Prevenzione della corruzione

La nuova disciplina degli incarichi pubblici

DECRETO LEGISLATIVO 8 APRILE 2013, N. 39

Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190.
(G.U. 19 aprile 2013, n. 92)

Omissis.

Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici

di Francesco Merloni

La disciplina delle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi contenuta nel decreto legislativo n. 39 del 2013 costituisce una delle maggiori innovazioni della nuova legislazione anticorruzione. Il decreto dà attuazione alla legge n. 190 del 2012, che conferisce, ai commi 49 e 50 dell'art. 1, una delega al Governo fortemente circostanziata. La schematica ricostruzione dei punti salienti della nuova normativa è preceduta da una breve analisi delle scelte di fondo già compiute dalla legge n. 190, che introduce nel nostro ordinamento un primo tentativo di disciplina organica nella lotta alla corruzione, con un forte rilievo alla prevenzione amministrativa.

La garanzia dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni amministrative nella legge n. 190

Nella legge n. 190 del 2012 le disposizioni di delega (1) in materia di inconferibilità e incompatibilità sono inserite in una politica volta a garantire l'imparzialità soggettiva del funzionario (2) amministrativo che comprende anche la riscrittura dei doveri di comportamento dei dipendenti pubblici.
Sotto quest'ultimo profilo la legge ha previsto l'adozione di un nuovo codice nazionale di comportamento, cui dovranno aggiungersi i codici di comportamento che ciascuna amministrazione adotterà. Al complesso dei nuovi codici è finalmente attribuito un sicuro valore giuridico: esso è fonte di responsabilità disciplinare (3). I codici si fondano sull'idea di dare una nuova tipizzazione ai comportamenti corretti e a quelli vietati, presupponendo

Note:

(1) La delega è espressamente volta a «modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice», nonché a «modificare la disciplina vigente in materia di incompatibilità tra i detti incarichi e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate» (comma 49). La legge delega contiene dettagliati principi e criteri direttivi (al comma 50).
Per un ampio commento alle legge n. 190/2012, si rinvia a B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *questa Rivista*, 2013, 2, 123 ss.
Il commento che segue è completato da due commenti su temi più specifici affidati, quanto alla ricostruzione della posizione dei componenti degli organi politici, a G. Sirianni e quanto alle misure applicative a B. Ponti.

(2) Sulla problematica generale dell'imparzialità dei funzionari si veda F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Franco Angeli, 2009 e B. Ponti, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012.

(3) Il codice è stato adottato con d.P.R. n. 62 del 2013. Per un primo commento delle norme che lo disciplinano nella legge n. 190 si veda E. D'Alterio, *I codici di comportamento e la respon-*
(segue)

un funzionario in carica che non sia in gravi posizioni di conflitto di interessi. Lievi conflitti di interesse possono essere superati con il dovere di dichiarazione preventiva e di astensione (4).

Quanto, invece, all'accesso e alla permanenza negli incarichi amministrativi, la legge n. 190 sceglie di innovare radicalmente la precedente disciplina che, sia per i funzionari onorari (soprattutto i componenti di organi politici) sia per i funzionari amministrativi presentava limiti evidenti, ampiamente segnalati (5). In sostanza si interveniva sullo status dei soli dipendenti pubblici, in un approccio generale e quindi ad applicazione indifferenziata (tutti i dipendenti), che non permetteva di distinguere la particolare posizione dei titolari di incarichi amministrativi. Il regime si fondava, poi, sulla strutturale incompatibilità tra rapporto di lavoro subordinato con l'amministrazione e assunzione di interessi privati esterni, per la dedicazione esclusiva del dipendente ai compiti presso l'amministrazione, salvo che l'amministrazione non consideri alcuni incarichi esterni (presso altri soggetti pubblici e privati) come compatibili, perché non costituenti un rischio per la prestazione di lavoro da fornire all'amministrazione. Un regime di incompatibilità non orientato a valutare se l'incarico esterno presenti altri rischi, soprattutto quanto alla possibile compromissione della posizione di imparzialità del funzionario.

