



Presidente

Omissis

Fasc. ANAC n. 383/2024

Oggetto: Richiesta di parere in ordine al conferimento di incarichi di Elevata Qualificazione a personale dipendente con rapporto di lavoro di natura non dirigenziale (prot. ANAC n. *omissis* e n. *omissis* del 15 gennaio 2024) – *Riscontro*.

Con le note in oggetto è stato richiesto – in considerazione del vigente quadro normativo (art. 1. comma 1, lettera g), d.lgs. 39/2013) che prevede l'inconferibilità dell'incarico unicamente per il personale di qualifica dirigenziale e nel solo caso di sentenza penale non definitiva – se la previsione normativa sia estensibile, nell'alveo dell'autonomia regolamentare e discrezionale dell'Ente, al personale non dirigenziale, anche in relazione a pronunce di condanna per responsabilità civili e/o amministrativo-contabili, ferma restando l'obbligatorietà del procedimento disciplinare e gli effetti conseguenti.

In particolare, gli istanti hanno rappresentato quanto segue:

- il Comune di *omissis* è un ente dotato di dirigenza e di una struttura organizzativa articolata in Aree, Settori, Posizioni Organizzative, Servizi e Uffici. A norma del Regolamento comunale sull'ordinamento degli Uffici e dei Servizi, le Posizioni Organizzative sono aree intermedie di Settore, cui sono preposti funzionari incaricati della responsabilità di prodotto e risultato di attività complesse, destinatari di deleghe dirigenziali comportanti anche la firma di provvedimenti finali, ad esclusione degli atti di gestione finanziaria, attratti ai sensi dell'art. 107 del TUEL alle competenze esclusive dei dirigenti, figure, queste ultime, poste a capo delle aree e dei settori;
- nel mese di dicembre 2023, l'amministrazione si è dotata di un proprio regolamento di attuazione dell'Area di "Elevata Qualificazione" introdotta dal CCNL del personale del comparto del *omissis*, che ha sostituito e abrogato la precedente Area delle Posizioni Organizzative;
- in sede di espletamento delle prescritte relazioni sindacali per la definizione dei criteri di conferimento e revoca degli incarichi di "Elevata Qualificazione", la RSU ha proposto l'inserimento, fra i motivi ostativi al conferimento dell'incarico e/o di revoca (qualora l'incarico sia stato già conferito), della presenza di sanzioni disciplinari superiori alla multa e/o di sentenze di condanna per responsabilità civili, amministrativo-contabili e penali, anche non definitive;

In relazione ai quesiti formulati, si pone la necessità di approfondire in quale ipotesi la figura di P.O. (ora Elevata qualificazione) è assimilabile ad un incarico dirigenziale ai sensi del dlgs. 39/2013 e la possibilità di estendere le ipotesi di inconferibilità al personale non dirigenziale, anche in relazione a pronunce di condanna per responsabilità civili e/o amministrativo-contabili, come di seguito illustrato.

1. Inconferibilità di incarichi ai sensi del d.lgs. 39/2013

A norma dell'art 1, comma 2, lettera g) del d.lgs 39/2013 per «inconferibilità», si intende *“la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico”*. Pertanto, il decreto legislativo prevede tre ordini di cause di inconferibilità di incarichi:

- in caso di condanna, anche non definitiva, per reati contro la pubblica amministrazione
- la provenienza da enti di diritto privato;
- la provenienza da organi di indirizzo politico.

Il regime delle inconferibilità di cui al d.lgs. n. 39 del 2013 fa riferimento agli incarichi dirigenziali e agli incarichi di funzioni dirigenziali, per cui l'annoverabilità tra i medesimi degli incarichi di posizione organizzativa dipende dall'attribuzione delle stesse funzioni dirigenziali.

L'art. 2 co. 2 del d.lgs. 39/2013 prevede, infatti, che ai fini del presente decreto, al conferimento negli enti locali di incarichi dirigenziali è assimilato quello di funzioni dirigenziali a personale non dirigenziale, nonché di tali incarichi a soggetti con contratto a tempo determinato.

Al riguardo occorre precisare che all'interno delle amministrazioni possono distinguersi incarichi di P.O. che svolgono le funzioni di vice-dirigente negli enti dove è istituita la dirigenza, dagli incarichi di P.O. che assumono invece il ruolo di responsabili di un servizio ove i dirigenti non sono previsti in dotazione organica.

In conclusione:

- negli enti privi di dirigenza, i titolari di P.O. sono figure apicali e godono della più ampia autonomia;
- negli enti con dirigenza, i titolari di P.O. sono collocati all'interno di strutture di massimo livello alla cui responsabilità è preposto comunque un dirigente. In tal caso l'autonomia della P.O. trova il suo limite nella corrispondente autonomia del dirigente.

