

Il Segretario Generale

Id. 521233

Macerata, 3 agosto 2013

Al Sindaco

Alla Giunta Comunale

Al Presidente del Consiglio Comunale

LORO SEDI

Oggetto: Decreto Legislativo 8 aprile 2013, n. 39 intitolato “*Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico*” – **Adeguamento dell’ordinamento comunale in relazione alle procedure interne e agli organi titolari di poteri sostitutivi**

Come è noto, la legge 6 novembre 2012, n.190 recante “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*” (art.1, commi 49 e 50) ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi diretti a modificare la disciplina vigente in materia di:

- attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, da conferire a soggetti interni o esterni alle pubbliche amministrazioni, che comportano funzioni di amministrazione e gestione;
- incompatibilità tra i detti incarichi e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate (art.1, commi 49 e 50).

Il Governo, nell’esercizio della delega attribuitagli, ha adottato il decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 intitolato “*Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico*”, in vigore, decorsa l’ordinaria *vacatio legis*, dal 4 maggio 2013.

Ne è derivato un sistema complesso e non privo di incertezze applicative, attualmente oggetto di ampio dibattito tra gli interpreti, anche in ragione della mancata previsione di un regime transitorio o di specifiche esenzioni, con possibili implicazioni in termini di invalidità sopravvenuta degli incarichi già conferiti.

Anche i recenti chiarimenti forniti dalla CIVIT, in qualità di Autorità nazionale anticorruzione, non consentono di risolvere completamente le riserve formulate.

A tale proposito, indicazioni di particolare rilievo non sono presenti neppure nella recente intesa raggiunta dalla Conferenza Unificata lo scorso 24 luglio, che avrebbe dovuto definire, ai sensi dell’art.1, comma 61, L.190/2012 “*gli adempimenti attuativi delle disposizioni dei decreti legislativi previsti*” dalla legge in materia di prevenzione della corruzione “*da parte delle regioni e*

delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali, nonché degli enti pubblici e dei soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo”.

1. Interdizione temporanea degli organi che conferiscono incarichi e adeguamento dell'ordinamento interno

L'art.17 del decreto legislativo in commento stabilisce che **“gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni del (...) decreto e i relativi contratti sono nulli”**.

Ai sensi del successivo art. 18, *“i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli sono responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati. Sono esenti da responsabilità i componenti che erano assenti al momento della votazione, nonché i dissenzienti e gli astenuti”*.

Inoltre, *“i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza. Il relativo potere è esercitato, per i Ministeri dal Presidente del Consiglio dei ministri e per gli enti pubblici dall'amministrazione vigilante”*.

Secondo la norma in esame *“le regioni, le province e i comuni provvedono entro tre mesi dall'entrata in vigore del presente decreto”* (e, dunque, entro il 4 agosto 2013) *“ad adeguare i propri ordinamenti individuando le procedure interne e gli organi che in via sostitutiva possono procedere al conferimento degli incarichi nel periodo di interdizione degli organi titolari”*.

L'adeguamento richiesto riguarda, dunque, l'individuazione degli organi titolari dei poteri sostitutivi e delle procedure interne con cui tali organi sostitutivi agiscono, in caso di nullità degli incarichi conferiti dagli organi titolari in via principale.

Decorso inutilmente il termine fissato per l'adeguamento, trova applicazione la procedura sostitutiva di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, secondo cui il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso anche tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario.

Qualora l'esercizio dei poteri sostitutivi riguardi Comuni, Province o Città metropolitane, la nomina del commissario deve tenere conto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. Il commissario provvede, sentito il Consiglio delle autonomie locali.

A tal fine di dar conto di tale adeguamento nel termine fissato, occorre individuare innanzitutto con precisione gli incarichi rilevanti ai fini del provvedimento in esame e, in secondo luogo, gli organi titolari, nell'ordinamento comunale, del potere di conferirli.

2. Tipologie di incarico disciplinate dal D.Lgs. 39/2013

Ai fini delle disposizioni in commento assumono rilevanza le seguenti tipologie di incarico presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, come definite dall'art. 1 D.Lgs. 39/2013:

- 1) gli *«incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati»*, cioè le cariche di presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato, le posizioni di dirigente, lo svolgimento stabile di attività di consulenza a favore dell'ente;

- 2) gli «*incarichi amministrativi di vertice*», cioè, nell'ente locale, gli incarichi di livello apicale, quali quelli di Segretario generale e di Direttore generale (ove previsto); nell'ordinamento delle autonomie locali non assume, invece, rilievo di vertice la figura eventuale (ricorrente negli enti di grandi dimensioni) del Capo dipartimento, considerata la presenza di un unico ruolo della dirigenza nel comparto di riferimento, diversamente dalla dirigenza statale per la quale si prevedono due fasce;
- 3) gli «*incarichi dirigenziali interni*», cioè 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;
- 4) gli «*incarichi dirigenziali esterni*», cioè 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 soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di pubbliche amministrazioni;
- 5) gli «*incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico*», cioè gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico.

