

Il conflitto d'interessi nella funzione di responsabile della prevenzione della corruzione e della direzione dei controlli interni negli enti locali

Autore: Russo Pasquale

In: Diritto amministrativo

1 - Il quadro normativo -

La legge anticorruzione, n. 190 del 6 novembre 2012, oltre a conferire al Governo delega al riordino di alcune discipline in materia di pubblicità e trasparenza, di determinazione di illeciti e dei termini dei procedimenti, di codice di comportamento dei dipendenti della P.A. e della individuazione dei divieti di autorizzazione ad incarichi esterni, stabilisce, che ogni amministrazione deve approvare un piano triennale di prevenzione della corruzione che individui le aree a rischio di corruzione, valuti il livello di esposizione degli uffici al rischio ed stabilisca gli interventi organizzativi necessari per minimizzarlo, tra i quali la formazione e la rotazione delle posizioni dirigenziali maggiormente esposte.

Il compito della redazione e della verifica dell'attuazione di detto piano è attribuita dalla legge ad un Responsabile della prevenzione della corruzione che, per gli enti locali, l'art. 1 comma 7 individua " di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione".

Coerente al processo di sensibilizzazione in atto, improntato all'apprestamento di strumenti di prevenzione volti ad impedire o, quantomeno, a ridurre, il fenomeno della corruzione nella pubblica amministrazione, è l'intervento del governo che, con il decreto legge 10 ottobre 2012 n. 174, poi convertito nella legge 7 dicembre 2012 n.213, ha dato impulso al rispetto della legalità mediante

l'implementazione ed il riordine, negli enti locali, della disciplina dei controlli, individuando nella figura del Segretario Comunale e Provinciale il soggetto centrale del nuovo sistema dei controlli interni finalizzati a garantire la regolarità amministrativa e contabile degli atti in un'ottica di prevenzione ed eventuale denuncia del reato di corruzione nelle sue diverse sfaccettature.

Il suddescritto quadro normativo si connota quale tipico intervento del Parlamento nell'esercizio della funzione legislativa ed in quanto tale caratterizzato da un insieme di fattispecie doverosamente generali ed astratte la cui imperatività è fortemente condizionata dalla regolazione dei poteri di cui al titolo V della costituzione, che attribuisce a diverso titolo alle autonomie territoriali facoltà organizzative con particolare riguardo alla potestà regolamentare che, ai sensi dell'art. 117, spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni, mentre quella regolamentare spetta alle predette in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane, invece, hanno, a mente della precitata norma costituzionale, potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Orbene, appare di tutta evidenza che le norme sulla prevenzione della corruzione e dei controlli interni, laddove debbono trovare attuazione negli enti locali, non possono non risentire della specificità del contesto ordinamentale che li caratterizza sotto il profilo dell'autonomia sia di tipo organizzativa che regolamentare e che, atteso il carattere di imperatività proprio delle norme anticorruzione da un lato e dispositive per la disciplina dei controlli dall'altro, finiscono con il porre una serie di problemi applicativi.

2 - Il conflitto di interessi nell'ordinamento-

Il conflitto di interessi viene dai più definito come una circostanza in cui un interesse secondario interferisce, ovvero potrebbe tendenzialmente interferire (o appare avere la potenzialità di interferire), con la capacità di un funzionario pubblico ad agire in conformità ai suoi doveri e responsabilità che

sintetizzano l'interesse primario da realizzare.

Al di là delle ipotesi astrattamente configurabili di siffatto istituto che, perché possa dar luogo, anche qualora sussistesse in via solo potenziale, al dirigente l'incondizionato obbligo di astensione dall'esercizio della relativa funzione, al di là delle ipotesi testualmente e tassativamente elencate nel decreto attuativo della legge anticorruzione sopra menzionato (D.L.vo 39/2013) e delle altre fattispecie previste dall'ordinamento, esso si verifica ogni qual volta l'organo, in occasione od a causa dell'espletamento di una specifica funzione si viene a trovare in situazione di conflitto anche potenziale con una persona direttamente interessata dal risultato dell'attività o rispetto ad una condizione ambientale o strumentale su cui poi si rifletterà la sua azione .