Ciò posto, occorre verificare quali incarichi di P.O., tra le due tipologie sopra richiamate, siano rilevanti ai fini del d.lgs. 39/2013 con particolare riferimento all'ipotesi di inconferibilità ivi previste.

In base alla definizione dell'art. 1, comma 2, lettera j) del d.lgs. n. 39/2013, per "incarichi dirigenziali interni" si intendono «gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione... conferiti a dirigenti o ad altri dipendenti, ivi comprese le categorie di personale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, appartenenti ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico ovvero al ruolo di altra pubblica amministrazione» (sul punto, cfr. Delibera n. 306/2020, Delibera n. 685/2019).

Con particolare riferimento agli incarichi di Posizione Organizzativa, l'Autorità con orientamento n. 4 del 15 maggio 2014, riformulato in data 19 marzo 2015, si è poi espressa affermando che «l'incarico di posizione organizzativa in un ente locale, conferito ai sensi dell'art. 109, comma 2 del d.lgs. 267/2000 [...] è qualificabile come incarico di funzioni dirigenziali a personale non dirigenziale, fatta salva l'ipotesi che il conferimento dello stesso sia avvenuto prima dell'entrata in vigore del citato decreto 39, secondo quanto stabilito dall'art. 29-ter del d.l. 69/2013».

Detto orientamento fa, dunque, esplicito riferimento ad una P.O. conferita ai sensi dell'art. 109, "Conferimento di funzioni dirigenziali", del TUEL, assimilabile ad un incarico dirigenziale, in relazione alle previsioni del comma 2 dove «nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione».

Pur trattandosi di un medesimo incarico di responsabilità, la norma va riferita quindi agli incarichi apicali, dove il soggetto esercita la funzione dirigenziale piena, pur non rivestendone la qualifica contrattuale: un'identità di responsabilità non mediate da una figura sovraordinata, come nel caso di P.O. posto alle dipendenze funzionali di un dirigente (in tal senso l'Autorità si è già espressa con Delibera n. 580 del 28 luglio 2021).

Nella richiesta di parere, l'istante precisa testualmente che "il Comune di omissis è un ente dotato di dirigenza e di una struttura organizzativa articolata in Aree, Settori, Posizioni Organizzative, Servizi e Uffici. A norma del Regolamento comunale sull'ordinamento degli Uffici e dei Servizi, le Posizioni Organizzative sono aree intermedie di Settore, cui sono preposti funzionari incaricati della responsabilità di prodotto e risultato di attività complesse, destinatari di deleghe dirigenziali comportanti anche la firma di provvedimenti finali, ad esclusione degli atti di gestione finanziaria, attratti ai sensi dell'art. 107 del TUEL alle competenze esclusive dei dirigenti, figure, queste ultime, poste a capo delle aree e dei settori".

Sulla base dei soli elementi fattuali riportati dall'istante, sembrerebbe pertanto che il Comune di *omissis* sia dotato di personale di qualifica dirigenziale e che le Posizioni organizzative siano collocate all'interno di strutture definite aree intermedie di Settore, poste sotto figure dirigenziali che risultano a capo delle stesse aree e settori.

Risulterebbe, altresì, che alle P.O. siano comunque affidate funzioni decisorie in quanto destinatarie di deleghe dirigenziali comportanti anche la firma di provvedimenti finali, salvo i compiti relativi agli atti di gestione finanziaria, attratti ai sensi dell'art. 107 del TUEL alle competenze esclusive dei dirigenti.

Dunque, detto quadro fattuale porterebbe a concludere che le funzioni concretamente e specificatamente esercitate dalle P.O. (E.Q.), come previste dal nuovo Regolamento del comune di *omissis* sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, non risultino conferite ai sensi dell'art. 109, comma 2, del TUEL, ai sensi del quale *"Nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione"*.

Soltanto negli enti locali privi di dirigenza, l'incarico di posizione organizzativa (ora E.Q.), conferito ai sensi dell'art. 109, comma 2 del d.lgs. 267/2000:

- risulta qualificabile come incarico di funzioni dirigenziali a personale non dirigenziale;
- rientra nella definizione di "incarico dirigenziale interno" di cui all'art. 1, co. 2 lett. j), del d.lgs. n. 39/2013, con conseguente applicazione dell'ipotesi di inconfiribilità di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. 39/2013, nel ricorrere dei presupposti previsti dalla citata disposizione.

La situazione di inconfiribilità individuata nell'art. 3 del d.lgs. 39/2013, rubricato "Inconfiribilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione", prevede infatti che:

"1. 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... c) 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".

La disposizione normativa in esame prevede ipotesi di inconfiribilità di incarichi unicamente per il personale di qualifica dirigenziale che non si ritiene estensibile, nell'alveo dell'autonomia regolamentare e discrezionale dell'Ente, al personale non dirigenziale.

