

## Newsletter **2/2023**

*In questa uscita*

*Trasparenza e Privacy*

**Pubblicazione dati reddituali: prevalenza del diritto alla trasparenza sul diritto alla privacy**

*Anticorruzione*

**Incarico di RPCT di ente pubblico non economico e incarico di RUP presso altro ente: compatibilità**

**Dichiarazione sull'insussistenza di cause di inconferibilità e incompatibilità: tempistica per il rilascio e efficacia del conferimento dell'incarico**

*Trasparenza e Accessi*

**Richiesta di accesso generalizzato c.d. "massivo" e legittimità del rigetto**

**Accesso agli atti e fondazioni di diritto privato: il TAR conferma la sottoposizione alla L. 241/90**

*Anticorruzione*

**Inconferibilità ex art. 35 bis D.lgs. n. 165/2001: operatività e sospensione condizionale della pena**

# Pubblicazione dati reddituali: prevalenza del diritto alla trasparenza sul diritto alla privacy

Con atto del Presidente del 22 febbraio u.s., l'ANAC è intervenuta su una duplice richiesta di un componente del Consiglio di Amministrazione di un'agenzia governativa, concernente da una parte l'efficacia dell'obbligo di pubblicazione delle dichiarazioni reddituali per i Consiglieri del CDA e dall'altra parte l'applicabilità, sempre per i Consiglieri, del divieto di pantouflage.

Rispetto alla prima questione, ANAC tornando su un'annosa questione, ha ribadito che relativamente all'obbligo imposto dall'art. 14, co. 1 del D.Lgs. 33/2013, nel bilanciamento tra interessi contrapposti ma di analoga rilevanza costituzionale, il diritto di trasparenza prevale rispetto al diritto alla riservatezza dei Consiglieri.

L'Autorità, ripercorrendo quanto anche indicato dal Garante Privacy, ha evidenziato dei principi da seguire per operare il corretto bilanciamento tra l'interesse alla trasparenza amministrativa e l'interesse alla protezione dei dati personali, specificando:

- che le P.A. prima di pubblicare sui propri siti istituzionali i dati reddituali, sono tenute a verificare, ai sensi dell'art. 7-bis, co. 1, l'esistenza del presupposto di legge o di regolamento che legittima l'obbligo di pubblicazione e la diffusione del dato personale e rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o non indispensabili;
- che all'Autorità è precluso individuare, in via interpretativa, ulteriori deroghe all'obbligo di pubblicazione dei dati, posto che le stesse possono essere definite solo legislativamente;
- l'obbligo di pubblicare la dichiarazione dei redditi può ritenersi assolto anche con la sola pubblicazione del quadro riepilogativo, come precedentemente stabilito da ANAC con delibera 241/2017 e nel rispetto dei principi di adeguatezza, pertinenza e minimizzazione dei dati.

Relativamente al secondo quesito formulato, l'ANAC ha ribadito che il presupposto per l'applicazione del divieto di pantouflage è l'esercizio di poteri autoritativi e negoziali da parte del dipendente pubblico.

L'Autorità ha chiarito che deve farsi riferimento non soltanto alla funzione personalmente svolta dal dipendente ma anche a quelle attribuite all'organo di cui è membro; pertanto, anche l'incarico di componente del CdA di un ente privato destinatario dell'attività della P.A. rientra nell'ambito di applicazione del divieto di pantouflage, poiché a tale organo competono le scelte gestionali dell'impresa, idonee a generare il rischio di comportamenti non imparziali e fenomeni corruttivi che il divieto intende evitare.

L'ANAC, a valle di quanto disposto nel PNA 2022, ha altresì ribadito che per l'applicabilità del divieto del pantouflage si intende l'attività lavorativa in senso ampio, estesa a qualsiasi tipo di rapporto di lavoro o professionale, escludendo solamente gli incarichi di natura occasionale privi del carattere della stabilità.

