

Pubblicato il 29/10/2019

N. 07411/2019REG.PROV.COLL.
N. 00038/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 38 del 2019,
proposto da

Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura
generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, è
elettivamente domiciliata;

contro

MSC Cruises s.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Marco Martinelli e Maria
Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in
Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 349;

Merlo Luigi, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Cocchi, Gerolamo
Taccogna e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio di
quest'ultimo in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14;

nei confronti

Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, nonché MSC Crociere s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 11494/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di MSC Cruise s.a. e di Merlo Luigi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Antonio Lirosi, Maria Alessandra Sandulli, Luigi Cocchi e Gabriele Pafundi, nonché l'avvocato dello Stato Giancarlo Caselli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con delibera n. 207 del 21 febbraio 2018 il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, all'esito di attività istruttoria susseguente a specifica segnalazione, accertava in capo al dott. Luigi Merlo, già Presidente dell'Autorità Portuale di Genova (APG) nel periodo novembre 2012 - novembre 2015, la violazione dell'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. n. 165 del 2001, per effetto dell'assunzione, avvenuta il 3 gennaio 2017, dell'incarico di Direttore dei rapporti istituzionali per l'Italia presso la MSC Cruises s.a., con sede in Ginevra.

2. Con distinti ricorsi al Tribunale amministrativo del Lazio sia MSC Cruises s.a. che il dr. Merlo chiedevano l'annullamento di tale delibera.

2.1. MSC Cruises s.a. (n.r.g. 4443 del 2018) deduceva:

1) *In via principale. Sull'assoluta carenza di potere dell'ANAC. Violazione degli artt. 53, c. 16-ter, D.Lgs. 165/01, 1, cc. 2 e 3, l. 190/12, 16 e 21 D.Lgs. 39/13, 3, 76 (per eccesso di delega), 97 e 41 Cost.; 16 e 41 Carta di Nizza; 1 e 3 l. 241/90, 85*

D.Lgs. 50/16, del §3.1.9 del PNA, del principio di legalità e tipicità dei poteri. Eccesso di potere per contraddittorietà estrinseca e difetto di istruttoria. Nullità ex art. 21 septies l. 241/90 per difetto assoluto di attribuzione, sostenendo l'inconferenza delle disposizioni richiamate dall'ANAC a sostegno del potere esercitato (art. 1, comma 3, l. n. 190 del 2012 e l'art. 16 d.lgs. n. 39 del 2013);

2) Sulla consumazione del potere di contestazione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7, c. 3 e 4 e 12, c. 2, del Regolamento Vigilanza dei principi generali in materia di certezza del diritto e sicurezza delle situazioni giuridiche (coerentemente tradotti dall'art 414 cpp), del legittimo affidamento. Violazione degli artt. 1, 3 e 7 ss. l 241/90 smi; 97 Cost; 41 Carta di Nizza, sub specie di violazione e falsa applicazione degli obblighi motivazionali e partecipativi, rilevando che al momento dell'adozione della delibera impugnata il potere esercitato dell'ANAC si era ormai consumato per effetto della previsione di cui all'art. 7, comma 3, del Regolamento di Vigilanza, a mente del quale doveva ritenersi archiviata la segnalazione che aveva originato il procedimento in assenza di nuovo impulso procedimentale da parte del Consiglio dell'Autorità, da comunicare comunque al soggetto interessato, pena l'illegittimità del Regolamento stesso;

3) Sulla violazione del diritto al contraddittorio e delle garanzie partecipative. Violazione degli artt. 1, 3 e 7 ss. l 241/90 smi; 10, 11, 97 e 117, c. 1 Cost; 6 CEDU; 41 Carta di Nizza. Illegittimità degli artt. 16 e 17 Regolamento. Eccesso di potere, osservando che, stante il carattere sanzionatorio e afflittivo della delibera impugnata, l'ANAC avrebbe dovuto comunicare la disposta sospensione del procedimento per ragioni ispettive e indicare le acquisizioni documentali intervenute e tutte le evidenze istruttorie, al fine di consentire un corretto e pieno contraddittorio procedimentale con le parti;

4) Sull'inapplicabilità alle Autorità Portuali dell'art. 53, c. 16-ter. Violazione e falsa applicazione degli art. 1, co. 2, e 53, co 16-ter, D.Lgs. 165/01; 21 D.Lgs. 39/13; 1 e 3 l. 241/90; 6, 8, 10, l. 84/1994, 76, per eccesso di delega, 41 e 97 Cost.; 16 e 41 Carta di Nizza. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà, evidenziando che il divieto di cui all'art. 53, comma 16 ter, del D. Lgs, 165 del 2001 non era

applicabile alle Autorità portuali almeno sino alla loro trasformazione in Autorità di Sistema Portuale (ASP), la norma essendo inserita nella specifica disciplina dell'impiego pubblico, laddove le dette Autorità erano sempre state distinte dai soggetti di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001;