La scelta di fondo della legge n. 190 è di intervenire su questo regime in tre modi: a) con una revisione del sistema *dell'autorizzazione degli incarichi esterni* (6); b) con la nuova "incompatibilità successiva" (7) (detta anche "pantouflage"), cioè il divieto di assumere cariche in imprese private successivamente alla cessazione del servizio svolto presso le amministrazioni pubbliche che possano far dubitare, retrospettivamente, dell'imparzialità del funzionario nell'esercizio delle funzioni affidate; c) con una riscrittura del *regime di incompatibilità*, questa volta calibrato non più con riferimento alla condizione generale del dipendente pubblico (per il quale il regime di dedicazione esclusiva al lavoro per l'amministrazione è mantenuto), ma agli incarichi dirigenziali. Con l'introduzione del principio di distinzione tra le competenze degli organi di indirizzo politico e gli organi amministrativi, è su questi ultimi che ricade la responsabilità principale per l'adozione degli atti amministrativi e di gestione. L'imparzialità non può più essere un carattere del solo atto amministrativo in sede di azione, né un carattere genericamente riferito all'intera amministrazione: deve essere garantito specificamente agli incarichi amministrativi (ai titolari degli incarichi e, spesso, di organi delle amministrazioni pubbliche).

Ricordiamo qui le scelte essenziali compiute già in sede di delega.

I funzionari pubblici di cui assicurare l'imparzialità. Esclusione dei funzionari politici

La prima scelta è stata quella di escludere da nuovi interventi normativi i funzionari politici, cioè i componenti degli organi di indirizzo politico. Di fronte ai ricordati limiti della legislazione in vigore la legge avrebbe potuto (e dovuto) disciplinare ex novo la materia dell'accesso a tutte le cariche pubbliche, che comportino l'adozione di decisioni di cura dell'interesse pubblico, consistenti in atti di indirizzo politico (la politica è scelta di indirizzo, ma questa deve consentire una sua attuazione imparziale), ovvero in atti di amministrazione e gestione. La legge, anche per precisi limiti di maturazione nel dibattito parlamentare, non ha voluto considerare l'unitaria categoria, al suo interno articolata, di funzionari pubblici (8), di cui assicurare l'imparzialità: si tratta di un grave limite della legge, perché appare fondata sull'idea, costituzionalmente inaccettabile, che la politica sia sottratta ai doveri di imparzialità.

Note:
(segue nota 3)

sabilità disciplinare, in B. G. Mattarella, M. Pelissero, *La legge anti corruzione*, Torino, 2013. Per un primo commento del d.P.R. n. 62 del 2013 si veda E. Carloni, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istit. del fed.*, 2013. Non è stata realizzata, invece, la rilegificazione della responsabilità disciplinare ipotizzata in via generale dalla Commissione ministeriale presso il ministro per la pubblica amministrazione, introdotta dalla legge n. 190, con una delega al governo, ma solo con riferimento agli illeciti correlati al ''superamento dei termini procedimentali''. La delega, di soli sei mesi, è poi scaduta senza l'emanazione di un decreto legislativo.

(4) Un'accurata disamina dei profili giuridici del dovere di astensione si trova in G. Sirianni, *L'etica del personale politico. Parlamentari e titolari di cariche di governo*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, cit..

(5) Si veda F. Merloni, *Introduzione. L'etica dei funzionari pubblici*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione*, cit..

(6) La legge ha introdotto direttamente modifiche all'art. 53 del d.lgs. n. 165.

(7) Il divieto, che viene correntemente considerato come una sorta di incompatibilità successiva, è stato introdotto dalla stessa legge n. 190, con l'aggiunta (art. 1, c. 42) del c. 16-*ter* all'art. 53 del d. lgs. n. 165 del 2001.

(8) Sul punto si veda F. Merloni, *Introduzione. L'etica dei funzionari pubblici*, cit.

Gli incarichi di cui assicurare l'imparzialità: dirigenziali e amministrativi di vertice

La seconda scelta è stata quella di comprendere, tra gli incarichi da sottoporre al nuovo regime, anche gli incarichi amministrativi di vertice, sulla base dalla semplice constatazione che tali incarichi, anche se non devono comportare competenze di gestione, hanno spesso un influsso rilevante sullo svolgimento dell'azione da parte dei dirigenti (si pensi ai compiti di coordinamento, spesso ravvicinato, dell'azione dei dirigenti).

Altrettanto significativa la comprensione, tra gli incarichi da disciplinare, dell'«amministratore di enti pubblici e di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico» (c. 50, lett. d), punto 3)). Si tratta di posizioni finora largamente trascurate sotto il profilo dell'imparzialità da assicurare ai funzionari che ne siano titolari, con particolare riferimento agli enti di diritto privato in controllo pubblico, soprattutto quando svolgono compiti di cura di interessi pubblici (9).

