



Presidente

AL
Omissis

RISERVATA

Fasc. Anac n. UVCAT/947/2023

Da citare nella corrispondenza

Oggetto: Comune di Omissis – Richiesta di parere in ordine alla sussistenza di un'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 3 del d.lgs. 39/2013 in capo a un dipendente in servizio presso l'ente locale (prot. ANAC n. omissis del omissis) – **Riscontro**

Con riferimento alla nota in oggetto - con la quale è stato richiesto se sia legittimo affidare la responsabilità di posizione organizzativa ad un dipendente comunale (omissis) condannato per il reato di abuso di ufficio, falso materiale e falso ideologico, con l'esclusione dell'aggravante mafiosa, si rappresenta quanto segue.

Il quesito posto pone la necessità di verificare se il caso di specie rientri nell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del d.lgs. n. 39/2013. In particolare la norma astrattamente applicabile alla fattispecie in esame è l'art. 3, co. 1 *lett. c)*, del d.lgs. n. 39/2013 ai sensi del quale *"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: [...] 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"*.

A tal fine occorre verificare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla norma per l'integrazione della prospettata fattispecie di inconferibilità. Anzitutto, è necessario vi sia un provvedimento giurisdizionale, seppur non definitivo, di condanna per uno dei reati rientranti nel catalogo previsto dal medesimo art. 3 del d.lgs. n. 39/2013. In secondo luogo si deve accertare che l'incarico eventualmente ricoperto dal soggetto condannato rientri nell'ambito soggettivo di applicazione del decreto.

1. Applicabilità dell'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 3 del d.lgs. 39/2013-
Sussistenza

a) Sulla sentenza di condanna per i reati di abuso di ufficio, falso materiale e falso ideologico

Da quanto rappresentato dall'istante e confermato dall'esame della documentazione prodotta, è risultata una sentenza di condanna di primo grado alla pena di anni 3 e mesi 6 di reclusione per i reati di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., falso materiale e falso ideologico ex art. 479 c.p., anche in relazione all'art. 476 comma I e II (senza applicazione della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici), emessa dal Tribunale di omissis nei confronti del dipendente comunale omissis. La sentenza successivamente è stata riformata in secondo grado dalla Corte di Appello penale di omissis che ha rideterminato la pena inflitta all'imputato, come

da regime concordato tra le parti, in 2 anni e 6 mesi, dichiarando l'inammissibilità dei suoi motivi di appello oggetto di rinuncia.

Il reato di abuso di ufficio rientra nel catalogo dei delitti presi in considerazione dall'art. 3 del summenzionato d.lgs., il quale eleva ad elemento costitutivo della fattispecie di inconfiribilità il compimento di uno dei reati previsti dal capo I, titolo II, del libro secondo del codice penale "*Dei delitti contro la pubblica amministrazione*" (cfr. Orientamento Anac n. 22/2015 e Delibera n. 306/2020).

Risulta pertanto sussistente allo stato attuale in capo al soggetto interessato un provvedimento giurisdizionale, anche non definitivo, di condanna per il reato di abuso di ufficio e, pertanto, il requisito individuato dall'art. 3 del d.lgs. n. 39/2013 come elemento costitutivo della predetta fattispecie d'inconfiribilità.

Infatti si richiama al riguardo la stessa disciplina contenuta nel co. 5° del medesimo articolo 3, ai sensi del quale "*la situazione di inconfiribilità cessa di diritto ove venga pronunciata, per il medesimo reato, sentenza anche non definitiva di proscioglimento*". Nel caso in discussione, non sussiste una sentenza - anche non definitiva - di proscioglimento, ma è soltanto pendente giudizio in cassazione avverso la sentenza di condanna di secondo grado.

b) Sull'incarico di P.O. conferito al dipendente comunale omissis - "incarico dirigenziale interno"

Da quanto riportato dall'istante, il dipendente comunale omissis ha ricoperto sino al omissis (decreto sind. n. omissis di revoca dell'incarico) la Posizione Organizzativa di Responsabile del Servizio Area Tecnica – Settore omissis - assegnatagli con decreto sindacale omissis.