5) *In via subordinata al motivo che precede e per quanto occorrer possa. Sull'incostituzionalità dell'estensione del divieto ai Presidenti delle Autorità di Sistema Portuale e, in ogni caso, sulla sua inidoneità a giustificarne l'applicazione ai Presidenti delle Autorità Portuali. Manifesta illogicità e irragionevolezza. Violazione e falsa applicazione dell'art 10 d lgs 169/2016, e degli artt 3, 23, 41, 76 (per eccesso di delega), 97 e 10, 11 e 117, co 1, Cost, in relazione all'art 7 CEDU; 16 Carta di Nizza*, sottolineando che l'estensione del divieto, disposta al più dal d.lgs. n. 169 del 2016 esclusivamente nei confronti del Presidente e del Segretario Generale delle neo-istituite Autorità di Sistema Portuale, si poneva in contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa, oltre che con il principio generale di eguaglianza e imparzialità, dato che il Presidente delle ASP, pur avendo poteri più ampi di quelli già spettanti ai Presidenti delle vecchie Autorità Portuali, non esercitava poteri autoritativi e gestionali tali da giustificare un trattamento così macroscopicamente più severo di quello previsto per i dipendenti e i titolari di incarichi e/o cariche presso le stesse, compresi i membri del Comitato di Gestione;

6) *Sul difetto/mancato accertamento dei singoli elementi costitutivi della fattispecie. Violazione dei principi generali in tema di legalità e tipicità dei poteri amministrativi, giusto procedimento e garanzia della libertà d'impresa (artt. 3, 41 e 97 Cost; 16 e 41 Carta di Nizza). Violazione e falsa applicazione degli artt. 12, prel; 53, c. 16-ter, D.Lgs. 165/01; 21 D.Lgs. 39/13; 1 e 3 l 241/90 smi; 2359 e 2497 ss. cod. civ.; dei criteri di personalità e imputazione soggettiva delle sanzioni. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti fattuali*, lamentando che la delibera impugnata era l'effetto di un'interpretazione estensiva ovvero creativa del citato art. 53, comma 16-ter, fino a ricomprendervi un'ipotesi diversa da quella prevista e che, al contrario di quanto infondatamente ritenuto dall'Autorità, il dr. Merlo, quale

Presidente dell'Autorità Portuale, non aveva mai avuto e tanto meno esercitato poteri "autoritativi" e "negoziali" rilevanti ai fini del divieto in esame, giacché in ogni caso non aveva mai agito in modo autonomo, ma solo congiuntamente al Comitato Portuale e comunque senza un margine decisionale esclusivo e riservato;

7) *In subordine. Sull'omessa considerazione dell'effetto interdittivo automatico e sul relativo contrasto con l'ordinamento costituzionale e eurounitario. Manifesta violazione dei principi generali di ragionevolezza, proporzionalità e buon andamento dell'azione amministrativa e dei principi e regole in materia di sanzioni amministrative, oltre che del principio di effettività della tutela. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 10, 11, 23, 24, 25, 41, 76 (per eccesso di delega), 97, 111, 113 e 117, c. 1, Cost. (in relazione all'art 6 e 7 CEDU); 5 TUE; 16, 47 e 49 Carta di Nizza; 1 e 3 l 241/90 smi e 3, 10, 11 e 12 l 689/1981 e 53, c. 16-ter, d lgs 165/2001. Difetto di motivazione. Eccesso di potere. Contraddittorietà ed erronea valutazione dei presupposti e degli effetti della Delibera, evidenziando che la misura interdittiva del divieto triennale a contrarre connotava la delibera impugnata di contenuti e conseguenze afflittivi in modo automatico, senza alcun accertamento dell'elemento soggettivo.*

Con successivi motivi aggiunti MSC Cruises s.a. deduceva ancora:

8) *In subordine. Incompetenza. Nullità per difetto assoluto di attribuzione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 10, 11, 23, 24, 25, 41, 76, 97, 111, 113 e 117, c. 1, Cost. (in relazione all'art 6 e 7 CEDU); 5 TUE; 16, 47 e 49 Carta di Nizza; 1 e 3 l 241/90 smi e 3, 10, 11 e 12, 17 l 689/1981 e 53, c. 16-ter, d lgs 165/01, osservando, in ragione della natura "sostanzialmente penale" della sanzione conseguente all'accertamento della violazione del divieto in questione, che l'ordinamento limita, di regola, l'esercizio della potestà punitiva dello Stato a fatti commessi nel territorio italiano e lo estende a fatti commessi all'estero solo in ipotesi tassativamente stabilite dalla legge e che la fattispecie in esame esulava dal diritto nazionale, così che l'ANAC non avrebbe potuto esercitare alcun potere.*

2.2. Il dott. Merlo con la sua impugnativa (nrg. 6312/2018) proponeva nei confronti della delibera dell'ANAC le stesse censure sollevate da MSC Cruises s.a.

3. In entrambi i giudizi si costituiva l'ANAC, deducendo l'infondatezza del ricorso.

4. Con la sentenza segnata in epigrafe l'adito tribunale, riuniti i ricorsi, li accoglieva, annullando il provvedimento impugnato.