Per ogni approfondimento sulla fattispecie in esame si richiamano comunque le indicazioni fornite dall'Autorità con la Delibera n. 1201 del 18 dicembre 2019, recante *"Indicazioni per l'applicazione della disciplina delle inconfiribilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione – art. 3 d.lgs. n. 39/2013 e art. 35 bis d.lgs. n. 165/2001"*.

In merito alla seconda parte del quesito posto, ovvero se l'inconfiribilità (art 3 del d.lgs. 39/2013) sia estensibile anche in relazione a pronunce di condanna per responsabilità civili e/o amministrativo-contabili, occorre chiarire che le ipotesi di incompatibilità e inconfiribilità per il conferimento di incarichi nelle PP.AA. sono tassative e devono essere interpretate restrittivamente, non essendo ammissibile una loro applicazione in via analogica (c. Conti, sez. giur. per la Regione Emilia-Romagna, sent. n. 79/2018). La condotta, per essere illecita, deve essere posta in violazione di una specifica norma di legge che la preveda, non che non può essere interpretata in via analogica.

In tema di inconfiribilità degli incarichi, l'Autorità ha chiarito più volte come detta fattispecie, con funzione di prevenzione della corruzione e di garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione, non rientri nella categoria delle sanzioni (penali o amministrative), ma riguardi uno *status* oggettivo nel quale si trova chi è stato condannato anche con sentenza non passata in giudicato per uno dei reati contro la Pubblica amministrazione previsti dal codice penale (cfr. delibera n. 1292 del 23 novembre 2016, n. 1201 del 18 dicembre 2019 e n. 427 del 14 settembre 2022).

In tal caso l'attribuzione o il mantenimento degli incarichi specificamente elencati all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 39/2013 sono vietati per carenza di un requisito soggettivo, dovendosi rintracciare nella sentenza di

condanna una prova dell'inidoneità alla spendita di poteri pubblici nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Detta circostanza è stata valutata *ex ante* dal legislatore in riferimento non solo alla disciplina dell'inconferibilità ma anche all'istituto della sospensione dalle cariche per gli amministratori di enti locali di cui al d.lgs. n. 235/2012.

Tra l'altro, l'Autorità ha affrontato la questione dell'estensione della disciplina delle inconferibilità e delle incompatibilità anche alle sentenze di condanna della Corte dei conti per danno erariale, ritenendo che la vigente formulazione dell'art. 3 d.lgs. 39/2013 limiti l'applicabilità del periodo di inconferibilità in esso prevista alle sole ipotesi di condanna penale, anche non definitive.

Ciò sicuramente riconoscendo rilevanza anche delle sentenze di condanna della Corte dei conti al risarcimento del danno erariale, le quali si portano dietro un giudizio di disvalore, dal punto di vista della lesione dell'immagine della pubblica amministrazione che agisce per mano di un dipendente condannato, analogo a quello delle sentenze di condanna emesse all'esito del giudizio penale. Lo stesso legislatore aveva ravvisato la necessità di un intervento in tal senso laddove, con la legge 7 agosto 2015, n. 124, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", aveva previsto che, nell'ambito dell'adozione dei decreti legislativi in materia di dirigenza pubblica e di valutazione dei rendimenti dei pubblici uffici, il Governo tenesse conto anche della "previsione di ipotesi di revoca dell'incarico e di divieto di rinnovo di conferimento di incarichi in settori sensibili esposti al rischio di corruzione, in presenza di condanna anche non definitiva, da parte della Corte dei conti, al risarcimento del danno erariale per condotte dolose" (art. 11, co. 1, lett. q).

Suddetta previsione non ha tuttavia trovato applicazione e l'Autorità ha ribadito, pertanto, la necessità di un nuovo intervento del legislatore in tal senso (cfr. punto 11.5 della delibera 1201/2019).

A conferma dell'impostazione assunta dall'Autorità, nel caso di specie potrebbe venire in rilievo anche un principio di ragionevolezza in forza del quale risulterebbe non coerente che le amministrazioni prevedano requisiti di accesso ai fini del conferimento degli incarichi di "Elevata Qualificazione" più stringenti (ipotesi di inconferibilità estesa anche a procedimenti civili/erariali) nei confronti di un funzionario, rispetto a quelli che il legislatore prevede in capo a figure dirigenziali.

2. Sulla diversa preclusione di cui all'art. 35 bis del d.lgs. 165/2001

Per completezza, si ricorda che la legge 190/2012 ha, inoltre, previsto degli specifici casi di inconferibilità non limitata ai soli dirigenti ma validi per tutto il personale, inserendo nel testo del d.lgs. 165/2001 l'art. 35-bis, rubricato "*Prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissioni e nelle assegnazioni agli uffici*", che testualmente dispone:

«Coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale:

a) non possono fare parte, anche con compiti di segreteria, di commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi;

b) non possono essere assegnati, anche con funzioni direttive, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati;

c) non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere. La disposizione prevista al comma 1 integra le leggi e regolamenti che disciplinano la formazione di commissioni e la nomina dei relativi segretari».