Da quanto rappresentato - ed in mancanza dell'atto di conferimento in questione - sembrerebbe dunque che nell'ambito della posizione organizzativa assegnata al dipendente, quest'ultimo risulti responsabile del servizio Tecnico concernente omissis del Comune di omissis.

L'interessato sembrerebbe aver svolto quindi funzioni riconducibili a quelle di "amministrazione e gestione" richieste dal legislatore delegato per definire un incarico quale "incarico dirigenziale". A tal riguardo, infatti, va rilevato che quest'Autorità ha più volte evidenziato, da ultimo nella delibera n. 925/2017, che "*tutti gli incarichi dirigenziali interni ed esterni mediante i quali sia conferita la responsabilità di un servizio/ufficio, sono soggetti alla disciplina del d.lgs. n. 39/2013*".

Orbene, sembrerebbe sussistente anche il secondo elemento costitutivo della fattispecie d'inconfiribilità sopra prospettata, stante la riconducibilità dell'incarico di Posizione Organizzativa assegnato al dipendente comunale in questione nella definizione di "incarico dirigenziale interno" di cui all'art. 1, co. 2 *lett. j)*, del d.lgs. n. 39/2013, quali "*gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, 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).

Alla luce di quanto sopra esposto, la condanna disposta nei confronti dell'interessato per il reato - tra gli altri - di abuso di ufficio ex art. 323 c.p. , quale reato previsto dal capo I del titolo II del codice penale, renderebbe inconfiribile, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett c) d.lgs. 39/2013, al medesimo soggetto l'incarico di P.O. Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di omissis, in precedenza già assegnato all'omissis e poi revocato a seguito della vicenda giudiziaria *de qua*.

2. Sulla durata dell'inconfiribilità

Dall'istruttoria svolta è risultata una condanna – tra gli altri - per il reato di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. in capo al dipendente comunale (omissis), confermata anche in secondo grado dalla Corte di appello di omissis che, in riforma della sentenza di primo grado, ha rideterminato la pena inflitta in anni 2 e mesi 6.

Dunque l'inconfiribilità che viene in rilievo in questo caso è quella prevista dall'art. 3, co. 3, (ultimo periodo) del d.lgs. n. 39/2013, il quale dispone che la stessa "*ha carattere permanente quando sia stata inflitta la pena accessoria e 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. Ove sia stata inflitta una interdizione temporanea l'inconferibilità ha la stessa durata dell'interdizione. Negli altri casi ha una durata pari al doppio della pena inflitta, per un periodo comunque non superiore a 5 anni'.

Pertanto la durata dell'inconferibilità in capo all'interessato dovrebbe considerarsi pari al doppio della pena inflitta e cioè 60 mesi (5 anni), mancando nel caso di specie la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, sia essa perpetua o temporanea.

Ciò vale anche per l'ipotesi in cui sia stata concessa la sospensione condizionale della pena; infatti quest'Autorità, con orientamento n. 54 del 2014, ha chiarito che *"non rileva ai fini dell'inconferibilità di incarichi in caso di condanna, anche non definitiva, per reati contro la pubblica amministrazione, ex art. 3 del d.lgs. n. 39/2013, la concessione della sospensione condizionale della pena (Corte cost., 31 marzo 1994, n. 118; Corte cost., 3 giugno 1999, n. 206)"*.

3. Sulla decorrenza del periodo d'inconferibilità

Per quanto concerne il *dies a quo* dal quale iniziare a computare il periodo di inconferibilità, come ha già chiarito in passato questa Autorità, esso deve essere individuato nella data in cui l'amministrazione ha avuto notizia certa di procedimenti penali in corso.

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

Oltre alla preclusione di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. 39/2013, opera la diversa fattispecie di inconferibilità di cui all'art. 35 bis del d.lgs. 165/2001, rubricato *"Prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissioni e nelle assegnazioni agli uffici"*, inserito dall'art. 1, comma 46, della legge 190/2012, 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 inconferibilità previste.

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.

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'inconferibilità; 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 inconferibilità»*, 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.