5. Avverso tale decisione ha interposto appello l'ANAC, chiedendone la riforma alla stregua di un unico articolato motivo, rubricato “*Violazione e falsa applicazione degli artt.53, c.16-ter D.Lgs. n.165/2001, della Legge n.190/2012 (in particolare, art.1), del D.Lgs. n.39/2013 (in particolare, artt.16 e 21). Erronea interpretazione del quadro normativo di riferimento e della sentenza del Consiglio di Stato n.126/2018. Vizio di motivazione*”.

6. Sia MSC Cruises s.a. che il dott. Merlo hanno resistito al gravame, deducendone l'infondatezza e chiedendone il rigetto, oltre a riproporre le censure sollevate in primo grado, non esaminate per assorbimento.

Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti con apposite memorie hanno ribadito e precisato le proprie rispettive tesi difensive e all'udienza pubblica del 18 luglio 2019, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. Devono essere preliminarmente esaminate le eccezioni di inammissibilità dell'appello sollevate da MSC Cruises s.a.,

7.1. Quest'ultima ha sostenuto innanzitutto che la delibera ANAC n. 1102 del 2018 (recante il *Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva*) distinguerebbe la fattispecie di “*pantouflage*”, materia nella quale l'Autorità avrebbe solo funzioni consultive, da quella concernente gli incarichi pubblici, nelle quali l'Autorità disporrebbe anche di poteri di accertamento ed ispezione. In tal modo il predetto regolamento, quanto al “*pantouflage*” si riapproprierebbe dello spazio indebitamente occupato dal pregresso “*Regolamento sull'esercizio*

dell'attività di vigilanza in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari? (approvato con delibera n. 328 del 29 marzo 2017, cd. “Regolamento Vigilanza”), il quale in più punti richiamava l'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, così consentendo all'ANAC di avviare procedimenti suscettibili di concludersi con un “atto di accertamento di illegittimo conferimento di un incarico successivo alla cessazione del rapporto di lavoro” ai sensi di tale ultima disposizione (in specie, premesse ed artt. 10, 11 e 12, nonché 15, 18 e 19) e riconducendo inammissibilmente l'ipotesi del “*pantouflage*” nello schema di una causa di incompatibilità di un incarico pubblico ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 39 del 2013.

Al contrario l'Autorità sarebbe priva nella materia *de qua* di poteri di accertamento, potendo svolgere mere funzioni consultive.

L'eccezione non merita favorevole considerazione.

Occorre rilevare che l'attribuzione all'Autorità di funzioni consultive non è stata accompagnata dalla formale (e nemmeno tacita) eliminazione di quelle accertative già previste, né queste ultime risultano – sotto un profilo logico e/o giuridico – incompatibili con le prime.

In realtà sotto un profilo strettamente sistematico l'attribuzione di funzioni consultive anche nei confronti di soggetti privati rappresenta un coerente o quanto meno non irragionevole ampliamento delle attribuzioni dell'ANAC rispetto all'ordinario potere accertativo proprio per assicurare la più proficua applicazione della specifica disciplina, la cui *ratio* è la prevenzione dei fenomeni corruttivi.

Del resto il citato Regolamento n. 328 del 29 marzo 2017 è tuttora valido ed efficace, né ha subito modifiche volte a limitare in qualche modo le attribuzioni dell'ANAC nel senso preconizzato da MSC Cruises s.a.; tanto meno sussistono elementi, gravi, precisi e concordanti da cui ricavare un'eventuale incompatibilità tra le due regolamentazioni.

7.2. Non risulta fondata neppure l'eccezione di inammissibilità del gravame per l'asserita violazione dell'onere di specificità dei motivi di appello.

Questi al contrario risultano adeguatamente esplicitati in ordine ai capi della sentenza impugnati ed hanno consentito l'adeguato esercizio di difesa e l'altrettanto precisa individuazione del *thema decidendum*, così realizzandosi la finalità insita nel principio di specificità dei motivi di gravame.

8. Passando all'esame del merito si osserva quanto segue.

8.1. Con l'unico motivo di gravame l'ANAC rivendica e ribadisce la titolarità dello specifico potere di controllo e di accertamento sulle ipotesi di inconferibilità ed incompatibilità disciplinate dal d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 e in generale sulla corretta applicazione della suddetta disciplina ai sensi dell'art. 16, comma primo del medesimo decreto, che individua proprio nell'ANAC l'Autorità competente a vigilare *“sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi?”*.

Osserva l'appellante che l'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, disciplina una fattispecie qualificabile nei termini di “incompatibilità successiva”, espressamente richiamata nel testo del d.lgs. n. 39 del 2013, prevedendo che *“I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti?”*.

Ancorché tale disposizione – ferme restando le competenze di vigilanza ed accertamento dell'ANAC sulla corretta applicazione del testo normativo del d.lgs. n. 39 del 2013 – non individui espressamente l'autorità competente a garantire l'esecuzione delle conseguenze sanzionatorie previste della norma

stessa, non potrebbe dubitarsi che essa sia proprio l'ANAC, in ragione del richiamo dell'art. 21 del d. lgs. n. 39 del 2013 da parte del citato art. 53, comma 16-ter.

