



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 622 DELL'8 GIUGNO 2016

OGGETTO: Richiesta di parere formulata dal Direttore del servizio giuridico istituzionale del Consiglio regionale del Lazio in ordine all'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 39/2013 al Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà. Fascicolo n. 571/2015. **AG 95/2015/AC.**

Il Consiglio dell'Autorità nazionale anticorruzione

nell'adunanza dell' 8 giugno 2016;

visto il d.lgs. n. 39/2013;

visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici (UPAG)

Considerato in fatto

Con istanza del 20 gennaio 2015 (prot. n. 5144/2015), il Direttore del servizio giuridico istituzionale del Consiglio regionale del Lazio ha formulato una richiesta di parere avente ad oggetto all'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 39/2013 al Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà, organismo istituito e disciplinato con L.r. 6 ottobre 2003, n. 31.

In particolare, a parere dello scrivente, non risulta chiaro:

- a) se il Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà debba annoverarsi tra gli enti di diritto pubblico non territoriali [...] regionali", ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 39/2013, ovvero semplicemente tra gli organi dell'ente Regione Lazio e quindi non rientrante nelle fattispecie disciplinate dal citato decreto:
- b) qualora si ritenesse il Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà un ente pubblico regionale, se questo si debba considerare "amministratore di enti pubblici" ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. l) del d.lgs. n. 39/2013.

L'art. 1 della legge regionale 6 ottobre 2003, n. 31 definisce la missione del Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale, istituito presso il Consiglio regionale. Il Garante contribuisce a garantire, nell'ambito dei principi costituzionali e delle materie di competenze regionali i diritti dei detenuti.

L'art. 2 della citata legge regionale concerne la modalità di costituzione e le cause di incompatibilità: «Il Garante, per l'esercizio delle proprie funzioni, si avvale di due coadiutori. Il Garante e i due coadiutori **sono eletti** dal Consiglio regionale con deliberazione adottata a maggioranza assoluta con voto limitato. Il garante è scelto tra persone che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo, i coadiutori sono scelti tra persone che abbiano svolto attività in ambito sociale».

Il Consiglio regionale può revocare, con le stesse modalità previste per l'elezione, per gravi o ripetute violazioni di legge il Garante e i due coadiutori.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ritenuto in diritto

Natura giuridica del Garante.

Il Garante dei detenuti, così come il Garante per i diritti dell'infanzia svolge un ruolo in parte sovrapponibile a quello di difesa civica, sia pure con una speciale vocazione garantistica rivolta verso categorie di interessi definibili come “*sensibles*” (ovvero particolarmente derivati in quanto riconducibili a soggetti “*deboli*” come, detenuti, minori o anziani).

Il Garante rappresenta un organo di garanzia la cui natura giuridica per certi versi coincide con quella del difensore civico.

Sul punto, secondo una prima tesi si guarda alla figura del difensore civico e, quindi, in genere a tutte queste figure di garanzia, come ad un organo al quale non può essere riconosciuta la qualificazione di organo di governo regionale o locale (in tal senso Corte cost., sentenze n. 112/2014 e n. 167/2005). La seconda tesi riconosce la prevalenza di una qualificazione di tipo paragiurisdizionale del difensore civico. E, infine, la terza tesi giunge alla definizione della natura giuridica del difensore civico attraverso la sua riconduzione entro la categoria delle c.d. “*autorità amministrative indipendenti*” Da ultimo sul punto, in senso conforme la più recente giurisprudenza amministrativa (TAR Lazio- Roma, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 25 giugno 2008, n. 1178, che si riferisce ad un'autorità di garanzia che va oltre le amministrazioni da cui promana e nei cui confronti è destinata ad agire)

Nomina delle figure di garanzia con speciale vocazione garantistica. Atto di alta amministrazione. Atto politico.

Secondo la maggioranza della giurisprudenza amministrativa (cfr., tra le altre, TAR Piemonte, sez. I, 12 ottobre 2005, n. 2902) il provvedimento di nomina del Garante ovvero del difensore civico si fonda su un rapporto fiduciario che, però, non dispensa l'amministrazione di motivare sulle ragioni che hanno indotto alla scelta di quel candidato e sul perché tale candidato sia stato ritenuto più idoneo, ciò alla stregua dei principi di buon andamento e di imparzialità cui deve uniformarsi l'azione amministrativa ex art. 97 Cost. In definitiva, secondo tale orientamento giurisprudenziale, l'atto di nomina può rientrare negli atti di alta amministrazione.