Dalle incompatibilità alle inconferibilità

La terza scelta, molto qualificante, è stata di non considerare più sufficiente un regime di sole incompatibilità, per passare ad un regime che disciplini l'accesso all'incarico, cioè la stessa possibilità di conferire l'incarico a soggetti che provengano da posizioni che possano pregiudicare l'aspettativa di un esercizio imparziale (non condizionato dagli interessi e dalle posizioni di provenienza) dell'incarico.

La svolta è evidente. Anche l'aver avuto, nel periodo immediatamente precedente all'incarico nell'amministrazione, un interesse privato in potenziale conflitto (si pensi al caso di una persona proveniente da un'impresa farmaceutica che aspiri al conferimento di un incarico dirigenziale nel Ministero della salute) può costituire causa di esclusione dall'incarico.

Da questa esigenza di fondo (evitare lo stesso sorgere di un conflitto tra interessi privati e interesse generale), la legge passa poi a considerare altre cause di inconferibilità, legate da un lato a comportamenti impropri del funzionario che comportino l'impossibilità del conferimento di un incarico dirigenziale (si pensi al caso della condanna penale del funzionario per reati contro la pubblica amministrazione, anche non definitiva, perché in grado di compromettere la fiducia nella sua imparzialità) e dall'altro alla provenienza, sempre immediata, da cariche in organi di indirizzo politico (in questo caso l'esclusione non è fondata né su potenziali conflitti, né su pregressi comportamenti impropri, ma sulla compromissione dell'affidamento del cittadino sull'imparzialità di un funzionario che abbia ricoperto cariche politiche). L'inconferibilità assume così, per la prima volta, una dimensione di strumento di prevenzione della corruzione e di imparzialità, ad applicazione generale.

Quanto, poi, al regime delle incompatibilità, la legge delega distingue nettamente tra due categorie di cause: a) l'eventuale assunzione, dopo il conferimento dell'incarico, di «attività, retribuite o no, presso enti di diritto privato sottoposti a regolazione, controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che ha conferito l'incarico, o lo svolgimento in proprio di attività professionali, se l'ente o l'attività sono soggetti a regolazione o finanziati da parte dell'amministrazione» (c. 50, lett. e)). La disciplina delle incompatibilità, in questi casi, mira a completare l'approccio fin qui seguito (garanzia del pieno adempimento della prestazione lavorativa) con una considerazione dei casi in cui il funzionario possa assumere, nel corso del mandato, direttamente, o per il tramite di congiunti, interessi in potenziale conflitto, che pregiudichino la sua posizione di imparzialità soggettiva; b) l'eventuale assunzione, nel corso dell'incarico, di cariche negli organi di indirizzo politico. Anche in questo caso la nuova disciplina deve farsi carico della posizione del titolare dell'incarico, per il quale l'esplicita appartenenza ad un organo di indirizzo politico può pregiudicare l'immagine di imparzialità (del funzionario e dell'amministrazione).

L'inconferibilità come "periodo di raffreddamento"

L'inconferibilità non comporta un'esclusione permanente dal conferimento dell'incarico, ma solo temporanea. La legge vuole impedire che il soggetto che si trovi in una posizione tale da compromettere l'imparzialità acceda all'incarico senza soluzione di continuità. È necessario un *periodo di raffreddamento*, utile a garantire la condizione di imparzialità all'incarico. Nel caso della condanna non definitiva si vuole impedire il permanere nell'incarico amministrativo di un soggetto possa compromettere l'immagine dell'incarico affidato. Nel caso della provenienza da interessi privati in conflitto, il pe-

Nota:

(9) Cioè esercitino, secondo il c. 49 dell'art. 1 della legge n. 190, «funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici».

riodo di raffreddamento serve ad allentare i legami dell'aspirante all'incarico con gli interessi privati in conflitto. Nel caso della provenienza da organi politici, la possibilità di conferire l'incarico, decorso il periodo di raffreddamento, a persona scelta in virtù dei propri meriti professionali e non dell'appartenenza a organi politici (10). I periodi di raffreddamento, poi, non devono essere eccessivamente lunghi. La previsione di base stabilisce un periodo antecedente all'incarico «non inferiore ad un anno».