Si precisa, per completezza espositiva, che costituiscono organi del Comune con funzioni di indirizzo politico esclusivamente il Sindaco, la Giunta e il Consiglio.

Sono invece organi con funzioni burocratico-gestionali il Segretario Generale, il Direttore generale (ove previsto) e i dirigenti dei servizi.

È, inoltre, opportuno evidenziare che gli incarichi in questione (come sopra descritti) si distinguono, per contenuto, natura giuridica e disciplina applicabile, dagli incarichi conferiti a collaboratori esterni e consulenti ai sensi del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), cui si può ricorrere solo in caso di comprovata assenza di adeguate professionalità interne e dei quali non si occupa il D.Lgs. 39/2013.

3. Organi comunali titolari del potere di conferire incarichi rilevanti ai sensi del D.Lgs. 39/2013

3.1. Incarichi conferiti dal Sindaco

Per quanto riguarda l'individuazione degli organi cui spetta il conferimento degli incarichi sopraindicati, rilevanti ai fini del decreto legislativo in esame, nell'ordinamento comunale viene in questione in primo luogo il potere del Sindaco di provvedere ai sensi dell'art.50 TUEL, sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio, alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni.

Sempre in base all'art. 50 TUEL il Sindaco nomina, inoltre, i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuisce e definisce gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna

secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dallo statuto e dal regolamento comunale.

Ai sensi dell'art. 99 TUEL egli nomina, inoltre, il segretario comunale, che dipende funzionalmente dal capo dell'amministrazione, scegliendolo tra gli iscritti all'albo nazionale.

Compete ugualmente al Sindaco, secondo l'art.108 TUEL, la nomina del Direttore generale, ove consentita (attualmente per i Comuni con popolazione almeno pari a centomila abitanti).

Tali disposizioni di rango legislativo sono sostanzialmente riprodotte nel vigente Statuto comunale.

Analoghe disposizioni di attuazione delle norme statutarie sono, inoltre, contenute nel Regolamento sull'Ordinamento Generale degli Uffici e dei Servizi.

Peraltro, alcune norme dello Statuto stabiliscono, per la nomina del Vice Segretario (art. 46), per il conferimento di incarichi dirigenziali a tempo determinato (art. 52) o di direzione di aree funzionali (art. 53), che il Sindaco vi provveda, previa deliberazione della Giunta comunale.

Anche in base ad una lettura sistematica delle disposizioni in esame alla luce dell'ordinamento vigente, deve necessariamente ritenersi che:

- La Giunta definisce gli aspetti organizzativi riguardanti l'organigramma e il funzionigramma, oltre che, eventualmente, la dotazione organica dell'Ente; dunque, in particolare la Giunta individua gli organi burocratici;
- il Sindaco provvede con proprio provvedimento all'individuazione del soggetto fisico da proporre all'organo considerato (Vice Segreteria Generale o incarico dirigenziale).

3.2. Nomine riservate al Consiglio Comunale

In secondo luogo ed in via residuale occorre fare riferimento all'art. 42, lett. m), TUEL 267/2000, che attribuisce al Consiglio comunale la competenza alla nomina dei propri rappresentanti presso enti, aziende ed istituzioni, nei casi in cui tale nomina sia ad esso espressamente riservata dalla legge.

In relazione a tali nomine, si farà luogo all'applicazione del decreto legislativo 39 in esame qualora la nomina da effettuarsi abbia le caratteristiche (per la natura del ruolo rivestito, dell'organismo interessato e dei poteri esercitati) indicate nel decreto stesso, richiamate nel precedente paragrafo 2 della presente nota.

3.3. Giunta e organi burocratico-gestionali

Non emergono, invece, peculiari competenze della Giunta o degli organi gestionali in ordine all'attribuzione degli incarichi rilevanti ai sensi del D.Lgs. 39/2013, che – come anticipato - differiscono da quelli esterni di collaborazione e consulenza, il cui conferimento è rimesso perlopiù alla sfera burocratico-gestionale.