Pertanto, di per sé il legislatore non configura l'ipotesi che si esamina collegandola puramente e semplicemente alla funzione astrattamente intesa, fatte salve le ipotesi previste dalle sottocitate disposizioni normative che, proprio in quanto comprimono l'esercizio di pubblici poteri, sono da intendersi tassative.

Il conflitto di interesse trova la sua disciplina in varie norme dell'ordinamento che possono così sintetizzarsi:

- L' art. 6-bis. della L. 241/90 , introdotto dall' articolo 1 comma 41 della legge n.190/2013, stabilisce che "Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale».

- L'art. 7 del D.P.R. 62/2013 (Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) stabilisce che i dipendenti pubblici si debbono astenere dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di loro parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi,..... ed in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza....

- Con l'espressione "...omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti..." l'art. 323 del codice penale ha stabilito un dovere generale di astensione in ipotesi che configurino oggettivamente un conflitto, anche solo potenziale, di interessi;

- L'art. 53 del D. L.vo 165/2001 in ordine al conflitto di interesse anche potenziale che deve essere oggetto di valutazione per l'autorizzazione a svolgere incarichi esterni.

- L'art. 51 del c.p.c. in ordine all'obbligo di astensione del Giudice.

- L'art. 78 del D.L.vo 267/2000 in ordine all'obbligo di astensione di Consiglieri ed Assessori. 2013

D. L.vo 8 aprile 2013 n.39 in materia di inconfiribilità ed incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati di controllo pubblico. Il testo che ha dato attuazione alle disposizioni in merito introdotte dalla legge 190/2012 (cosiddetta legge anticorruzione) ha cominciato a far decorrere la sua efficacia dal 5 maggio. Ed è da questa data che le regioni, le province e i comuni hanno dovuto provvedere entro tre mesi dall'entrata in vigore del D.lgs. n. 39/2013 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. Trascorso inutilmente tale termine è prescritto l'intervento, con potere sostitutivo, lo Stato.

3 -Gli incarichi dirigenziali al Segretario Generale. In particolare la presidenza delle commissioni di concorso.

Le norme emanate dal legislatore in tema di controlli interni ed anti-corruzione impongono una riflessione sulla legittimità dell'affidamento di incarichi gestionali al Segretario Comunale e Provinciale, in un contesto nel quale le recenti disposizioni normative che attribuiscono al predetto funzioni in materia di prevenzione della corruzione e la direzione dei controlli degli enti hanno finito per complicare la possibilità di giungere ad una soluzione univoca e condivisa.

L'unico strumento normativo apprestato dallo stesso legislatore, secondo accreditata dottrina quale "clausola di salvaguardia ai fini del buon andamento della macchina organizzativa, amministrativa e gestionale dell'ente " (circolare Ministero Interno del 15.7.1997 n. 1/1997- Parere Ministero Interni 09/10/2012 14 - Personale Enti Locali: Dirigenti -02 - Conferimento delle funzioni e valutazione) è rappresentata dalla formulazione dell'art. 97, comma 4, lettera d) del TUEL 267/2000, secondo la quale al Segretario dell'ente competono le funzioni specificamente elencate nell'articolo stesso, nonché tutte

quelle che gli vengano attribuite dallo Statuto, dai regolamenti o gli siano conferite dal Sindaco.