Inconferibilità e incompatibilità

La legge distingue nettamente tra le ipotesi di non conferibilità (nel d.lgs. n. 39 è stata poi adottata la definizione di «inconferibilità»), di cui alle lettere a), b) e c) del c. 50, e le ipotesi di incompatibilità, di cui alle lettere e) e f). Già nella legge il centro della disciplina si sposta sulle cause di inconferibilità, tanto che quelle di incompatibilità, come meglio vedremo nel decreto delegato, si modellano sostanzialmente sulle prime. Se vi sono situazioni di conflitto che sconsigliano di attribuire un incarico dirigenziale, le stesse situazioni, almeno tendenzialmente e salvo verifiche più attente, sconsigliano la permanenza in carica.

Il d. lgs. n. 39. Struttura e contenuti fondamentali

Il decreto legislativo si articola in 8 capi e la sua struttura riflette da vicino l'articolazione della legge delega. Infatti, salvo il Capo I, (principi generali), il Capo VII, (vigilanza e sanzioni), il Capo VIII, (norme transitorie e finali, tre Capi, il II, il III e il IV sono dedicati alle tre categorie di cause di inconferibilità degli incarichi (rispettivamente le condanne penali, Capo II, la provenienza da incarichi e cariche in enti privati, capo III, la provenienza da organi di indirizzo politico, Capo IV), mentre altri due, il V e il VI sono dedicati alle due cause di incompatibilità (rispettivamente il Capo V all'incompatibilità con incarichi e cariche in soggetti privati e il capo VI all'incompatibilità con cariche in organi di indirizzo politico). Il decreto doveva soddisfare i criteri che imponevano di considerare, insieme, le cause di inconferibilità e incompatibilità e gli incarichi, in modo che risultasse chiaro che ciascuna sua disposizione era stata fissata in rapporto ai caratteri dell'incarico dirigenziale. In conseguenza, all'interno di ciascuno dei Capi in cui si articola il decreto si ritrovano distinti articoli dedicati ai caratteri degli incarichi e alla provenienza dei soggetti. Va sottolineata anche l'importanza della parte (Capo VII) dedicata alla vigilanza e alle sanzioni, che mira a superare uno dei difetti più diffusi nella disciplina previgente: fissare cause, quasi sempre di incompatibilità, quasi mai assistite da un attento strumentario di vigilanza, nell'assenza di effettive conseguenze per la violazione delle disposizioni di legge (11).

Le definizioni dell'articolo 1

Va sottolineata la particolare attenzione dedicata alle definizioni iniziali (art.1), che hanno lo scopo di chiarire la portata dei diversi istituti disciplinati dalla legge e di non ripetere nel testo in modo pedissequo tali definizioni. Le definizioni svolgono, quindi, un ruolo di completamento della legge, molto utile in una materia fin qui coperta in modo molto incompleto e discontinuo dalla disciplina vigente, con significati diversi e modificati nel tempo.

Tra le amministrazioni pubbliche cui si applica il decreto viene adottato il tradizionale rinvio all'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165 (12), con un'estensione alle *autorità amministrative indipendenti*, che, sul piano formale potrebbe configurare un eccesso di delega. Se riguardata sotto il profilo sostanziale della garanzia, attraverso un regime di inconferibilità e incompatibilità, dell'imparzialità dei funzionari, l'estensione della disciplina anche i funzionari delle AAI, appare coerente con le finalità della legge. Va considerato, infatti, che non solo i componenti delle autorità ma i loro funzionari svolgono (concorrono allo svolgimento di) funzioni regolative di rilevanti interessi economici privati.

L'applicazione della nuova disciplina anche agli «enti di diritto privato in controllo pubblico» (quindi agli incarichi di vertice in tali enti) è scelta

Note:

(10) La legge n. 190 ha espressamente delimitato le cause di inconferibilità e di incompatibilità ai soli casi di appartenenza ad organi di indirizzo politico nelle amministrazioni pubbliche. Non sono comprese altre possibili cause, che potrebbero in linea generale contribuire alla compromissione dell'imparzialità del titolare dell'incarico, quali l'appartenenza a partiti politici o ad organizzazioni sindacali. Poiché questa scelta avrebbe comportato l'avventurarsi nell'individuazione di quali incarichi nei patiti o nei sindacati avrebbero potuto compromettere la posizione di imparzialità, con il rischio di porre in discussione il generale principio costituzionale della libertà di associazione politica (art. 49) e sindacale (art. 39), la legge ha preferito delimitare il campo a quelle situazioni nelle quali solo l'aver fatto parte di organi di indirizzo politico può essere ritenuto un fattore di condizionamento potenzialmente improprio dell'azione dei titolari degli incarichi.