5. Applicabilità della rotazione straordinaria

Giova ricordare, per il futuro, che una volta acquisita la notizia in ordine all'apertura di un procedimento penale nei confronti di un proprio dipendente per un reato contro la Pubblica Amministrazione, l'ente è tenuto a valutare gli eventuali rischi corruttivi connessi ai fatti oggetto di accertamento da parte dell'Autorità giudiziaria, assumendo le iniziative necessarie a prevenirli.

In particolare, viene in rilievo la misura della rotazione straordinaria prevista dall'art. 16, comma 1, let. I-quater, d.lgs. n. 165/2001. Tale disposizione indica tra i compiti assegnati ai dirigenti quello di provvedere *"al monitoraggio delle attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio corruzione svolte nell'ufficio a cui sono preposti, disponendo, con provvedimento motivato, la rotazione del personale nei casi di avvio di procedimenti penali o disciplinari per condotte di natura corruttiva"*.

L'Autorità ha fornito importanti indicazioni operative per la corretta applicazione della misura mediante la delibera n. 215 del 26 marzo 2019. In dette Linee guida è stato chiarito che la misura non assume carattere sanzionatorio ma svolge una funzione cautelare, allo scopo di assicurare che nell'area ove si sono verificati i fatti oggetto del procedimento penale o disciplinare siano attivate misure di prevenzione del rischio corruttivo idonee a tutelare l'immagine di imparzialità dell'amministrazione.

Con l'occasione è stato precisato che la rotazione straordinaria "scatta" a seguito dell'apertura di un procedimento penale per reati contro la Pubblica Amministrazione, dovendosi far riferimento al momento in cui il soggetto viene iscritto nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p. e, dunque, anche in una fase antecedente al rinvio a giudizio. In quest'ipotesi l'amministrazione ha la facoltà di verificare se la condotta incriminata, ascritta al dipendente e 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 mantenimento dell'incarico. A seguito del rinvio a giudizio, invece, l'adozione di un provvedimento nei confronti dell'imputato diventa obbligatorio solo laddove gli sia attribuito uno dei reati previsti dall'art. 7 l. n. 69/2015.

L'Autorità si è espressa anche in ordine ai reati rilevanti ai fini dell'attivazione della rotazione, ritenendo che le condotte di natura corruttiva vadano individuate alla luce dell'elencazione dei reati contenuta nell'art. 7 l. n. 69/2015: artt. 17, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis c.p.. Per tali fattispecie l'adozione di un provvedimento motivato con il quale viene valutata la condotta "corruttiva" del dipendente ed eventualmente disposta la rotazione straordinaria è considerata obbligatoria a partire dall'"avvio" del procedimento penale".

Con riguardo, poi, al personale sottoposto alla misura, giova evidenziare che essa opera *"con riferimento a tutti coloro che hanno un rapporto di lavoro con l'amministrazione: dipendenti e dirigenti, interni ed esterni, in servizio a tempo indeterminato ovvero con contratti a tempo determinato"* (Cfr. Linee guida cit.).

Ciò posto, occorre verificare se nel caso di specie ricorrano tutte le condizioni per l'applicazione della misura, quali la sussistenza di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione e l'avvio di un procedimento penale nei confronti del lavoratore per un reato contro la p.a. Dalle informazioni fornite è emerso che omissis è dipendente del Comune di omissis e che la stessa è stata indagata in il reato di abuso di ufficio ex art 323 c.p., non richiamato dall'art. 7 l. n. 69/2015

6. Provvedimenti disciplinari che possono essere applicati a carico del dipendente comunale condannato in attesa del responso della Cassazione

Da ultimo, con riferimento agli eventuali provvedimenti disciplinari che possono essere applicati al dipendente in questione, si precisa che esulano dall'ambito di competenza di questa Autorità le

problematiche relative alla disciplina in tema di procedimento disciplinare di cui si occupa il Dipartimento della Funzione pubblica presso la Presidenza del consiglio dei Ministri.

Tanto premesso, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza dell'8 marzo 2023, ha disposto la trasmissione delle suesposte considerazioni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente