

## Newsletter **4/2023**

*In questa uscita*

*Procedimento disciplinare*

**Insufficienza delle prove, presunzione di non colpevolezza e procedimento disciplinare verso gli iscritti all'albo**

**Prescrizione dell'azione disciplinare: *ratio* e applicazione**

*Anticorruzione*

**Incompatibilità ed inconfiribilità dei funzionari pubblici: applicazione soggettiva della norma e gerarchia delle fonti**

*Privacy*

**Ordinanza ingiunzione del Garante Privacy verso un Ordine professionale per negligente annotazione dei dati personali nell'albo e comunicazione a terzi**

*Amministrazione trasparente*

**Trasparenza dei contratti pubblici: pubblicazione dei verbali di gara**

# Insufficienza delle prove, presunzione di non colpevolezza e procedimento disciplinare verso gli iscritti all'albo

Con un'interessante ed articolata pronuncia, il CNF-Consiglio Nazionale Forense ha fornito un chiarimento utile a tutti i componenti degli organi disciplinari, stabilendo che il giudizio disciplinare non si può concludere con una sanzione verso l'incolpato laddove non sia stato possibile accertare in via definitiva la sua colpevolezza per mancanza, insufficienza o contraddittorietà delle prove.

Partendo dalla premessa che il procedimento disciplinare è di natura accusatoria, va attenzionata la situazione in cui la prova della violazione deontologica non si possa considerare sufficientemente raggiunta, per mancanza di prove certe o per contraddittorietà degli elementi valutati, con la conseguenza che tale insufficienza istruttoria si riverbera sull'accertamento dei fatti e generi dubbi sulla responsabilità dell'incolpato; in questi casi il professionista deve essere prosciolto dalla contestazione disciplinare, posto che l'incolpato non ha né l'onere di dimostrare la propria innocenza né l'onere di contestare espressamente le contestazioni rivoltegli: è infatti l'organo disciplinare il

soggetto cui compete di verificare, in maniera approfondita, la sussistenza dei fatti e la conseguente veridicità dell'addebito disciplinare.

Nello specifico, il CNF *"anche in ossequio al principio del favor rei (CNF 61/2022) stante la natura accusatoria del procedimento disciplinare"* ha anche sottolineato che -in caso di dubbio sul reale svolgimento dei fatti- la sola audizione dell'esponente in sede dibattimentale e la conferma sempre da parte dell'esponente nel contraddittorio di quanto lamentato nell'esposto non concretizzano una prova in ordine alla sussistenza dei fatti; parimenti -sempre in caso di dubbio sul reale svolgimento dei fatti- il solo documento allegato dall'esponente alla segnalazione disciplinare non è idoneo ad affermare la sussistenza dei fatti e conseguentemente la responsabilità disciplinare dell'incolpato.

**Cfr. Sentenza CNF n. 151 dell'11 luglio 2023**

# Prescrizione dell'azione disciplinare: *ratio* e applicazione

Con la sent. n. 22463 del 26 luglio u.s., le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, relativamente al procedimento disciplinare degli avvocati, hanno fornito un interessante chiarimento sulla natura e *ratio* della prescrizione dell'azione disciplinare.

In particolare, la Corte ha indicato che la pretesa punitiva esercitata dall'organo disciplinare verso gli iscritti ha natura di diritto soggettivo potestativo e che tale diritto, pur avendo una natura pubblicistica (interesse pubblico al corretto esercizio della professione) è comunque un diritto sottoposto a prescrizione. La prescrizione ha, quindi, la funzione di delimitare nel tempo l'inizio dell'azione disciplinare e di assicurare che la sottoposizione del professionista all'irrogazione della sanzione non sia "sine die" ma abbia un limite temporale circoscritto. La ricostruzione operata dalla Cassazione vede, pertanto, l'organo disciplinare in posizione di potere (potere disciplinare finalizzato alla tutela di un interesse) e l'incolpato in posizione di soggezione, mitigando lo stato di soggezione mediante un limite temporale.

Specificatamente le Sezioni Unite hanno indicato che "la pretesa punitiva esercitata dal Consiglio dell'Ordine forense in relazione agli illeciti disciplinari commessi dai propri iscritti ha natura di diritto soggettivo potestativo che, sebbene di natura pubblicistica, resta soggetto a prescrizione, dovendo escludersi che il termine di cui all'art. 51 del

*RDL possa intendersi come un termine di decadenza, insuscettibile di interruzione o di sospensione, specificandosi che la previsione, da parte del citato art. 51 di un termine quinquennale di prescrizione, mentre delimita nel tempo l'inizio dell'azione disciplinare, vale anche ad assicurare il rispetto dell'esigenza che il tempo dell'irrogabilità della sanzione non venga protratto in modo indefinito, perchè al procedimento amministrativo di inflizione della sanzione è da ritenere applicabile non già la regola dell'effetto interruttivo permanente della prescrizione sancito dall'art. 2945, comma 2, c.c., bensì quello dell'interruzione ad effetto istantaneo di cui al precedente art. 2943 c.c., con la conseguente idoneità interruttiva anche dei successivi atti compiuti dal titolare dell'azione disciplinare in pendenza del relativo procedimento".*

Nella medesima pronuncia poi le Sezioni Unite sono ritornate sul dies a quo per il computo dei termini prescrizionali e, confermando un orientamento consolidato, hanno ribadito che "esso va individuato nel momento della commissione del fatto se integra una violazione deontologica di carattere istantaneo che si consuma e si esaurisce nel momento in cui l'illecito viene realizzato; se invece la violazione è caratterizzata dalla protrazione nel tempo la decorrenza del termine inizia dalla data di cessazione della condotta e dell'illecito" (Cass. Sez.Un. nn. 13379/2016, 8946/2023).

# Incompatibilità ed inconferibilità dei funzionari pubblici: applicazione soggettiva della norma e gerarchia delle fonti

Con atto del Presidente del 13 settembre u.s., ANAC è tornata sulla disciplina delle incompatibilità ed inconferibilità di cui al D.Lgs. 39/2013, ribadendo utili criteri interpretativi ed applicativi.

Sotto il profilo della efficacia della norma, ANAC ha in primo luogo confermato la gerarchia delle fonti e, in merito al rapporto tra normativa regionale e normativa nazionale, ha ribadito la prevalenza della legge nazionale, rappresentata dai decreti Severino, in luogo della legge adottata dalla Regione la cui applicabilità era invece invocata dal Comune richiedente il parere; tale orientamento dell'Autorità risiede ovviamente nel dettato costituzionale ma in particolare, in materia di nomine e designazioni di rappresentanti negli organi di amministrazione e controllo degli organismi partecipati, la normativa regionale va disapplicata a vantaggio di quella nazionale a fronte di specifica previsione: la norma dell'art. 22, co. 1, del d.lgs. n. 39 statuisce che *"le disposizioni del presente decreto recano norme di attuazione degli articoli 54 e 97 della Costituzione e prevalgono sulle diverse disposizioni di legge regionale, in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e presso gli enti privati in controllo pubblico"*.

Sotto il profilo dell'applicabilità soggettiva, ANAC, riprendendo anche precedenti orientamenti, ha ribadito che la

norma del D.Lgs. 39/2013 non si applica ai componenti di un organo collegiale di vigilanza e controllo interno sull'attività di un ente, in quanto le suddette disposizioni attengono ad incarichi di livello o di funzione dirigenziale. Infatti, lo svolgimento di funzioni dirigenziali o gestorie costituisce uno dei presupposti di applicabilità delle fattispecie di inconferibilità e/o incompatibilità previste dal decreto.

A titolo di mero esempio, ANAC specifica che la disciplina del D.Lgs. 39/2013 non trova applicazione con riferimento all'incarico di revisore dei conti ma, al contrario, si applica agli incarichi amministrativi di vertice, agli incarichi dirigenziali interni ed esterni, alle cariche di presidente ed amministratore delegato in enti in controllo pubblico, ovvero in enti regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni, agli incarichi di direttore generale, amministrativo e sanitario nelle aziende sanitarie.