4. Nullità degli incarichi conferiti ed individuazione degli organi legittimati ad agire in via sostitutiva

Come anticipato, l'art. 18 D.Lgs. 39/2013 stabilisce che *“i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli sono responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati. Sono esenti da responsabilità i componenti che erano assenti al momento della votazione, nonché i dissenzienti e gli astenuti.*

I componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza”.

A tale proposito, è opportuno sottolineare innanzitutto che il legislatore, stando alla formulazione letterale della norma, sembra riferirsi ai soli incarichi attribuiti da organi collegiali.

La norma in esame menziona, infatti, i “componenti degli organi” e stabilisce l’esonazione da responsabilità per i “componenti” assenti al momento della votazione, nonché per i dissenzienti e gli astenuti.

Solo una lettura più attenta ed orientata ad un approccio sostanziale (nell’intento di non vanificare la presumibile *ratio* della riforma) consente di superare lo specifico riferimento letterale alla collegialità e, dunque, ricomprendere anche le nomine effettuate dagli organi monocratici.

Altra questione da chiarire in via preliminare è quella riguardante i presupposti dell’interdizione temporanea di tre mesi a nominare, sancita dall’articolo 18 del decreto, come sopra testualmente riportata, per i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi “**dichiarati nulli**”.

Occorre, dunque, precisare cosa si intende, ai fini che ci occupano, per dichiarazione di nullità di un provvedimento amministrativo (quale quello di conferimento di un incarico da parte del Sindaco o del Consiglio) e quale sia l’autorità o l’organo legittimato dall’ordinamento ad effettuare tale dichiarazione.

Come è noto, la L. 15/2005, all’esito di un annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale (non completamente sopito) ha introdotto nella legge sul procedimento amministrativo L.241/90 l’art. 21 *septies* rubricato “Nullità del provvedimento”, secondo cui “è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”.

Più recentemente con il Codice del Processo Amministrativo (D.Lgs. 104/2010) è stata disciplinata la declaratoria di nullità (art. 31): salvi i casi di nullità per violazione o elusione del giudicato, “*la domanda volta all’accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice*”.

È, dunque, necessario stabilire se la “dichiarazione di nullità” dell’atto di conferimento di un incarico rilevante ai sensi del D.Lgs. 39/2013 possa essere effettuata da un organo della pubblica amministrazione che ha conferito l’incarico oppure se debba necessariamente intervenire, ai sensi dell’art.31 del Codice del Processo Amministrativo, la pronuncia dichiarativa dell’organo giudicante.

Nel primo caso, qualora cioè sia riconosciuto alla stessa amministrazione il potere di dichiarare la nullità, occorrerebbe altresì individuare al suo interno l’organo competente a provvedervi.

La soluzione della questione non appare di poco momento se solo si considerano gli esiti del dibattito dottrinale sul potere dell’amministrazione di dichiarare in via di autotutela la nullità di un proprio provvedimento e di rimuoverlo con un atto di ritiro.

Anche le norme del decreto legislativo in esame non offrono particolari spunti in proposito.

L’art.15 D.Lgs. 39/2013 stabilisce che “*il responsabile del piano anticorruzione (...) cura, anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che nell’amministrazione, (...) siano rispettate le disposizioni sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi. A tale fine il*

responsabile contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità".

Non viene però espressamente conferito al responsabile del piano anticorruzione alcun potere di accertare e, dunque, di dichiarare la nullità dell'atto di conferimento, ma egli può fungere da stimolo all'esercizio del potere di autotutela in capo all'organo che ha emanato l'atto.

Peraltro, l'art. 18, comma 5, D.Lgs. 39/2013 stabilisce che **"l'atto di accertamento della violazione delle disposizioni del (...) decreto è pubblicato sul sito dell'amministrazione o ente che conferisce l'incarico"**.

Ebbene, pur ritenendo presumibile che l'atto di accertamento di cui si discute è l'equivalente della contestazione all'interessato sopra citata (per cui il Responsabile che contesta è anche colui che accerta) rimangono tuttavia imprecisati il contenuto, i confini e la natura effettiva dell'espressione "atto di accertamento".

5. Conclusioni

Da quanto esposto, pur nell'incertezza delineata, se ne conclude provvisoriamente che:

5.1 in relazione al caso di temporanea interdizione trimestrale del Sindaco di provvedere al conferimento di incarichi, sia sufficiente richiamare l'art. 53, comma 2, TUEL secondo cui il vicesindaco sostituisce il sindaco in caso di assenza, di impedimento temporaneo e nel caso di sospensione dall'esercizio della funzione ai sensi dell'articolo 59 TUEL.

