, non hanno natura sanzionatoria, ma sono misure amministrative, sia pure obbligatorie, a protezione dell'immagine di imparzialità dell'amministrazione (si vede l'esplicito riferimento al "discredito" citato nel comma 1 dell'art. 3), mentre solo l'estinzione del rapporto di lavoro ha carattere di pena accessoria (l'estinzione viene aggiunta alle pene accessorie di cui all'art. 19 del codice penale, proprio dall'art. 5, co. 1, della legge n. 97).

Alla luce della normativa sopra richiamata e delle indicazioni fornite dall'Autorità, si ritiene che la società *omissis* abbia ingiustificatamente disapplicato quanto disposto dall'art. 3 dalla legge n. 97/2001, laddove il dirigente in questione - rinvio a giudizio per l'ipotizzata commissione del reato di cui all'art. 314 c.p. - sia stato assegnato ai medesimi uffici in cui prestava servizio al momento dei fatti contestati e svolgere le medesime funzioni (es. Area Finanza e Bilancio).

Infatti, l'adozione del provvedimento che dispone il trasferimento ad altro ufficio con attribuzione di funzioni corrispondenti, per inquadramento, mansioni e prospettive di carriera, a quelle svolte in precedenza è obbligatoria in caso di rinvio a giudizio per i reati di cui agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 c.p. e all'art. 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383. In caso di impossibilità (in ragione della qualifica rivestita, ovvero per obiettivi motivi organizzativi), il dipendente è invece posto in posizione di aspettativa o di disponibilità, con diritto al trattamento economico in godimento.

#### 4. Il rafforzamento della strategia di prevenzione

La circostanza che la società sia venuta a conoscenza della pendenza di un procedimento penale dopo circa quattro anni dalla sua apertura appare indicativa di una inadeguatezza della strategia di prevenzione. La fattispecie sottoposta all'esame di quest'Autorità, pertanto, impone una revisione ed un rafforzamento delle misure preventive finora adottate dall'ente nei termini che seguono.

In primo luogo occorre formalizzare all'interno del PTPC una procedura per l'attuazione della rotazione straordinaria, in conformità a quanto indicato dalle Linee guida A.N.AC. in materia (cfr. delibera n. 215/2019). Essa comporta l'attribuzione di un diverso incarico al soggetto indagato o imputato in un procedimento penale per la commissione di reati contro la Pubblica Amministrazione ovvero interessato da procedimento disciplinare per l'accertamento delle condotte che possono integrare analoghi delitti. In tali ipotesi l'amministrazione verifica se la condotta incriminata, sussumibile in una delle fattispecie contenute nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, risulti idonea a pregiudicare l'immagine in caso di permanenza nell'incarico del dipendente interessato. A seguito del rinvio a giudizio l'adozione di un provvedimento nei confronti dell'imputato diventa obbligatoria laddove gli sia ascritto uno dei reati previsti dall'art. 7 l. n. 69/2015. In ogni caso, al ricorrere dei succitati presupposti il provvedimento di trasferimento può essere adottato anche se il fatto penalmente rilevante concerne condotte corruttive tenute in altri uffici dello stesso ente o in una diversa amministrazione.

Con l'occasione si segnala che la rotazione straordinaria si differenzia per finalità e modalità applicative dalla rotazione ordinaria: mentre la prima opera in presenza di determinati presupposti ed è finalizzata ad evitare un pregiudizio all'immagine dell'ente che potrebbe derivare dalla permanenza nell'ufficio del dipendente indagato o imputato in un procedimento penale, la seconda si inserisce nel quadro degli strumenti organizzativi dell'Amministrazione, garantendo l'alternanza del personale nelle aree più esposte al rischio di fenomeni correttivi con l'obiettivo di neutralizzare il consolidamento nel tempo delle relazioni connesse alla posizione rivestita. In altre parole, la rotazione ordinaria agisce su un piano di stretta prevenzione, in quanto fondata

sull'analisi del rischio; la rotazione straordinaria, invece, interviene in una fase di concretizzazione del rischio di cui proprio la condotta penalmente rilevante assunta dal dipendente costituisce espressione, proponendosi quale misura di ordine "cautelare" e, dunque, provvisoria, volta ad impedire una lesione all'immagine d'imparzialità della Pubblica Amministrazione. Ne deriva che i limiti operanti per la rotazione ordinaria non valgono anche per quella straordinaria, la quale, dunque, non ammette soluzioni alternative parimenti efficaci. In quest'ottica la cd. segregazione di funzioni – disposta dalla società come riferito dall'istante – pur essendo una valida misura alternativa alla rotazione ordinaria non costituisce una risposta adeguata dell'amministrazione a fronte dell'apertura di un procedimento penale nei confronti del dipendente. Del resto, l'impossibilità di disporre il trasferimento in caso di rotazione straordinaria comporta il collocamento in aspettativa del soggetto o la messa in disponibilità con conservazione del trattamento economico spettante, mentre laddove difetti il rapporto di servizio con l'ente dovrà procedersi alla revoca dell'incarico ed alla risoluzione del sottostante contratto.