Infine, l'Autorità chiarisce che le disposizioni del d.lgs. 39/2013 non sono suscettibili di interpretazione estensiva, in quanto con esse il Legislatore ha individuato a priori, e indipendentemente dalla concreta realizzazione di un danno per la PA, quelle fattispecie per cui quali sussiste potenzialmente un conflitto di interesse e/o nelle quali l'azione del funzionario può mettere a rischio l'immagine di imparzialità e buon andamento dello stesso ente.

# Ordinanza ingiunzione del Garante Privacy verso un Ordine professionale per negligente annotazione dei dati personali nell'albo e comunicazione a terzi

Il Garante Privacy, in esito ad un procedimento avviato da un iscritto, ha sanzionato un Ordine per trattamento illecito dei dati personali del professionista; in particolare il Garante ha rilevato che sia l'annotazione del provvedimento di sospensione nell'albo, sia la comunicazione e successivamente di revoca della sospensione agli enti terzi è avvenuta in maniera non conforme al principio di liceità, correttezza, trasparenza e in assenza di base giuridica, in violazione pertanto degli artt. 5, par. 1, lett. a), e 6 del Regolamento (UE) 2016/679, artt. 2-ter e 2-sexies del Codice in materia di protezione dei dati personali (D.lgs. 196/2003).

Secondo l'Autorità, l'Ordine ha proceduto all'annotazione e alle comunicazioni sopra indicate senza effettuare alcuna valutazione in merito alla pertinenza dei dati personali comunicati, nonché alla base giuridica del trattamento e comunicando, pertanto, informazioni eccedenti rispetto a quanto necessario.

Premesso che l'annotazione e le comunicazioni afferiscono alla sospensione collegata all'inadempimento dell'obbligo vaccinale del professionista, il Garante ha individuato i seguenti diversi profili di irregolarità da parte dell'Ordine:

- relativamente all'annotazione nell'albo, al fine di evitare la diffusione di informazioni particolari relative al professionista, la stessa avrebbe dovuto essere fatta con la sola menzione dell'intervenuta sospensione dall'esercizio della professione di cui all'art. 4, co. 4 e 5 del DL n. 44 del 2021, senza ulteriori specificazioni dalle quali sarebbe stato possibile risalire alla violazione dell'obbligo vaccinale ex art. 17-quinquies, co. 5, del d.P.C.M. 17 giugno 2021; in questo caso, però, l'Autorità rilevando che la disposizione appena citata è entrata in vigore successivamente all'annotazione nell'albo ed altresì che gli Ordini professionali hanno dovuto assumere, in tempi rapidi, decisioni relative a un quadro normativo di complessa interpretazione, ha ritenuto -rispetto a tale irregolarità- l'insussistenza dell'elemento soggettivo della colpa in capo all'Ordine, titolare del trattamento;
- relativamente alla comunicazione agli Ordini ed enti terzi, il Garante evidenzia che, ai sensi dell'art. 49, co. 2, D.P.R. n. 221/50, i provvedimenti di sospensione dall'esercizio professionale e di radiazione, quando siano divenuti definitivi, sono comunicati a tutti gli Ordini della

categoria a cui appartiene il sanitario sospeso o radiato e alle autorità ed agli enti ai quali deve essere inviato l'Albo; in relazione a tale obbligo, il Ministero della Salute ha chiarito che data la natura non disciplinare degli atti di accertamento correlati all'obbligo vaccinale, le relative comunicazioni non devono essere inviate anche agli enti sopra citati. Anche in questo caso, il Garante ha evidenziato che l'invio della comunicazione da parte dell'Ordine è anteriore alla data in cui il Ministero ha fornito i chiarimenti circa la natura non disciplinare della sospensione de qua e pertanto la comunicazione del provvedimento di sospensione ai soggetti terzi non configura una violazione della normativa in materia di protezione dei dati, difettando l'elemento soggettivo della colpa;

- relativamente alla comunicazione della cessazione della sospensione fatta agli enti, tra cui il Comune quale ente locale, il Garante chiarisce che la comunicazione doveva limitarsi all'informazione dell'intervenuta cessazione degli effetti della sospensione, senza rivelare la specifica ragione che ne era alla base poiché sempre afferente agli obblighi vaccinali e a circostanze collegate al Covid e senza che assumesse rilievo che l'Ordine avesse in passato ottenuto il "consenso informato" del reclamante al trattamento dei dati personali sensibili, contenente l'autorizzazione all'Ordine di comunicarli a terzi, tra cui alle pubbliche autorità ed amministrazioni, per le finalità connesse all'adempimento di obblighi legali. In questo caso, secondo il Garante, l'Ordine ha comunicato dati personali del reclamante in violazione dei principi di "liceità, correttezza e trasparenza" e in assenza di base giuridica.