In generale, si ritiene che le assegnazioni di ulteriori funzioni al Segretario può avvenire solo a condizione che l'ente locale risulti privo sia di personale di qualifica dirigenziale sia di responsabili dei servizi, ovvero qualora l'ente intenda fare una specifica scelta gestionale in tal senso. Secondo il suaccennato parere, poiché ai sensi dell'art. 89 del Dlgs 267/2000 l'ordinamento generale degli uffici e dei servizi è coperto da riserva di tipo regolamentare, si deve ritenere che l'eventuale attribuzione di specifiche funzioni gestionali o di titolarità degli uffici o dei servizi al Segretario sia necessariamente da prevedere attraverso una specifica disposizione regolamentare, previa un'attenta verifica dell'assenza all'interno dell'ente di adeguate figure professionali; mentre il conferimento delle funzioni, riservato al Sindaco o al presidente della Provincia, non può che essere temporaneo e limitato all'espletamento di una prestazione nell'ambito di una funzione .

Ma non si può sottacere che le prospettazioni appena sopra delineate si scontrano con una pluralità di situazioni concrete che i diversi assetti organizzativi degli enti presentano, nell'ambito dei quali coesistono scelte e soluzioni che, seppure censurabili sotto il profilo teorico, costituiscono spesso, nei fatti, l'unica soluzione possibile. E' il caso degli enti di minore dimensione demografica che, spesso, non hanno nei propri ruoli dipendenti dotati della preparazione e della competenza necessarie ad assolvere alle funzioni previste dall'articolo 107 del TUEL (Funzioni e responsabilità della dirigenza), ma anche situazione che riguardano gli enti più grandi, dotati di dirigenza, complice la difficoltà o l'impossibilità di provvedere alla sostituzione del personale a qualsiasi titolo cessato, stante il persistente blocco del turn over e l'obbligo di riduzione della spesa di personale.

La giurisprudenza si esprime nell'ammettere l'attribuzione di funzioni gestionali al Segretario soprattutto se, a monte, vi sia un atto di natura regolamentare dell'ente attributivo della competenza. Infatti, la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 29 novembre 2012, n. 6061 , nel rispondere ad una censura del ricorrente che lamentava l'illegittimità dell'atto di nomina della commissione di gara per incompetenza del Segretario comunale che vi aveva provveduto, stante l'asserita riserva di competenza dirigenziale - ha respinto la doglianza, ritenendo legittimo l'operato dell'ente "atteso che l'art. 24 del Regolamento comunale dei contratti attribuisce tale prerogativa al segretario comunale e non invade la

sfera di competenza della dirigenza, perché ai sensi dell'art. 107 del TUEL, il segretario esercita ogni altra funzione assegnatagli dallo statuto o dai regolamenti e ai sensi dell'art. 97 possono essergli attribuite anche funzioni gestionali”.

In materia di controlli, poi, la Sezione di controllo della Sardegna della Corte dei Conti, con parere n. 28 del 15/3/2013, ha precisato che le disposizioni sul rafforzamento dei controlli interni introdotte dal D.L. 174/2012 a modifica ed integrazione del TUEL non ravvisa la sussistenza di un contrasto interpretativo tra le due predette normative, né tantomeno di una ipotesi di incompatibilità in capo al Segretario in quanto tenuto a curare la trasmissione alla Sezione di Controllo della Corte del referto semestrale, attesa l'autonomia normativa, organizzativa e regolamentare che caratterizza gli enti locali.

Se, pertanto, l'articolo 97, comma 4, lett. d) del TUEL, consente agli enti locali di attribuire, mediante norme statutarie o regolamentari o provvedimenti sindacali, funzioni aggiuntive al Segretario Comunale e Provinciale, il problema della sovrapposizione in funzione del possibile conflitto di interessi va posto caso per caso. Ad esempio, non possono nutrirsi dubbi sull'esistenza di conflitto, di per sé anche potenziale, tra la funzione di responsabile della prevenzione della corruzione e quella di titolare dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, così come del resto ha avuto modo di precisare l'A.N.A.C. in un recente parere, atteso che il responsabile della prevenzione verrebbe a trovarsi ad operare nella duplice veste di organo inquirente e giudicante del caso di che trattasi.

Diverso è, invece, il caso in cui su incarico sindacale o per norma regolamentare, il segretario si trovasse investito della funzione di presidente o componente di commissione di concorso per l'assunzione di impieghi.