Al fine di agevolare l'amministrazione nell'acquisizione di notizie relative all'avvio di procedimenti penali o disciplinari nei confronti del proprio personale si raccomanda l'introduzione di un'apposita disposizione del codice di comportamento che imponga ai dipendenti interessati il dovere di segnalare l'avvio dei predetti procedimenti.

Un'ultima misura di prevenzione idonea a preservare l'immagine della società è costituita dalla previsione di una clausola di esclusione nei bandi di concorso e negli avvisi di selezione del personale per coloro che abbiano procedimenti penali in corso a proprio carico. In proposito si richiama anche un orientamento del giudice amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 3542/2016) secondo il quale: *"Qualora un bando di gara preveda, tra i requisiti di ammissione, di «non avere procedimenti penali in corso» l'espressione «procedimento» deve intendersi come inclusiva delle varie ipotesi nelle quali un soggetto assuma la qualità già di indagato nella fase delle indagini preliminari"*. Il Consiglio di Stato ha, quindi, riconosciuto la legittimità di questa disposizione, pur in mancanza di una norma di legge che la preveda, in quanto rientrante nell'ambito della discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni in tale materia. Secondo i giudici le amministrazioni possono autonomamente inserire nelle norme regolamentari previsioni a condizione che non si tratti di scelte *"irragionevoli o macroscopicamente contrarie ai principi dell'ordinamento"*. La clausola di non avere procedimenti penali pendenti è stata ritenuta ragionevole dal giudice amministrativo nel caso dallo stesso esaminato e definita congrua rispetto *"ad un'esigenza di difesa avanzata dell'Amministrazione"*. Secondo il collegio, pertanto, è da ritenersi legittimo che l'ente stabilisca l'inserimento di questa clausola se intende tutelare preventivamente il possibile manifestarsi di circostanze che siano suscettibili di arrecare danno all'interesse pubblico. Ciò, in particolare, nel caso in cui gli illeciti penali siano connessi con l'impiego da assumere.

Tale scelta appare altresì idonea a prevenire eventuali pregiudizi che possano derivare all'immagine dell'ente dall'attribuzione di incarichi a soggetti che risultino sottoposti a procedimenti penali, ancorché non ancora definiti con sentenza di condanna. In questa prospettiva si ritiene che l'inserimento della clausola assuma, altresì, una funzione di prevenzione del rischio corruttivo.

## 5. Incarico di D.G.

Dalla documentazione trasmessa è risultato che il dott. *omissis* è stato selezionato dalla società per svolgere l'incarico di D.G. per il periodo dal *omissis*. Appare pertanto singolare che la società *omissis* abbia richiesto all'Autorità di conoscere se l'interessato potesse partecipare ad una selezione per la nomina di Direttore Generale, quando in realtà l'incarico sia stato già affidato all'interessato seppur temporaneamente.

In considerazione di quanto esposto nei punti precedenti, del ruolo apicale e strategico che ricopre la figura del Direttore Generale all'interno della società (come evincibile dall'esame delle disposizioni statutarie della *omissis*, che all'art. 27 rubricato "*omissis*"), della natura fiduciaria dell'attribuzione e del discredito che certamente deriverebbe alla immagine della stessa società, si ritiene non opportuna la partecipazione dell'interessato alla selezione per la nomina di *omissis*.

Alla luce di quanto sopraesposto, si ritiene in conclusione quanto segue:

1. la società *omissis* è tenuta ad applicare l'art. 3 dalla legge n. 97/2001 e, dunque, a trasferire il dirigente ad un ufficio diverso da quello in cui prestava servizio al momento dei fatti di reato, con attribuzione di funzioni corrispondenti, per inquadramento, mansioni e prospettive di carriera, a quelle svolte in precedenza. In caso di impossibilità (in ragione della qualifica rivestita, ovvero per obiettivi motivi organizzativi), il dipendente in questione sarà invece posto in posizione di aspettativa o di disponibilità, con diritto al trattamento economico in godimento. Da ciò ne consegue che la misura della doppia firma e la misura del cd. segregazione di funzioni - non previste dalla normativa in questione - risultano allo stato inadeguate;
2. la circostanza che la società sia venuta a conoscenza della pendenza di un procedimento penale dopo circa quattro anni dalla sua apertura appare indicativa di una inadeguatezza della strategia di prevenzione. Ciò impone *in primis* una revisione ed un rafforzamento delle misure preventive finora adottate dall'ente e, in particolare, si raccomanda: a) l'introduzione di un'apposita disposizione del codice di comportamento che imponga ai dipendenti il dovere di segnalare l'avvio di procedimenti penali; b) la previsione - per il futuro - di una clausola di esclusione nei bandi di concorso e negli avvisi di selezione del personale per coloro che abbiano procedimenti penali in corso a proprio carico;
3. tenuto conto che la procedura selettiva per la nomina di *omissis* della *omissis* non ha avuto seguito, in considerazione del ruolo apicale e strategico che ricopre la figura del D.G. all'interno della *omi*, della natura fiduciaria dell'attribuzione e del discredito che certamente deriverebbe alla immagine della stessa società, si ritiene che la partecipazione dell'interessato ad una eventuale selezione sarebbe inopportuna.

Tanto premesso, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 26 luglio 2023, ha disposto la trasmissione delle suesposte considerazioni.

Il Presidente

*Avv. Giuseppe Busia*

Atto firmato digitalmente