Si ricorda, in proposito, che anche lo Statuto comunale (art.19) stabilisce che **"il vice Sindaco sostituisce il Sindaco in caso di assenza o impedimento temporaneo, ed anche nel caso di sospensione dall'esercizio della funzione adottata a termini di legge"**.

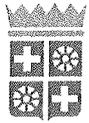
In relazione agli incarichi il cui conferimento è rimesso alla competenza del Sindaco, si ritiene, dunque, alla luce delle disposizioni richiamate, di poter agevolmente individuare nel Vice – Sindaco l'organo titolare del potere di provvedere in via sostitutiva ai sensi dell'art.18 D.Lgs.39/2013. Nell'eventualità prospettata dalla norma il Vice – Sindaco agirà inoltre osservando le ordinarie procedure interne per la sostituzione del Sindaco, in caso di impedimento o assenza di questi.

5.2 in relazione al caso di temporanea interdizione trimestrale del Consiglio comunale, più difficoltosa appare, invece, l'individuazione dell'organo chiamato a sostituirlo nell'effettuazione delle nomine di propria competenza, nelle pur limitate e residuali ipotesi in cui tale potere sia previsto dalla legge.

Non appare, cioè, possibile procedere, in assenza di più precisi parametri di riferimento:

- Né all'individuazione dell'organo "interno" che agisca in sostituzione del Consiglio comunale, neppure ipotizzando eventuali modifiche statutarie; in tal caso, infatti, si determinerebbe una indebita modificazione dell'assetto delle competenze attribuite agli organi comunali dal Testo Unico sull'Ordinamento degli Enti locali (D.Lgs. 267/2000), il quale conserva tra l'altro la sua natura di norma "rinforzata";
- Né tantomeno all'individuazione dell'organo "esterno", non essendo certo il Comune titolare del potere attributivo di competenze a soggetti esterni al Comune stesso (compito questo esclusivamente riservato al legislatore).

Si ritiene, dunque, che qualora la nomina da parte del Consiglio Comunale riguardi incarichi rilevanti ai fini del decreto legislativo in questione e risulti indifferibile (in quanto non sia, cioè,



possibile attendere il decorso del trimestre previsto dall'art. 18 D.lgs. 39/2013) occorra innanzitutto verificare la coincidenza soggettiva tra i componenti dell'organo all'atto del conferimento dell'incarico nullo con quelli che ne fanno parte al momento in cui si verifica la temporanea interdizione prevista dal decreto in esame.

Ciò consentirà di verificare l'effettiva incapacità del Consiglio di conferire l'incarico, che potrebbe non ricorrere in caso di intervenuto rinnovo dei suoi componenti.

Sarà inoltre, in secondo luogo, necessario commisurare l'incidenza sul *quorum* costitutivo e su quello deliberativo del numero di soggetti astenuti o dissenzienti, che la norma esenta da responsabilità.

Sotto tale profilo, nel momento in cui sarà possibile individuare con certezza l'organo che sostituisce il Consiglio nell'effettuazione delle nomine in questione, potrebbe essere valutata l'eventuale opportunità di modificare il regolamento che disciplina il funzionamento del consiglio in relazione alla quantificazione di tali *quorum*.

Facendo, infine, applicazione dei richiamati principi generali che governano l'esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'art.120 Cost. può al momento ritenersi che, verificata l'indifferibilità dell'atto di conferimento e l'effettiva incapacità dell'organo consiliare, l'Ente possa solamente, in ultima istanza, segnalare la vicenda agli organi territoriali di Governo affinché, ricorrendone i presupposti normativi, attivino eventuali meccanismi di sostituzione.

Alla luce delle considerazioni che precedono si ritiene, dunque, in conclusione, che nell'ordinamento comunale siano già previsti adeguati meccanismi di sostituzione del Sindaco nell'esercizio delle sue funzioni e che, dunque, non sia per il momento necessaria l'adozione di alcun provvedimento di modifica o integrazione sotto tale profilo delle disposizioni interne (statutarie e regolamentari) già vigenti.

Residua l'individuazione dell'organo in grado di sostituire il Consiglio nelle pur limitatissime eventuali ipotesi in cui lo stesso possa effettuare nomine rilevanti ai sensi del D.Lgs. 39/2013, in relazione alle quali, come detto, non si ritiene opportuno al momento, per le motivazioni espresse, procedere a modifiche statutarie o dei regolamenti interni.

L'occasione è gradita per porgere cordiali saluti.

La responsabile del procedimento

Dot.ssa Claudia Manciola



Il Segretario generale
Dot. Antonio Le Donne