8.2. La tesi è fondata.

8.2.1. Il più volte citato comma 16-ter dell'art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001 è stato introdotto dall'art. 1, comma 42, lett. l), della l. 6 novembre 2012, n. 190; il successivo d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, ha ampliato l'ambito di applicazione del predetto divieto, per un verso, dal punto di vista dell'amministrazione datrice di lavoro, stabilendo che esso si applica non solo ai dipendenti delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, ma anche ai dipendenti di “enti pubblici” genericamente intesi e di “enti di diritto privato in controllo pubblico” (così che riguarda anche i dipendenti delle società di controllo pubblico, come definite dal *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175); per altro verso con riferimento all'ambito del rapporto di pubblico impiego, stabilendo che “sono considerati dipendenti” anche i soggetti titolari di “incarichi amministrativi di vertice” ed i titolari di incarichi dirigenziali interni o esterni, a prescindere dal carattere subordinato o autonomo del rapporto di lavoro.

Così ricostruito sistematicamente il quadro normativo esso è coerente e ragionevole con le finalità del cd. “*pantouflage*”, finalizzato a prevenire il rischio che coloro che, alle dipendenze di un'amministrazione, ove esercitino “*poteri autoritativi o negoziali*” possano avvantaggiarsi della propria posizione per precostituirsì un vantaggio futuro per ottenere un incarico professionale dal soggetto privato destinatario dell'attività della medesima amministrazione datrice di lavoro.

Più in particolare l'istituto mira ad evitare che determinate posizioni lavorative, subordinate o autonome, possano essere anche solo astrattamente fonti di possibili fenomeni corruttivi (o, più in generale, di traffici di influenze e conflitti di interessi, anche ad effetti differiti), limitando per un tempo ragionevole, secondo la scelta insindacabile del legislatore, l'autonomia

negoziale del lavoratore dopo la cessazione del rapporto di lavoro: si tratta di una finalità non illogica, né irragionevole, posta a tutela dell'interesse pubblico generale, che strutturalmente distingue il divieto in questione rispetto al patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 Cod. civ.

A presidio di tale finalità è posta per un verso la previsione della nullità dei contratti stipulati tra l'ex-dipendente ed il soggetto privato beneficiario dell'attività erogata dall'amministrazione, d'altro il divieto previsto per i “... *soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti*”.

8.2.2. Così ricostruiti il contenuto e la *ratio* del divieto in esame, non vi è ragione di escuderne l'applicazione alle Autorità portuali che vanno ricomprese nell'ampia nozione di “amministrazione” di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, trattandosi di enti pubblici non economici (come testualmente chiarito dall'art. 1, comma 993, della l. 27 dicembre 2006, n. 296).

Sul punto va richiamato l'orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 21 dicembre 2015, n. 5801; IV, 14 marzo 2014, n. 1014; VI, 9 ottobre 2012, n. 5248), secondo cui la natura di ente pubblico economico può essere predicata solo laddove l'attività venga svolta per fini di lucro e in regime di concorrenza con soggetti privati.

Le Autorità portuali non perseguono fini di lucro e non operano sul mercato in regime di concorrenza: al contrario, ai sensi della l. 28 gennaio 1984, n. 94 (nel testo applicabile *ratione temporis*), ma svolgono funzioni di affidamento e controllo delle attività finalizzate alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale, laddove i compiti loro demandati dalla legge (indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo delle operazioni portuali) vanno ricondotti al novero delle funzioni di regolazione e controllo sull'attività di erogazione di servizi, anziché a quello

delle attività volte alla produzione e allo scambio di beni e servizi (Cons. Stato, VI, 9 ottobre 2012, n. 5248, cit.).

E' stato affermato (Cass. Civ., SS.UU. n. 17930 del 2013) che la definizione di cui alla l. n. 296 del 2006 *“non costituisce un mero (anche se determinante) passaggio definitorio, ma rientra nell'ambito di una più ampia perimetrazione dei compiti e delle funzioni delle autorità portuali”*, come desumibili anche da altre disposizioni contenute nella stessa legge (commi 982, 983, 985, 987, 989, 990 e 992), dalle quali emerge un disegno normativo che *“attenua l'immagine di autonomi soggetti operanti in condizioni di mercato, a tutto vantaggio della riconduzione delle autorità nell'ambito della Pubblica Amministrazione e segnatamente nell'ambito di azione del Ministero dei Trasporti, al cui potere di indirizzo e programmazione esse vengono sottoposte”*: pertanto in ragione della loro natura giuridica le Autorità Portuali vanno ricondotte al novero delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001.

8.3. Poiché le argomentazioni fin qui svolte conducono all'accoglimento dell'appello, devono essere esaminati gli altri motivi di censura sollevati in primo grado dagli originari ricorrenti, non esaminati in quanto assorbiti, ma espressamente riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

Essi sono tuttavia infondati.