In definitiva, l'Autorità ha ritenuto che il divieto di pantouflage si applichi anche al componente del CdA stante l'attività negoziale e autoritativa svolta

## Incarico di RPCT di ente pubblico non economico e incarico di RUP presso altro ente: compatibilità

Con atto del Presidente del 28 marzo 2023 ANAC, a seguito di una richiesta di parere di un ente pubblico non economico, ha ribadito, sulla scia di quanto già precedentemente chiarito, che deve essere evitato per quanto possibile l'attribuzione della nomina di RPCT ai soggetti con qualifica di dirigenti che svolgono attività di carattere gestionale e ai soggetti che rivestono la carica di RUP negli affidamenti di contratti, appalti e concessioni. Tale orientamento risponde alla logica di evitare e prevenire situazioni di conflitto di interessi e incompatibilità tra le funzioni di prevenzione della corruzione e lo svolgimento di attività particolarmente esposte al rischio corruttivo, quali quelle relative agli affidamenti.

In pari atto, tuttavia, ANAC ha avuto modo di chiarire che tale preclusione trova applicazione qualora i ruoli di RPCT e di RUP siano svolti presso il medesimo ente; al contrario, nella richiesta di parere formulata, si tratta di ruoli assunti da un medesimo soggetto ma in due distinti enti, privi di un rapporto economico intercorrente tra gli stessi, con conseguente insussistenza del presupposto ai fini dell'applicabilità della preclusione. La compatibilità tra le due funzioni, pertanto, ad avviso di ANAC, si rinviene proprio nella circostanza che tra i due enti non esistono rapporti economici e pertanto non sembra emergere, almeno *prima facie*, una situazione di conflitto tra i due differenti ruoli svolti dal medesimo soggetto.

# Dichiarazione sull'insussistenza di cause di inconferibilità e incompatibilità: tempistica per il rilascio e efficacia del conferimento dell'incarico

Con atto del Presidente n. 992/2023 ANAC -a seguito della richiesta di parere di un comandante della polizia locale- ha confermato che la dichiarazione sull'insussistenza di cause di inconferibilità e incompatibilità costituisce condizione di efficacia ai fini del conferimento dell'incarico presso le PPAA, enti pubblici ed enti di diritto privato in controllo pubblico e che pertanto deve essere rilasciata tempestivamente ovvero precedentemente all'assunzione dell'incarico.

L'ANAC in particolare ha evidenziato che l'esercizio della carica da parte del soggetto che non abbia rilasciato la dichiarazione configura una situazione illegittima e rende la nomina priva di efficacia con conseguente paralisi della situazione in essere, risolvibile o con la revoca della nomina o con una dichiarazione tardiva. Inoltre, ha altresì precisato che la dichiarazione di assenza di cause di inconferibilità resa posteriormente al conferimento dell'incarico, ha l'effetto di rendere la nomina efficace a partire dalla data della dichiarazione tardiva e non ab initio.

Con il medesimo atto l'autorità ha colto l'occasione per ribadire -in conformità a quanto stabilito nel PNA 2019- la necessità di individuare all'interno della propria programmazione triennale di anticorruzione e trasparenza una specifica procedura per il conferimento degli incarichi idonea a garantire:

- l' acquisizione preventiva della dichiarazione di insussistenza di cause di inconferibilità e incompatibilità del destinatario dell'incarico;
- la verifica da parte della PPAA delle dichiarazioni ricevute, tenendo conto degli incarichi risultanti dal cv allegato alla dichiarazione e dei fatti notori acquisiti;
- il conferimento dell'incarico solo in caso di esito positivo della verifica sulle dichiarazioni ricevute;
- la pubblicazione -nella sezione Amministrazione Trasparente dell'ente- dell'atto di conferimento dell'incarico e della contestuale dichiarazione di assenza di cause di inconferibilità e incompatibilità ai sensi degli artt. 14 e 20 D.lgs. 33/2013.

• ANAC ha infine confermato che la dichiarazione sulla insussistenza di cause di incompatibilità deve essere resa annualmente e che entrambe le dichiarazioni (ovvero assenza di cause di incompatibilità e di inconferibilità) devono essere rinnovate al verificarsi di eventi rilevanti (ad esempio una sentenza di condanna ai sensi dell'art. 3 D.lgs. 39/2013), senza con ciò sollevare l'amministrazione dal dovere di operare tutte le verifiche necessarie.

Tali dichiarazioni, infatti, confermano l'onere collaborativo e di trasparenza che il legislatore ha imposto nei confronti del destinatario della nomina.