In materia ricorre l'obbligo di astenersi solo ed esclusivamente se ricorre una delle condizioni tassativamente previste dall'art.51 e 52 del codice di procedura civile, tra l'altro senza che le cause di incompatibilità previste dalle predette norme possano essere oggetto di estensione analogica (Cons. Stato Sez. VI 27 novembre 2012 n.4858).

In merito alla presidenza delle commissioni di concorso per l'assunzione di impiegati, il quadro ordinamentale che è stato testè descritto, non sembra che di per sè configuri una ipotesi di conflitto d'interessi tra la funzione di presidente o componente di commissione di concorso e quella di responsabile della prevenzione della corruzione, né dei controlli di regolarità amministrativa.

La dottrina tradizionale classifica l'attività amministrativa della Pubblica Amministrazione, secondo un criterio contenutistico, in tre distinte tipologie:

- amministrazione attiva, nell'ambito della quale vi rientrano tutte quelle attività deliberative ed esecutive con cui l'amministrazione realizza i propri fini;

- amministrazione consultiva, intesa quale attività volta a prestare pareri, orientamenti, interpretazioni, di volta in volta facoltativi, obbligatori, vincolanti;

- amministrazione di controllo, quella volta a sindacare l'operato degli agenti cui sono demandati compiti di amministrazione attiva, con la quale si effettuano quelle attività di verifica di conformità dell'operato dell'amministrazione secondo diritto (il controllo di legittimità) ovvero secondo le regole non giuridiche di convenienza ed opportunità (controllo di merito).

Invero, ad un attento esame dei compiti che svolge un presidente di commissione esaminatrice in un concorso pubblico per l'assunzione di impiegati, viene in rilievo che la funzione svolta non rientra in alcuna delle tre tipologie di attività come sopra classificate. Infatti quella della commissione esaminatrice è una mera attività valutativa il cui espletamento non comporta né lo svolgimento di attività provvedimentoale, né quella di carattere gestionale, né, tantomeno, consultiva o controllo. E mentre l'attività procedimentale svolta dalla commissione è soggetta alla verifica dell'atto di approvazione dei verbali, cui vi provvede il dirigente del Servizio Risorse umane, l'attività propriamente valutativa, che caratterizza l'effettiva funzione svolta dalla commissione, è soggetta al solo controllo del Giudice per eccesso di potere,

caratterizzandosi la predetta attività quale tipica espressione di discrezionalità tecnica ed in quanto tale, vincolata.

In particolare, per il caso precipuo della presidenza dei concorsi, si evidenzia che l'intero processo di assunzione degli impieghi è contraddistinto da tre segmenti procedimentali.

Nel primo, il dirigente competente elabora, approva ed emana il bando di concorso e si determina in ordine all'ammissione od esclusione dei candidati.

Nel secondo opera la commissione giudicatrice che, quale organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione, si limita a svolgere un'attività meramente ed esclusivamente valutativa ascrivibile alla discrezionalità tecnica e che si conclude con la trasmissione dei verbali recanti le attività svolte con contestuale graduatoria provvisoria.

Nel terzo ed ultimo segmento il dirigente competente, all'esito della verifica del rispetto delle norme disciplinanti le attività valutative e procedimentali svolte dalla commissione giudicatrice, in funzione di controllo approva i verbali e nomina il vincitore ai fini della successiva costituzione del rapporto di lavoro.

Dall'esame comparato delle suddette tre fasi emerge in maniera palmare la specificità del diverso contenuto e finalità delle attività e funzioni svolte dai diversi soggetti coinvolti rispetto alla classificabilità delle medesime. Infatti, quanto alla prima ed alla terza, quali attività tipicamente gestionali e quindi di amministrazione attiva, mentre la terza cumula anche la caratteristica tipica di attività amministrativa di controllo, e la seconda non rientra in alcuna delle sclassificazioni tipiche dell'azione amministrativa, connotandosi come attività di tipo neutro, sindacabile solo in sede giurisdizionale.