8.3.1. Quanto alla tesi secondo cui i principi di cui al d. lgs. n. 165 del 2001 (in particolare la disposizione dell'art. 53) non sarebbero applicabili alle Autorità portuali – quantomeno sino alla loro trasformazione in ASP – si osserva quanto segue.

Le parti appellate rilevano invero che, diversamente da quanto ritenuto dalla contestata delibera dell'ANAC, secondo cui le Autorità portuali rientrerebbero nel novero dei soggetti contemplati dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 (a differenza di quanto accadrebbe nel caso in cui fossero qualificate quali enti pubblici economici), il legislatore avrebbe escluso dette Autorità dal regime valevole, in linea generale, per le pubbliche amministrazioni, alla luce di una serie di considerazioni così sintetizzabili: a) innanzitutto, sin dalla loro

istituzione con la l. n. 84 del 1994, le Autorità portuali sarebbero state tenute ben distinte dai soggetti di cui al citato art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001; b) l'art. 6, comma 2, della l. n. 84 del 1994 avrebbe espressamente escluso le Autorità portuali dall'ambito di applicazione delle disposizioni di cui alla l. n. 70 del 1975 ed al d.lgs. n. 29 del 1993 (poi sostituito dal d.lgs. n. 165 del 2001); c) anche il d.p.c.m. 22 gennaio 2013 (*“Rideterminazione delle dotazioni organiche del personale di alcuni Ministeri, enti pubblici non economici ed enti di ricerca, in attuazione dell'articolo 2 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135”*) avrebbe ribadito che la l. n. 84 del 1994 dettava *“una disciplina speciale per le autorità portuali prevedendo all'art. 6, c. 2, che a tali enti pubblici non economici non si applicano [...] le disposizioni di cui al D.Lgs. 165/01, e successive modificazioni”* e che *“[...] il rapporto di lavoro del relativo personale delle autorità portuali è di diritto privato ed è disciplinato dalle disposizioni del codice civile [...]”*; d) l'art. 10, comma 6, della l. n. 84 del 1994, così come risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 169 del 2016 (di *Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali*), avrebbe precisato la natura privatistica dei rapporti di lavoro delle nuove ASP e la loro disciplina sulla base del titolo V del codice civile e del CCNL vigente; e) il novellato art. 6, comma 5, della stessa l. n. 84 del 1994, escluderebbe poi *“esplicitamente”* la soggezione delle ASP all'ambito di applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, limitandosi a disporre un rinvio ai soli *“principi”* previsti nel Titolo I (Titolo del quale non fa parte l'art. 53) e nell'art. 35.

Senonché tali suggestive prospettazioni non resistono alle finalità e alla *ratio* del divieto di *“pantouflage”*, come sopra delineate.

D'altra parte l'art. 6 della l. n. 84 del 1994 (come modificato dal d.lgs. n. 169 del 2016) ha confermato la natura giuridica pubblica delle Autorità di Sistema, oggi qualificate come *“ente pubblico non economico di rilevanza nazionale a ordinamento speciale”*, dotato di autonomia amministrativa, organizzativa, regolamentare, di bilancio e finanziaria.

Di conseguenza la precisazione di cui all'art. 6, comma 5, della l. n. 84 del 1994, come introdotta dal d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169 (*Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, lettera f), della legge 7 agosto 2015, n. 124*), secondo cui “*Si applicano i principi di cui al titolo I del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*”, non ha portata innovativa – come tale irretroattiva – bensì ha carattere meramente interpretativo, l'applicabilità di detti principi essendo comunque una conseguenza logica della natura di ente pubblico delle Autorità portuali.

Nessuna rilevanza può avere sul punto la considerazione opposta da MSC Cruises a.s. secondo cui la sottoposizione alla disciplina vincolistica di cui si tratta avrebbe al più potuto operare solamente per le neo-istituite Autorità di Sistema Portuale, giusta la previsione del d.lgs. n. 169 del 2016 (peraltro, esclusivamente nei confronti del Presidente e del Segretario generale).

Né, a rigore, il riconoscimento della natura giuridica di ente pubblico non economico delle ASP assurge ad elemento esclusivo e decisivo ai fini della questione, essendo ricompresi nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 39 del 2013 sia gli enti pubblici economici che quelli non economici; al riguardo è stato stabilito (Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n. 126) che le disposizioni del decreto si applicano al “*conferimento di incarichi dirigenziali e di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico*”, laddove l'art. 1, comma 2, lett. a) precisa quali sono le “pubbliche amministrazioni” e richiama l'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Invece, l'art. 1, comma 2, lett. b), dando la definizione degli enti pubblici del comma 1, chiarisce che per questi ultimi si intendono “*gli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico ovvero i cui amministratori sono da questi nominati*”.

La scelta legislativa di distinguere tra “pubbliche amministrazioni” (lett. a) ed “enti pubblici” (lett. b) definisce in modo ampio l’ambito di applicazione della disciplina su inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi, includendovi così tutti gli enti pubblici, tra cui gli enti pubblici economici, pur se non contemplati dall’art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che segna il perimetro delle “pubbliche amministrazioni”.

D’altra parte, la nozione di “ente pubblico” di cui alla lett. b) è la più ampia e la norma primaria non prevede alcuna distinzione tra enti pubblici economici e non.

Non è neppure rilevante la circostanza che il rapporto di lavoro del personale delle Autorità portuali sia disciplinato da contratti di diritto privato, non distinguendosi in ciò dalla generalità dei rapporti di pubblico impiego.

8.3.2. Le considerazioni svolte consentono di superare anche la subordinata censura (riproposta dall’appellato dott. Merlo) di illegittimità costituzionale dell’art. 21 d.lgs. n. 39 del 2013 per difetto (o eccesso) di delega, sul presupposto che il criterio posto a base dal legislatore delegante non fosse quello di estendere soggettivamente i divieti di cui all’art. 53, comma 6-ter, anche nei confronti di soggetti ulteriori rispetto a quelli a cui la norma originaria trovava applicazione e, comunque, di soggetti diversi rispetto all’ambito soggettivo dell’attività di vigilanza.

Neppure risultano pertinenti le considerazioni svolte sempre dall’appellato dott. Merlo in ordine al fatto che, se anche le Autorità portuali costituivano – ai sensi della l. n. 84 del 1994 – degli enti pubblici non economici, doveva altresì riconoscersi che ad esse, proprio in forza dell’ordinamento speciale contenuto nella l. n. 84 del 1994, non si sarebbe potuto applicare la disciplina di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, *“per la esclusione espressamente contenuta negli artt. 6 e 10 del medesimo D. Lgs.”*, con la conseguenza che *“all’origine, la norma introdotta come novella all’art.53 (comma 6 ter) non trovava (e non poteva trovare) applicazione ai dipendenti dell’ A. P., che da tale plesso normativo non erano regolati per esclusione espressa”*.

Invero le Autorità portuali non sono ricomprese nella casistica delle discipline speciali di cui ai commi 5 e 6-*bis* dell'art. 6, laddove il richiamato art. 10 non risulta pertinente – in ragione dello specifico oggetto – alle questioni attualmente dedotte in giudizio.

8.3.3. Con la seconda delle censure riproposte da MSC Cruises s.a. (cui corrisponde il primo dei motivi dedotti dal dott. Merlo) è stata eccepita la consumazione del potere di contestazione da parte dell'ANAC per decorrenza dei termini di cui all'art. 7, comma 3 del *Regolamento Vigilanza* (secondo cui *“La segnalazione si intende archiviata se l'Autorità non procede alla comunicazione di avvio del procedimento nei termini di cui all'articolo 12, c. 2”*, in base al quale *“Il termine per la comunicazione di avvio del procedimento a seguito di segnalazione, decorrente dalla data di ricevimento della stessa, è, di norma, di 60 giorni”*).

Hanno rilevato le parti appellate che la comunicazione di avvio del procedimento era stata inviata il 26 settembre 2016, successivamente cioè allo spirare del termine (di sessanta giorni) decorrente dalla segnalazione, risalente al 24 gennaio 2016, mentre non sarebbe decisivo l'utilizzo dell'inciso *“di norma”* di cui all'art. 12, comma 2 del predetto *Regolamento*, dovendo quest'espressione essere letta alla luce del combinato disposto tra i commi 1 e 2 dell'art. 12 ed il successivo art. 7, per cui il responsabile del procedimento indica *“il termine di conclusione del procedimento istruttorio”* che, di norma (ossia, in mancanza di diversa precisazione), è di sessanta giorni. Tale ultimo termine indicherebbe la durata massima del procedimento istruttorio in quanto, avvenuto il decorso dei termini *“di cui all'articolo 12, comma 2”* (e non già di quelli, eventualmente più brevi, indicati dall'Autorità ai sensi del comma 1), la segnalazione si intenderebbe archiviata.

D'altra parte l'attività posta in essere dall'ANAC non poteva considerarsi equivalente ad una riapertura dei termini per ragioni istruttorie, quest'ultima presupponendo pur sempre l'assolvimento di un preciso onere motivazionale che, nel caso di specie, non era stato assolto; laddove il significativo lasso di

tempo trascorso era senz'altro idoneo ad ingenerare un legittimo affidamento sulla disposta archiviazione.

Si tratta di deduzioni suggestive, ma anch'esse infondate.

L'art. 12, comma 2, del *“Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari”* dispone che *“Il termine per la comunicazione di avvio del procedimento a seguito di segnalazione, decorrente dalla data di ricevimento della stessa, è, di norma, di 60 giorni”*; il precedente art. 7, comma 3, chiarisce che *“La segnalazione si intende archiviata se l'Autorità non procede alla comunicazione di avvio del procedimento nei termini di cui all'articolo 12, comma 2, del presente Regolamento”*.

L'inequivoco tenore letterale della prima disposizione depone nel senso che il termine per la comunicazione di avvio del procedimento non può ritenersi perentorio, come evidenziato dalla locuzione *“di norma”*; per contro significativamente è proprio l'art. 7, comma 4 del *Regolamento* (nel far seguito al terzo comma, che MSC Cruises s.a. richiama invece a sostegno della propria tesi circa la perentorietà del termine) a chiarire che l'esercizio dell'attività di vigilanza può avvenire *“anche con riferimento a segnalazioni già oggetto di archiviazione di cui ai commi precedenti, in caso di sopravvenuti elementi di fatto o di diritto, ovvero di diversa e ulteriore valutazione del Consiglio dell'Autorità”*.

Nel caso di specie, a fronte di un termine chiaramente dilatorio non poteva ritenersi consumato il potere di contestazione, né lo stesso poteva dar luogo (in ragione della sua stessa natura) ad un legittimo affidamento sulla (presunta) disposta archiviazione.

8.3.4. E' stato anche riproposto il motivo di censura con cui era stata contestata la violazione del diritto al contraddittorio e delle garanzie partecipative in quanto: a) una volta disposta la sospensione del procedimento, l'ANAC avrebbe dovuto esternare le ragioni che l'avrebbero giustificata (ovvero gli accertamenti da parte della Guardia di finanza in ordine al gruppo MSC) e ciò anche al fine di consentire la partecipazione della società durante l'effettuazione di tali attività acquisitive; b) a seguito

dell'istruttoria e, in particolare, a seguito di ricezione degli accertamenti – da parte della polizia giudiziaria – in ordine alla ricostruzione del gruppo MSC e – da parte all'ASP – in ordine ai provvedimenti adottati dall'Autorità portuale di Genova sotto la presidenza del dott. Merlo nei confronti di società italiane delle quali si era asserita l'appartenenza al Gruppo o, comunque, la soggezione alla direzione e coordinamento della società, ANAC non avrebbe garantito né a quest'ultima, né al dott. Merlo la conoscenza di tali risultanze; c) neppure nel corso dell'audizione l'Autorità avrebbe fatto accenno a queste ultime (che, peraltro, già le erano note).

La censura non merita favorevole considerazione, avendo l'ANAC documentato il rispetto di tutte le garanzie partecipative previste dal summenzionato *Regolamento*, ossia: 1) comunicazione di avvio del procedimento di vigilanza, con nota prot. 111034 del 26 settembre 2017 (doc. 3 ANAC); 2) comunicazione di sospensione dei termini del procedimento di vigilanza, con nota prot. n. 139100 del 22 dicembre 2017 (doc. 13 ANAC); 3) convocazione in audizione con nota prot. 13423 del 12 febbraio 2018 (doc. 14 ANAC); 4) nota di trasmissione della delibera agli interessati con prot. 25596 del 21 marzo 2018 (doc. 2 ANAC).

Risulta in definitiva che le parti appellate fossero stati tempestivamente e pienamente informate dell'avvio del procedimento in esame, del suo oggetto e delle ragioni poste a fondamento del provvedimento impugnato, tant'è che le stesse hanno da subito potuto regolarmente agire in giudizio a tutela dei rispettivi interessi ritenuti violati dall'amministrazione.

8.3.5 Neppure è fondata la censura di irragionevolezza (di cui, in particolare, al quinto motivo della memoria MSC del 15 gennaio 2019) per l'estensione ai Presidenti delle Autorità portuali di un divieto quale quello di cui all'art. 53, comma 16-*ter* d.lgs. n. 165 del 2001, per non disporre essi di rilevanti poteri autoritativi o negoziali.

E' sufficiente al riguardo ribadire che il cd. divieto di "*pantouflage*" trova generale applicazione, in ragione della sua specifica *ratio*, anche nei confronti

di soggetti titolari di poteri gestionali e/o amministrativi di sicuro minor rilievo rispetto a quelli dei Presidenti delle Autorità portuali (*in primis*, i responsabili unici del procedimento); ciò senza contare che proprio il sistema di *governance* delle Autorità portuali si caratterizza per l'attribuzione di rilevanti poteri gestionali nelle mani del Presidente, come risulta dalla previsione di cui all'art. 8 della l. n. 84 del 1994.

8.4. Premesso quanto sopra in ordine all'assoggettabilità degli appellati ai vincoli di legge in materia di "*pantouflage*", resta da stabilire se l'ANAC abbia o meno il potere di irrogare le sanzioni previste dalla legge, una volta che le prescrizioni di quest'ultima siano state violate.

Rinviando a quanto già rilevato in precedenza, si osserva che, come evidenziato dall'amministrazione appellante, l'art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. n. 165 del 2001 disciplina una fattispecie di "incompatibilità successiva", espressamente richiamata nel testo del d.lgs. n. 39 del 2013.

Sebbene tale disposizione non individui espressamente l'autorità competente a garantire l'esecuzione delle conseguenze sanzionatorie previste della norma stessa, una volta accertata l'effettiva violazione (e pur dovendo auspicarsi in via generale che le norme limitative della capacità lavorativa siano formulate nel rispetto del principio della tassatività della fattispecie, anche con riferimento all'autorità preposta al controllo o anche solo alla vigilanza), non può fondatamente dubitarsi che tale potere spetti all'ANAC.