# Richiesta di accesso generalizzato c.d. “massivo” e legittimità del rigetto

Con sentenza n. 5801 del 5 aprile u.s., il TAR Lazio Roma è tornato sull'ambito di applicazione dell'accesso generalizzato confermando il diniego opposto dall'ente ad un accesso considerato massivo.

In particolare, il TAR ha disposto che non può essere accolta l'istanza di accesso civico generalizzato all'elenco di incarichi legali conferiti negli ultimi cinque anni dalla Cassa di previdenza degli Avvocati posto che si tratta di oltre 4000 incarichi, per i quali si chiedeva l'ostensione sia del nominativo che dell'importo.

Nella propria valutazione, il TAR ha applicato un principio ben approfondito sia in sede regolamentare che giurisprudenziale.

Dal punto di vista regolamentare, il TAR fa riferimento alle “Linee Guida recanti indicazioni operative della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D. Lgs n. 33 del 2013” di cui alla deliberazione ANAC n. 1309/2016 in cui si chiarisce che “... nei casi particolari in cui venga presentata una domanda di accesso per un numero manifestamente irragionevole di documenti, imponendo così un carico di lavoro tale da paralizzare, in modo molto sostanziale, il buon funzionamento dell'amministrazione, la stessa può ponderare, da un lato, l'interesse dell'accesso del pubblico ai documenti e, dall'altro, il carico di lavoro che ne deriverebbe, al fine di salvaguardare, in questi casi particolari e di stretta interpretazione, l'interesse ad un buon andamento dell'amministrazione”.

Dal punto di vista giurisprudenziale, invece, il TAR fa riferimento alla sentenza n. 10/2020 del Consiglio di Stato dove l'Adunanza Plenaria -dopo aver ribadito che il diritto di accesso civico generalizzato pur finalizzato a garantire, con il diritto all'informazione, il buon andamento dell'amministrazione non può risolversi in un intralcio al suo funzionamento- ha puntualizzato che *“sarà così possibile e doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche ... contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarvi ovviamente in base a parametri oggettivi”*.

Il TAR ha definitivamente argomentato che il rilevante numero di incarichi conferiti (4.071) di cui si chiede l'ostensione rende di palmare evidenza la particolare ampiezza del novero di informazioni, dati e documenti in concreto richiesti e che pertanto l'istanza di accesso può essere legittimamente declinata in quanto manifestamente onerosa e sproporzionata e anzi, se accolta, comprometterebbe il buon andamento della Cassa, per il carico di lavoro ragionevolmente ed ordinariamente esigibile dagli uffici.

# Accesso agli atti e fondazioni di diritto privato: il TAR conferma la sottoposizione alla L. 241/90

Con sentenza n. 122, pubblicata il 25 febbraio 2023, il Tar Marche, Sez. I, conferma l'obbligo in capo ad una fondazione di diritto privato di concedere l'accesso documentale ai sensi della L. 241/1990, poiché svolgente attività di pubblico interesse.

La pronuncia fa seguito all'impugnativa del diniego, opposto dalla Fondazione, ad una richiesta di accesso agli atti avente ad oggetto una procedura selettiva finalizzata ad individuare il Direttore Artistico della Fondazione, presentata da un partecipante risultato non vincitore.

Il Tar delle Marche, parzialmente accogliendo la richiesta, ha chiarito che:

- l'art. 23 della Legge n. 241/1990 stabilisce che il diritto di accesso agli atti può esercitarsi nei confronti "delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi". A tale ultimo riguardo rileva che la Fondazione eroga un servizio pubblico di produzione e offerta culturale e che la sua istituzione è stata promossa dalla Regione, che assume pertanto la qualifica di socio fondatore e concorre alla costituzione del relativo patrimonio;
- nella fattispecie in esame l'acquisizione dei documenti richiesti assume, per certi aspetti, carattere meramente esplorativo ex art. 24, co. 3 L. 241/1990 poiché

eccede l'effettiva esigenza conoscitiva esposta dal richiedente. Difatti, nel corso del giudizio, la Fondazione ha depositato parte dei documenti richiesti, quale ad esempio, il verbale della Commissione esaminatrice dal quale si evince che la ricorrente era prima in graduatoria nonché l'unica candidata ad aver superato la soglia minima del punteggio, con conseguente irrilevanza della richiesta di accesso alle domande degli altri candidati giudicati non idonei;

- l'esigenza conoscitiva della richiedente in merito alla mancata nomina è stata soddisfatta attraverso le deduzioni difensive della Fondazione resistente che ha chiarito altresì che, una delle ragioni della mancata nomina è ravvisabile nella possibilità di revoca della procedura e indizione di una nuova; decisione, tuttavia, non ancora assunta visto il commissariamento della Fondazione e conseguente attribuzione del potere di decisione in capo al nuovo Consiglio di Amministrazione.