(11) Le disposizioni dei Capi VII e VIII sono qui commentate da B. Ponti.

(12) Già contenuto nel'art.1, c. 49, della legge n. 190.

compiuta dalla legge delega. Mancava una più precisa delimitazione della nozione, cui provvede il decreto, estendendola a tutte le tipologie di soggetti privati che si debbano considerare in controllo pubblico: le società di capitali, le fondazioni e le associazioni delle quali le amministrazioni pubbliche abbiano un controllo effettivo, per titolarità della maggioranza delle azioni o per il riconoscimento, anche in caso di posizioni di minoranza, di poteri di influire fortemente sull'attività dell'ente, quali soprattutto la nomina degli amministratori. Una definizione ampia, che limita la conferibilità e la compatibilità degli incarichi in una vasta serie di soggetti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici. Naturalmente si distingue tra la situazione di enti in controllo pubblico chiamati a svolgere attività economiche sul mercato e quella di enti in controllo pubblico «che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici». Solo per questa seconda categoria si pone l'esigenza di assicurare l'esercizio imparziale dei compiti affidati, in applicazione degli stessi principi di imparzialità che si applicano alle amministrazioni e agli enti pubblici (13).

Con finalità totalmente diverse, ma altrettanto rilevante, è la definizione di «enti di diritto privato regolati e finanziati», più precisa di quella contenuta nella legge delega («sottoposti a controllo (14)»), perché quest'ultima si poteva prestare a confusioni con quella di «enti di diritto privato in controllo pubblico», di cui si è appena detto. L'obiettivo della disposizione non è l'ampliamento del campo delle pubbliche amministrazioni, ma l'individuazione e delimitazione di quel vasto mondo delle imprese private che hanno rapporti con le amministrazioni perché sono da queste regolate o finanziate. L'evidente interesse di queste imprese a condizionare le scelte amministrative in senso favorevole ai propri interessi sconsigliano di conferire (sempre per un periodo limitato) incarichi a chi provenga dalla cura di questi interessi. La definizione è volta a delimitare casi di rapporto "qualificato" tra soggetto privato e amministrazione, con poteri che incidano con continuità o comunque per durate significative: non un qualsiasi esercizio di poteri regolatori sul soggetto privato, ma lo svolgimento di «funzioni di regolazione dell'attività principale che comportino autorizzazioni, concessioni, l'esercizio continuativo di poteri di vigilanza, di controllo, di certificazioni» sull'attività, non altre diverse regolazioni. Ad esempio, per un'impresa nel settore farmaceutico rientrano nella fattispecie i rapporti con le amministrazioni che regolano l'attività principale dell'impresa, non i rapporti di tipo puntuale, e riguardanti altre tipologie di regolazione, quali la richiesta e il rilascio di permessi di costruire. A completamento vi è, poi, la definizione di «incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati». Perché si possa configurare un conflitto potenziale di interessi colui che proviene da soggetti privati regolati o finanziati deve avere con questi dei rapporti particolarmente intensi e qualificati. L'art.1, c. 1, lett. e), circoscrive i casi a: «le cariche di presidente, amministratore delegato o componente del consiglio di amministrazione (15)»; «le posizioni di dirigente»; «lo svolgimento stabile di attività di consulenza a favore dell'ente».

Quanto agli incarichi, importante era definire gli «incarichi amministrativi di vertice», al fine di distinguerli chiaramente da quelli dirigenziali e al fine di graduare di conseguenza la disciplina dei divieti. La soluzione adottata (art. 1, c. 1, lett. i)) scioglie la formulazione della legge delega, nel senso che gli incarichi di vertice sono compresi tra quelli che *non* comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, mentre gli incarichi dirigenziali sì. Poiché la distinzione non sempre è chiara, le amministrazioni, al di là della collocazione e della denominazione adottata per l'incarico nel loro modello organizzativo, dovranno considerare come amministrativi di vertice gli incarichi che espressamente non comprendono l'esercizio diretto di poteri amministrativi. In caso contrario, anche l'incarico posto in collocazione apicale nell'organizzazione, ma dotato di poteri di amministrazione e gestione, dovrà essere considerato come incarico dirigenziale.