L'art. 13 del d.lgs. n. 39 del 2013 attribuisce infatti all'Autorità nazionale anticorruzione il generale compito di vigilare "*sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi*"; a sua volta, l'art. 21 del medesimo decreto richiama esplicitamente la disciplina di cui all'art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. n. 165 del 2001 al fine specifico di estenderne in tale contesto il campo di applicazione.

Sulla scorta di tale substrato normativo ricorrono i presupposti logici e di metodo già enucleati nella sentenza di questo Cons. Stato, VI, 30 gennaio 2007, n. 341, a mente del quale, in assenza di disposizioni univoche, l'enucleazione della competenza deve affondare le sue radici sulla valorizzazione della *ratio* della potestà sanzionatoria.

Come osservato dal Cons. Stato, I, con il parere n. 4008 del 2005, reso nell'adunanza del 30 novembre 2005 all'A.G.COM., *“le sanzioni amministrative sono infatti poste a specifica tutela delle funzioni proprie di un'Amministrazione e degli interessi che la sua attività coinvolge; donde il corollario alla stregua del quale le sanzioni medesime devono essere comminate, in applicazione del principio generale che trova espressione nell'art. 17 della legge n. 24 novembre 1981, n. 689, dal soggetto pubblico «nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione»”*.

Come già detto, la *ratio* del divieto di *“pantouflage”* risiede nella duplice esigenza, per un verso, di evitare che l'esercizio della carica rivestita dai pubblici dipendenti con posizioni di servizio particolarmente qualificate ed apicali (nella specie, coloro che esercitano *“poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni”*) sia inquinato anche solo dal sospetto di future personali utilità; sotto altro profilo, dalla necessità di scongiurare il rischio che la peculiare esperienza e le relazioni maturate dai detti funzionari durante lo svolgimento dell'incarico possano essere utilizzate, dopo la cessazione dello stesso, da imprese operanti nei rispettivi settori al fine di trarne utili e vantaggi incompatibili con la trasparenza e la parità della competizione nel mercato.

In termini più generali, il divieto in questione mira a scongiurare il prodursi degli evidenti affetti antigiusdici che potrebbero derivare da una tale potenziale situazione di conflitto di interessi, *in primis* quelli di natura corruttiva: non a caso, del resto, l'introduzione del divieto è avvenuta con la legge n. 190 del 2012, espressamente finalizzata ad attuare l'art. 6 della Convenzione della Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 31 ottobre 2003.

La sanzione di cui si discute è posta a tutela della delicata funzione assolta dall'ANAC, la quale svolge, “*con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*” (art. 1, comma primo, l. n. 190 del 2012).

Ne consegue la configurabilità di un chiaro “*nesso finalistico fra la norma assistita dalla sanzione amministrativa e le funzioni attribuite all'Autorità*” e, in definitiva, la necessità logico-sistematica dell'iscrizione in capo all'Autorità del compito di assicurare, in sede di accertamento della nullità dei contratti sottoscritti dalle parti e di adozione delle misure conseguenti, la tutela dei valori trasparenza ed integrità delle amministrazioni pubbliche che sono il *proprium* della sua missione istituzionale.

Ne deriva altresì che, pur non disconoscendosi il principio generale alla stregua del quale le norme di legge attributive di competenze sono affidate, di massima, a criteri di elencazione analitica piuttosto che a clausole generali fondanti un potere implicito, si deve convenire che nella specie, per le peculiari ragioni logico-sistematiche ora esposte, l'art. 13 del d.lgs. n. 39 del 2013 sancisce una specifica, ancorché non testuale, attribuzione di competenza in favore dell'ANAC anche in ordine all'accertamento della nullità dei contratti di cui si tratta (in quanto naturale e coerente predicato dell'attribuzione della competenza ad accertare le violazioni del sistema).

In questo contesto l'ANAC pone in essere una attività di vigilanza che consiste in un potere particolare, assegnato alle autorità amministrative indipendenti per verificare nell'interesse generale il rispetto delle regole in rapporto al loro settore (regole talora da esse stesse poste) da parte degli operatori pubblici e privati ivi operanti.

Non è quindi neppur decisivo il rilievo (a rigore, non dimostrato) secondo cui l'incarico di cui dovrebbe predicarsi la nullità, in conseguenza della violazione del divieto di cui all'art. 16-ter d.lgs. n. 165 del 2001, non sarebbe regolato – in tesi – dalla legge italiana, in quanto intercorso tra una società con sede in Svizzera ed il dott. Merlo e dunque regolato dalla *lex loci*.

9. Alla stregua delle osservazioni svolte l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, devono essere respinti i ricorsi proposti in primo grado.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto respinge, in riforma dell'impugnata sentenza, i ricorsi introduttivi in primo grado proposti da MSC Cruises s.a., unitamente ai motivi aggiunti, e dal dott. Merlo Luigi.

Condanna MSC Cruises s.a. ed il dott. Merlo Luigi al pagamento – in solido fra loro ed in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione – delle spese di lite del doppio grado di giudizio, che complessivamente liquida in euro 8.000,00 (ottomila/00), oltre Iva, Cpa ed altri accessori di legge, se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