Alla luce delle argomentazioni svolte, il TAR Marche, pur dichiarando il ricorso parzialmente improcedibile per carenza di interesse, ha affermato e chiarito un importante ed interessante principio, ovvero la sottoposizione delle Fondazioni di diritto privato al regime di trasparenza di cui alla L. 241/90 in forza del pubblico interesse che perseguono.



# Inconferibilità ex art. 35 bis D.lgs. n. 165/2001: operatività e sospensione condizionale della pena

Con Atto del Presidente del 4 aprile 2023, ANAC -a seguito della richiesta di parere di un Comune- ha chiarito che l'operatività del divieto ex art. 35 bis D.lgs. n. 165/2001 si attua non solo nei confronti dei dipendenti che svolgono incarichi dirigenziali ma anche verso coloro che svolgono funzioni direttive e segretariali.

La questione in esame concerne l'art. 35 bis D.lgs. n. 165/2001 che preclude ai soggetti condannati per i reati contro la PA, anche con sentenza non passata in giudicato, di assumere e svolgere incarichi con funzioni direttive per la gestione delle risorse finanziarie, acquisizione di beni e servizi e concessione di sovvenzioni e sussidi, nonché di far parte di commissioni per la scelta di contraenti per l'affidamento di lavori, servizi e forniture ed erogazione di sovvenzioni e vantaggi economici.

L'ANAC, in particolare, ha chiarito che:

- l'art. 35 bis D.lgs. n. 165/2001 configura una diversa fattispecie di inconferibilità, idonea a prevenire la lesione della reputazione dell'Amministrazione derivante dall'affidamento di incarichi particolarmente esposti al rischio di corruzione a dipendenti che hanno commesso reati contro la p.a.
- per quanto attiene la durata delle preclusioni, l'art. 35 D.lgs. n. 165/2001 mantiene in essere il divieto sino all'emissione di una sentenza di assoluzione che comporti il venir meno della situazione impeditiva.

L'Autorità ha ribadito che questo specifico tipo di inconferibilità è collegata ad uno status soggettivo in cui si trova il dipendente ed assolve ad una funzione di prevenzione della corruzione. Conseguentemente, l'attribuzione o il mantenimento degli incarichi a soggetti destinatari di condanna penale sono vietati per carenza del requisito soggettivo, poiché la sentenza di condanna costituisce una prova dell'ineidoneità allo svolgimento di poteri pubblici in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Alla luce di quanto espresso, ANAC chiarisce che l'inconferibilità ai sensi dell'art. 35 bis D.lgs. n. 165/2001 si applica ai dipendenti, a prescindere dalla funzione svolta e a prescindere dalla circostanza che la pena sia stata sospesa.

Tale tipo di inconferibilità, inoltre, secondo ANAC non esclude l'assunzione presso una P.A. ma solamente l'assegnazione di specifiche funzioni incompatibili con la condanna penale, spettando invece all'amministrazione conferente valutare, nel caso specifico, i presupposti per l'assunzione e l'eventuale assegnazione di mansioni non incompatibili, in conformità con il quadro normativo di riferimento ed il proprio ordinamento (in tal senso TAR Lazio, sent. 209 del 5.01.2023 e Consiglio di Stato n. 1132 del 1.02.2023).

Legislazione Tecnica  
Area Consulenza

Direzione Generale:  
dott.ssa Rosalisa Lancia

Tel. **06.5921743**  
email: **[consulenza@legislazionetecnica.it](mailto:consulenza@legislazionetecnica.it)**  
web: **[consulenzalt.it](http://consulenzalt.it)**

Orario Segreteria  
dal lunedì al venerdì ore 9.15-13 e 14-17.45