Orbene, se le norme in materia di conflitto di interessi costituiscono *numerus clausus* e, comunque, il

conflitto di interessi, anche potenziale, che il legislatore tende ad eliminare all'origine qualora l'organo nella misura in cui, in occasione od a causa dell'espletamento di una specifica funzione si viene a trovare in situazione di conflitto con una persona direttamente interessata dal risultato della funzione o rispetto ad una condizione ambientale o strumentale su cui poi si rifletterà l'azione dell'organo, non è di per sé pregiudizialmente correlata alla funzione astrattamente intesa, si può affermare senza dubbi che le funzioni di responsabile della prevenzione e quella di direzione dei controlli di regolarità amministrativa non configurano in capo all'organo che le esercita una incompatibilità ad espletare incarico di componente o presidente di commissione di concorso.

Alla luce delle considerazioni svolte, a maggior ragione si deve ritenere legittima la scelta normativa dell'Ente di attribuire la funzione di presidenza delle commissioni concorsuali al Segretario Generale in considerazione del ruolo di garanzia che l'ordinamento gli assegna.

4- La rotazione degli incarichi.

Né a tal proposito si potrebbe argomentare che, sebbene un consolidato quadro giurisprudenziale lo consenta, l'attribuzione in via permanente di una siffatta funzione striderebbe comunque con uno dei capisaldi delle misure anticorruptive: la rotazione degli incarichi.

L'A.N.A.C. si è molto prodigata per illustrare l'importanza che ritiene rivesta la rotazione dei dirigenti e dei dipendenti, come strumento fondamentale per contrastare la corruzione.

Oggettivamente, infatti, la corruzione, intesa nel senso più ampio del reato e, cioè, come comportamenti

tesi a subordinare l'interesse privato dell'attore pubblico (anche in accordo con i privati) rispetto all'interesse generale, può essere favorita dall'incrostarsi di funzioni, responsabilità e relazioni negli stessi incarichi, non fosse altro per la confidenza e la forza dell'abitudine che emergono.

Secondo l'A.N.A.C. "L'alternanza tra più professionisti nell'assunzione delle decisioni e internazionale nella gestione delle procedure, infatti, riduce il rischio che possano crearsi relazioni particolari tra amministrazioni ed utenti, con il conseguente consolidarsi di situazioni di privilegio e l'aspettativa a risposte illegali improntate a collusione".

Al di là dell'oggettiva irrazionalità e contraddittorietà del sistema, che, negli enti locali, di fatto assegna importanti responsabilità in materia di prevenzione della corruzione e di controlli ad un organo privo della garanzia di stabilità del proprio rapporto di lavoro, soggetto, com'è, a nomina e revoca da parte del capo dell'amministrazione destinataria delle stesse attività e funzioni che esso deve espletare, non si può non constatare come il criterio della rotazione si fondi sulla mancanza di fiducia sulla lealtà, serietà ed imparzialità che deve contraddistinguere l'azione del pubblico funzionario. L'incoerenza del meccanismo messo in piedi dal legislatore, che non ha tenuto conto della specificità delle autonomie territoriali, è balzata in evidenza nella stessa circolare della Presidenza del Consiglio - Dipartimento della Funzione Pubblica (n. 1 del 25/1/2013) che al punto 2.1 di pag. 6 al quarto capoverso sottolinea "In proposito, considerato il ruolo e le responsabilità che la legge attribuisce al responsabile della prevenzione, è importante che la scelta ricada su un dirigente che si trovi in posizione di relativa stabilità, per evitare che la necessità di intraprendere iniziative penetranti nei confronti dell'organizzazione amministrativa possa essere compromessa anche solo potenzialmente dalla situazione di precarietà dell'incarico".