La distinzione tra incarichi dirigenziali *interni* e

Note:

(13) La definizione può rivelarsi utile anche ai fini della più generale individuazione delle amministrazioni pubbliche cui si applicano anche le altre disposizioni della l. n. 190, tra le quali l'obbligo di adottare i piani triennali anticorruzione, superandosi il difetto di coordinamento tra comma 59 (che non vi fa riferimento) e comma 60 della legge (che vi comprende gli enti privati in controllo pubblico di regioni ed enti locali).

(14) La disposizione, correttamente, unifica in una categoria omogenea, rispettando i criteri di delega, definizioni della l. n. 190 in parte non coincidenti (ma aventi la stessa finalità) quali, da un lato, «enti di diritto privato sottoposti a controllo e finanziati» (c. 50, lett. b)) e, dall'altro, «enti di diritto privato sottoposti a regolazione, a controllo e finanziati» (c. 50, lett. e)).

(15) Si noti che il testo portato in Consiglio dei ministri comprendeva, tra gli incarichi e cariche che comportano l'inconferibilità e incompatibilità anche «la titolarità della posizione di effettivo controllo dell'ente». Questa previsione è scomparsa nel testo definitivo del d.lgs. n. 39.

esterni, ha un rilievo importante, perché già la legge delega ha escluso i primi dall'applicazione dei limiti alla conferibilità nel caso di precedente appartenenza ad un organo di indirizzo politico (c. 50, lett. c)). Nella definizione adottata (art. 1, lett. k), del decreto) sono esterni gli incarichi conferiti a soggetti non appartenenti ai ruoli di una qualsivoglia amministrazione, non solo ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico; sono esterni, quindi, solo i soggetti provenienti dal settore privato.

Le inconferibilità in caso di condanna penale

Si tratta di una delle maggiori innovazioni introdotte già dalla legge n. 190, non tanto perché introduce il principio di inconferibilità in caso di condanna penale per reati contro la pubblica amministrazione, ma perché prevede l'inconferibilità anche in caso di condanna non definitiva. In tal modo si è voluto assicurare un maggiore tasso di imparzialità nell'amministrazione, escludendo il funzionario condannato, senza peraltro penalizzarlo in modo sproporzionato, prevedendo che la situazione di inconferibilità in caso di condanna non definitiva abbia una durata predeterminata e non eccessiva.

Significativa la distinzione dei reati contro la pubblica amministrazione che comportano le inconferibilità, in rapporto alla loro gravità: sono considerati più gravi quelli identificati dall'art. 3, c. 1, della legge 27 marzo 2001, n. 97, (cui va aggiunto il reato di cui all'art. 319-*quater*, inserito dalla l. n. 190), mentre i reati contro la pubblica amministrazione diversi dai primi sono considerati dalla legge come meno gravi.

Per entrambe le categorie di reati, gravi e meno gravi, si deve isolare il caso in cui sia intervenuta una *sentenza definitiva*, che abbia irrogato anche la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici. In questo caso la durata dell'inconferibilità è pari a quella dell'interdizione, permanente o temporanea.

Qualora, invece, si sia in presenza di una *sentenza non definitiva* si applica un diverso regime: per i reati più gravi è disposta, già dalla ricordata legge n. 97 del 2001, una sospensione automatica dal servizio della durata di cinque anni; in questo caso il periodo di inconferibilità coincide con il periodo di sospensione. Per i reati meno gravi la durata dell'inconferibilità (per i quali non vi è sospensione automatica dal servizio) viene rapportata alla pena inflitta con la sentenza non definitiva: il doppio della durata della pena, comunque entro il limite massimo di cinque anni.

La nuova disciplina si è poi occupata di individuare gli incarichi che possano essere conferiti al dirigente (in particolare il dirigente interno all'amministrazione): a) durante il periodo dell'inconferibilità; b) dopo la scadenza del periodo di inconferibilità, senza che sia intervenuta la sentenza definitiva. Per il primo caso al dirigente possono essere conferiti «incarichi diversi da quelli che comportino l'esercizio delle competenze di amministrazione e gestione». Nel secondo caso possono essere conferiti incarichi anche operativi, ma con l'esclusione degli incarichi relativi ad uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati, di incarichi che comportano esercizio di vigilanza o controllo». Qualora l'amministrazione non sia in grado di conferire incarichi di questo tipo il dirigente è posto a disposizione, per un periodo pari alla durata della sospensione.