Non deve essere però taciuto un costante orientamento della giurisprudenza amministrativa dei Tar siciliani, a parere dei quali tale nomina costituisce un atto politico, espressione della fiducia dell'assemblea consiliare, ovvero della maggioranza di essa, e, di conseguenza, insindacabile dal giudice amministrativo.

Ambito di applicazione del d.lgs. n. 39/2013.

Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 39/2013: «Le disposizioni del presente decreto si applicano agli incarichi conferiti nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi compresi gli enti pubblici, nonché negli enti di diritto privato in controllo pubblico. Ai fini del presente decreto al conferimento negli enti locali di incarichi dirigenziali è assimilato quello di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

funzioni dirigenziali a personale non dirigenziale, nonché di tali incarichi a soggetti con tratto a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 110, comma 2, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

Gi incarichi e le cariche cui si riferisce il decreto 39/2013 sono gli incarichi amministrativi di vertice, gli incarichi dirigenziali interni ed esterni, le cariche di presidente, amministratore delegato in enti in controllo pubblico regolato o finanziato, gli incarichi di direttore generale, amministrativo e sanitario nelle aziende sanitarie.

La carica di Garante ovvero di tutte le figure ad esso assimilabile, non può ascrivarsi alle definizioni previste dal decreto 39, attesa la natura di organo imparziale e indipendente tipica del Garante e attese le funzioni svolte di mediatore tra conflitti.

Il Garante, pertanto, non è un organo regionale, né è un ente pubblico, né tanto meno è un incarico amministrativo di vertice. Non può, quindi, annoverarsi tra gli incarichi "amministrativi" che sono oggetto delle disposizioni del d.lgs. n. 39/2013. Le inconferibilità e le incompatibilità riferite a tale figura, potrebbero trovarsi nelle ipotesi disciplinate dal d.lgs. n. 235/2012.

Inconferibilità e incompatibilità per l'accesso alle cariche politiche e per l'accesso agli incarichi amministrativi.

Con riferimento al criterio generale per la soluzione dell'antinomia tra la disciplina del d.lgs. n. 235/2012 e quella del d.lgs. n. 39/2013 l'Autorità (AG 44-15/AC) ha affermato che: «Il criterio non può che essere rinvenuto nella *ratio* fondamentale delle due discipline: da un lato (d.lgs. n. 235) le incandidabilità/inconferibilità per l'accesso alle cariche "politiche" e dall'altro (d.lgs. n. 39) le inconferibilità per l'accesso agli incarichi "amministrativi". Ciò determina la conseguenza di applicare il d.lgs. n. 39 per tutti gli incarichi sicuramente amministrativi, superandosi, per questi, il criterio della competenza soggettiva al conferimento dell'incarico (organo di indirizzo politico).

Poiché un incarico amministrativo, di vertice o dirigenziale, è sempre conferito da uno degli organi di governo indicati al comma 2 degli articoli 7 e 10 del d.lgs. n. 235 la possibile antinomia deve essere risolta nel senso che trova applicazione il d.lgs. n. 39, non solo perché norma successiva nel tempo, ma perché ha disciplinato in modo organico e ragionato proprio gli incarichi amministrativi, con una disciplina che deve essere considerata speciale in tutti i casi di possibile sovrapposizione tra discipline diverse. Il comma 2 degli artt. 7 e 10 del d.lgs. n. 235, nello stabilire l'incandidabilità e l'impossibilità "comunque di ricoprire le cariche" configura per i soggetti condannati in via definitiva per i reati previsti nello stesso articolo, non solo il divieto di partecipare a competizioni elettorali, ma anche l'inconferibilità degli incarichi si pone in conflitto con la disciplina del d.lgs. n. 39, **non per le cariche sicuramente elettive o per le cariche conferite per nomina, ma sicuramente "politiche**, ma per alcuni incarichi che il d.lgs. n. 39 considera come "amministrativi", quali quelli di "amministratore di ente pubblico" (art. 3, comma 1 lettera b), e quelli di "amministratore di ente privato in controllo pubblico" (art. 3, comma 1, lettera, d).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Tutto ciò premesso e considerato,

IL CONSIGLIO

Attesa la particolare natura e le funzioni esercitate da tali organi di garanzia, il carattere fiduciario della nomina, delibera la non applicazione a tali figure delle ipotesi di inconferibilità/incompatibilità di cui al decreto legislativo n. 39/2013, nei sensi in cui in motivazione.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 giugno 2016

Il Segretario, Maria Esposito