Alla luce delle considerazioni che precedono e tenuto conto che la complessiva condotta dell'Ordine ha avuto luogo nel contesto emergenziale dovuto alla pandemia da Covid19 caratterizzato da un quadro normativo complesso e che i fatti oggetto di reclamo sono occorsi antecedentemente all'intervento del legislatore, con il quale è stato definitivamente chiarito che l'annotazione della sospensione nell'albo professionale deve avvenire senza ulteriori specificazioni, l'Autorità ha valutato la condotta dell'Ordine come violazione minore ed ha ritenuto sufficiente ammonire quest'ultimo ai sensi dell'art. 58, par. 2, lett. b) del Regolamento UE 2016/679.



# Trasparenza dei contratti pubblici: pubblicazione dei verbali di gara

Con Delibera n. 434 del 19 settembre u.s., ANAC ha adottato nei confronti di una società in controllo pubblico un provvedimento d'ordine volto alla pubblicazione dei verbali delle commissioni di gara con le modalità indicate dalla delibera n. 264 del 20 giugno 2023, secondo cui fino al 31 dicembre 2023 le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la trasparenza dei contratti pubblici come indicata dall'allegato 9 al PNA 2022.

Con la delibera in esame ANAC disattende completamente la tesi del RPCT della società in controllo pubblico secondo cui, in base al disposto dell'art. 28 del nuovo codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023) andrebbero pubblicati la sola composizione della commissione aggiudicatrice e dei curricula dei suoi componenti, ma non anche i verbali di gara, in quanto diversamente opinando risulterebbe privo di significato il successivo art. 36, recante l'obbligo di messa a disposizione dei verbali ai candidati ed agli offerenti non definitivamente esclusi, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, anche al fine di evitare una lesione della segretezza e della riservatezza commerciale degli operatori economici, in ordine alla descrizione delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche.

ANAC, infatti, richiamando i chiarimenti già forniti con la delibera n. 264 del 20 giugno 2023, conferma che fino al 31 dicembre 2023 le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la trasparenza dei contratti pubblici

come prevista dell'allegato 9 al PNA 2022, con ciò conformandosi alle previsioni dell'art. 225, comma 2, lett. a) e b), e dall'art. 224, co. 4, del nuovo codice dei contratti pubblici.

Nella delibera 434 ANAC ripercorre alcuni principi basilari della pubblicazione dei verbali, ovvero che:

- la pubblicazione dei verbali delle commissioni di gara è solo successiva alla pubblicazione degli avvisi relativi agli esiti delle procedure
- la pubblicazione deve avvenire nel rispetto dei limiti posti dall'art. 53 ("segreti tecnici e commerciali") e dall'art. 162 ("contratti secretati") del vecchio codice appalti (d.lgs. 50/2016) e nel rispetto dei limiti posti in via generale dal Codice privacy (d.lgs. 196/2003 e ss.mm.ii.). A tale ultimo riguardo devono applicarsi, quanto ai dati personali, i limiti previsti in via generale dal d.lgs. 196/2003, così come modificato dal GDPR nonché le regole stabilite all'art. 7 bis, co. 3 del Decreto Trasparenza, che prevede l'anonimizzazione dei dati personali contenuti anche in documenti oggetto di pubblicazione; quanto, invece, alle eventuali privative industriali, deve applicarsi la previsione dell'art. 53 co. 3 del d.lgs. 50/2016, che sottrae le informazioni fornite che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali (lett. a), oltre che all'accesso, anche ad ogni forma di divulgazione, ivi inclusa quindi la pubblicazione.

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