Restavano i casi di incarico conferito a soggetto esterno, per il quale non sia possibile sospendere disciplinarmente l'incarico per l'inesistenza di un sottostante rapporto di lavoro subordinato. In questo caso è lo stesso decreto (c. 6) a disporre la sospensione dell'incarico e del relativo contratto per tutta la durata dell'inconferibilità.

Le inconferibilità per soggetti provenienti da imprese private regolate o finanziate

Per quanto riguarda le inconferibilità nelle amministrazioni pubbliche, ai vari livelli (art. 4), esse sono di due tipi. Da un lato vi è il caso in cui l'incarico da conferire è generale, riguardi cioè lo svolgimento del complesso delle funzioni attribuite all'amministrazione o all'ente: è questo il caso degli incarichi amministrativi di vertice e degli incarichi di amministratore di ente, perché essi sono in grado di condizionare l'azione dell'intera amministrazione, anche quando svolta da specifici uffici. Dall'altro lato vi è un'inconferibilità specifica, quando sia da conferire un incarico relativo ad un particolare settore o ufficio dell'amministrazione: in questo caso essa riguarderà solo lo specifico settore e ufficio che ha con l'ente privato il rapporto qualificato. La disposizione chiarisce anche che l'inconferibilità, in parallelo con l'analoga situazione di incompatibilità, riguarda anche il soggetto privato che svolga attività professionali, se queste sono regolate o finanziate dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico.

L'inconferibilità degli incarichi di direzione delle Asl (art. 5) segue lo stesso criterio appena visto per

le altre amministrazioni. L'esistenza un rapporto qualificato tra l'impresa privata di provenienza e il servizio sanitario regionale (non la singola Asl, ma anche una diversa Asl all'interno del servizio regionale), impedisce il conferimento dell'incarico.

Le inconferibilità per soggetti provenienti da organi politici

La disciplina di questa materia (art. 6 del decreto), di cui qui non ci occupiamo direttamente (16), è stato oggetto di una stesura particolarmente laboriosa e controversa con un grave arretramento progressivo da un testo pienamente attuativo della delega (che prevedeva cause di inconferibilità per coloro che provenissero dalle posizioni di membro del governo da un lato e di parlamentare dall'altro), ad un testo intermedio che prevedeva le inconferibilità per le cariche di governo, escludendo i parlamentari, fino al testo finale del decreto che mantiene *sic et simpliciter* in vita la disciplina vigente, con particolare riguardo alla legge n. 215 del 2004 (c.d. Legge Frattini sul conflitto di interessi), ivi compresa la vigilanza dell'autorità antitrust, abbandonando del tutto le misure di inconferibilità.

Le incompatibilità con incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati

Secondo uno schema ormai consueto, il d lgs. n. 39 disciplina distintamente le incompatibilità tra incarichi e cariche negli enti privati regolati e finanziati e incarichi nelle amministrazioni pubbliche (compresi gli enti pubblici) da un lato (art. 9) e le stesse posizioni negli enti privati e gli incarichi di direzione nelle Asl (art. 10).

All'articolo 9 si registra una nuova modificazione del testo in sede di approvazione finale che rende la lettura difficile e l'interpretazione faticosa.

Nel testo originario il primo comma era dedicato alle incompatibilità tra incarichi nel settore pubblico allargato (amministrazioni, enti pubblici, enti privati in controllo pubblico) e incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati e finanziati dalle amministrazioni o enti nei quali si svolge l'incarico. Nel testo finale l'incompatibilità risulta solo tra incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati e finanziati e incarichi nelle pubbliche amministrazioni «che comportano poteri di vigilanza o controllo sulle attività svolte dagli enti di diritto privato regolati e finanziati». Non sono richiamati gli enti pubblici, ma questi possono essere fatti rientrare in via interpretativa nella nozione di amministrazioni pubbliche ex art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001. Non sono richiamati gli enti privati in controllo pubblico e questo può dar luogo a dubbi in sede di applicazione. In particolare la norma può apparire ispirata all'idea, erronea, che gli enti di diritto privato in controllo pubblico non svolgano mai poteri di vigilanza e controllo, mentre sappiamo l'esistenza di numerosi casi di enti privati in controllo pubblico attributari di vere e proprie funzioni regolative o di compiti di erogazione di servizi pubblici nei quali possano dar luogo a rapporti qualificati con enti privati. Anche per questo il richiamo ai poteri di vigilanza e controllo non è necessario in quanto già nella definizione di «enti privati regolati e finanziati» dell'art. 1 del decreto è contenuta l'indicazione dei poteri di vigilanza e controllo (in modo tra l'altro più appropriato). L'incompatibilità è generale e non richiede graduazioni in rapporto ai livelli di governo.