In merito al rapporto tra la suddetta disposizione e l'art. 3 del d.lgs. 39/2013 quest'Autorità si è pronunciata in diversi casi. Con la delibera n. 1292 del 23 novembre 2016 si è chiarito che "*L'art. 35 bis del d.lgs. n.165/2001 rappresenta una nuova fattispecie di inconferibilità, atta a prevenire il discredito, altrimenti derivante all'Amministrazione, dovuto all'affidamento di funzioni sensibili a dipendenti che, a vario titolo, abbiano commesso o siano sospettati di infedeltà*".

Le richiamate disposizioni sembrano, quindi, condividere la medesima *ratio* di tutela formale e sostanziale della funzione amministrativa, ma differiscono dal punto di vista degli effetti e della durata nel tempo delle inconfiribilità previste.

Quanto agli effetti, mentre le inconfiribilità 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. Dunque si tratta di una causa di inconfiribilità non limitata ai soli dirigenti e valida per tutto il personale e che, a differenza di quelle di cui al d.lgs. 39/2013, non ha un termine di applicazione se non la eventuale sentenza di assoluzione. Con Delibera n. 1292/2016 l'Autorità ha stabilito chiaramente che *"l'art. 35-bis si applica nei confronti non solo di coloro che esercitano funzioni dirigenziali, ma anche nei confronti di coloro che hanno solo compiti di segreteria ovvero che hanno solo funzioni direttive e non dirigenziali"* e con Delibera n.477/2019 che *"l'applicabilità dell'inconfiribilità ex art. 35- bis è da riferirsi anche ad ipotesi di condanna in primo grado per delitto tentato"*.

Con riferimento alla durata delle preclusioni, l'art. 3 d.lgs. 39/2013 prevede espressamente una differente durata a seconda della pena irrogata e della tipologia di sanzione accessoria interdittiva eventualmente comminata indicando quindi un limite temporale al dispiegarsi degli effetti dell'inconfiribilità; l'art. 35 bis d.lgs. 165/2001, si legge sempre nella richiamata delibera, *«sembra estendere la sua applicazione sine die, oltre lo spazio temporale di inconfiribilità»*, fino a che non sia intervenuta, per il medesimo reato, una sentenza di assoluzione anche non definitiva, che abbia fatto venir meno la situazione impeditiva (cfr. Delibera n. 121/2022).

Inoltre, nel Piano Nazionale Anticorruzione approvato in data 11.09.2013 è stato chiarito che la norma sopra riportata va applicata a tutti gli enti pubblici e comporta la verifica, spettante all'amministrazione, circa la sussistenza di eventuali precedenti penali a carico dei dipendenti e/o di soggetti cui intendono conferire incarichi, nelle seguenti circostanze: all'atto della formazione delle commissioni per l'affidamento di commesse o di commissioni di concorso; all'atto del conferimento degli incarichi dirigenziali e degli altri incarichi previsti dall'art. 3 del d.lgs 39/2013; all'atto dell'assegnazione di dipendenti dell'area direttiva agli uffici che presentano le caratteristiche indicate dall'art. 35 bis del d.lgs 165/2001.

Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene che:

- a) soltanto l'incarico di posizione organizzativa (ora E.Q.) in un ente locale, conferito ai sensi dell'art. 109, comma 2 del d.lgs. 267/2000, è qualificabile come incarico di funzioni dirigenziali a personale non dirigenziale, rientrando nella definizione di "incarico dirigenziale interno" di cui all'art. 1, co. 2 lett. j), del d.lgs. n. 39/2013, con conseguente applicazione dell'ipotesi di inconfiribilità di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. 39/2013, nel ricorrere dei presupposti previsti dalla citata disposizione;
- b) la previsione normativa di cui all'art 3, comma 1, del d.lgs 39/2013 non si ritiene estensibile a pronunce di condanna per responsabilità civili e/o amministrativo-contabili, in quanto la vigente formulazione del citato articolo limita l'applicabilità del periodo di inconfiribilità in esso prevista alle sole ipotesi di condanna penale, anche non definitive;
- c) non risulta coerente, secondo un principio di ragionevolezza, che le amministrazioni prevedano requisiti di permanenza e di accesso ai fini del conferimento degli incarichi di "Elevata Qualificazione" più stringenti (ipotesi di inconfiribilità estesa anche a procedimenti civili/erariali) nei confronti di un funzionario, rispetto a quelli che il legislatore prevede per gli incarichi dirigenziali.

Tanto premesso, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 14 febbraio 2024, ha disposto la trasmissione delle suesposte considerazioni.

Il Presidente

Firmato digitalmente

Avv. Giuseppe Busia