Critiche all'istituto della rotazione si rinvengono anche nella nota ANCI del 13 marzo 2013 in cui, relativamente alla verifica della effettiva rotazione degli incarichi, con crudo realismo si evidenzia che trattasi di "misura la cui applicazione presenta profili di estrema problematicità in relazione alla imprescindibile specializzazione professionale e, dunque, infungibilità di alcune specifiche figure dirigenziali operanti nelle amministrazioni locali",

misura che presenta ulteriori difficoltà applicative nelle amministrazioni di piccole e medie dimensioni, “nelle quali - afferma l’ANCI - il numero dei dirigenti/responsabili di servizio è ridotto”. L’irrazionalità del sistema si evince dalla circostanza per cui se per un verso il legislatore chiede ai dirigenti e ai funzionari una conoscenza sempre più approfondita e specialistica delle materie presidiate dal legislatore della 190, corroborata dalla formazione che la legge stessa considerata arma centrale della strategia nazionale e locale anticorruzione, per l’altro esige che, in tempi rinviati alla discrezionalità dei singoli enti ma che comunque devono essere certi e definiti nei singoli piani triennali di prevenzione, quella specializzazione venga abbandonata per fare in modo che gli stessi dirigenti e funzionari siano adibiti a funzioni diverse. Una vera e propria contraddizione, che negli enti di minori dimensioni rischia di rendere inapplicabile il precetto normativo e che prospetta profili altamente problematici anche per quelli maggiormente strutturati.

Ed in proposito la sentenza del TAR Marche, 23 maggio 2013, n. 370, che si è pronunciata sulla legittimità del decreto con cui un Sindaco, nell’affidare gli incarichi dirigenziali, in applicazione del principio di rotazione degli stessi ha disposto delle nuove assegnazioni senza considerare il titolo di studio e la specifica professionalità del singolo dirigente, costituisce un primo segnale dell’ampio spazio offerto dal legislatore sulla corruzione in ordine alle possibilità di applicazione dell’istituto di che trattasi con tutti i riflessi che ne derivano sull’attività della Pubblica Amministrazione.

Alla luce delle suesposte considerazioni, sembra proprio che la scelta organizzativa di tipo regolamentare, mediante la quale si attribuisce al Segretario dell’ente la presidenza delle commissioni di concorso non contrasti affatto con il criterio della rotazione atteso da un lato che la funzione viene affidata ad un organo la cui soggettività è legata all’incarico della titolarità della sede, ma dall’altro la funzione di che trattasi, connotandosi per attività tipicamente neutra sotto il profilo della classificazione dell’azione amministrativa, si andrebbe ad aggiungere alle altre pure attribuite normativamente al predetto organo e non certamente assoggettate a rotazione, a costo di non metter in discussione le funzioni spettanti al Segretario Generale a mente dell’art. 97 del TUEL!

5 - Conclusioni

L'articolo 97, comma 4, lett. d) del TUEL, nell'autorizzare gli enti locali ad attribuire - mediante norme statutarie o regolamentari o provvedimenti sindacali - funzioni aggiuntive al Segretario comunale, consente, senza limiti prestabiliti, l'attribuzione ad esso di funzioni dirigenziali.

La recente evoluzione normativa, in particolare rappresentata dalla disciplina della prevenzione della corruzione e dei controlli interni, impone certamente il coordinamento di tali disposizioni con la necessità di analizzare caso per caso la compatibilità delle funzioni che si intendono attribuire con i fini prestabiliti dalle surrichiamate norme, all'uopo evitando sovrapposizioni e contrasti tra ruoli apparentemente distinti.

Negli enti di minori dimensioni demografiche l'articolo 109 del TUEL rafforza questa possibilità, prevedendo espressamente che, in assenza di figure dirigenziali, il Sindaco possa conferire le funzioni ed i compiti di gestione, indicati nell'articolo 107, al Segretario comunale.

<https://www.diritto.it/il-conflitto-d-interessi-nella-funzione-di-responsabile-della-prevenzione-della-corruzione-e-della-direzione-dei-controlli-interni-negli-enti-locali/>