Il c. 2, che nel testo originario si distingueva dal primo solo perche riguardava le incompatibilità degli incarichi amministrativi in tutti i soggetti del "settore pubblico allargato" (amministrazioni, enti pubblici, enti privati in controllo pubblico) con lo svolgimento di un'attività professionale, se questa è regolata o finanziata dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico, nel testo finale appare disallineata rispetto al nuovo c. 1 (che non riferisce più l'esercizio di poteri di vigilanza e controllo a tutti i soggetti pubblici, escludendo da essi gli enti privati in controllo pubblico). Ne risulta una disciplina contraddittoria: un amministratore di ente privato regolato non è incompatibile con un incarico in un ente privato in controllo pubblico, mentre chi svolge un'attività professionale regolata e finanziata è incompatibile con lo stesso incarico. Anche qui l'incompatibilità ha carattere generale.

L'art. 10 applica gli stessi criteri di cui all'articolo 9 agli incarichi di direzione nelle Aziende sanitarie locali. Il primo comma fissa le incompatibilità connesse all'assunzione di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dal servizio sanitario regionale (lett. a)) e con lo svolgimento in proprio, da parte del soggetto incaricato, di attività professionale, se questa è regolata o finanziata dal servizio sanitario regionale (lett. b)). Il c. 2 chiarisce che le situazioni di incompatibilità possono riguardare il titolare dell'incarico anche quando esse si vengano a creare in capo a suoi congiunti. La disposizione, pur doverosamente circoscritta (riguarda il coniuge, il convivente i parenti e gli affini entro

Nota:

(16) Si veda il commento di G. Sirianni.

il secondo grado), mira ad eliminare una delle tradizionali forme di aggiramento delle situazioni di incompatibilità, con l'assunzione di interessi privati in conflitto con la funzione esercitata da parte di persone diverse dal titolare dell'incarico, ma a questo strettamente collegabili. Anche qui va segnalata una curiosa contraddizione: mentre nel testo originario questa estensione era prevista tanto per le amministrazioni e gli enti pubblici (era contenuta in un terzo comma dell'art. 9) quanto per le Asl, nel testo finale essa rimane solo per le Asl e si fa molta fatica a comprendere le ragioni di una simile disparità di trattamento.

Le incompatibilità con cariche in organi politici

La materia delle incompatibilità con cariche in organi di indirizzo politico è più complessa dello stesso regime di inconferibilità, perché vi sono situazioni che non danno luogo ad inconferibilità, mentre deve essere affermata l'incompatibilità. Per questo la materia è ordinata secondo il criterio di una disciplina che parta dall'incarico amministrativo in esercizio e individui le relative posizioni di incompatibilità (17). Quanto agli incarichi amministrativi di vertice le incompatibilità sono stabilite in rapporto ai diversi livelli di governo, nazionale (18), regionale, locale e segue un criterio semplice: dove c'è inconferibilità lì deve essere ribadita l'evidente conseguenza dell'incompatibilità.

Quanto alla seconda tipologia di incarichi (dirigenziali, interni e esterni), si compie un'operazione del tutto simile, con una disciplina articolata in distinti commi, per ciascuno dei livelli di governo. Anche qui si segue il criterio di base della coincidenza tra ipotesi di inconferibilità e incompatibilità. L'unica differenza sta nella disciplina degli incarichi dirigenziali affidati a dirigenti interni alle amministrazioni: mentre l'inconferibilità riguarda solo i dirigenti esterni, l'incompatibilità riguarda anche quelli interni, che non possono, in corso di svolgimento dell'incarico, assumere cariche politiche, secondo una graduazione che il decreto effettua in rapporto alle caratteristiche dell'incarico.

Tra le cariche "politiche" incompatibili con l'incarico amministrativo il decreto comprende anche le cariche di presidente o amministratore delegato negli enti di diritto privato in controllo pubblico, proprio ad evitare il già richiamato fenomeno delle "*revolving doors*". Si noti, però, che mentre il decreto n. 39 si propone di stabilire queste incompatibilità, lo stesso governo aveva adottato, con il d.l. n. 95/2012 (la c.d. "*spending review*") un criterio se non opposto, almeno in controtendenza, visto che mira a stabilire il principio che nelle società controllate in via di liquidazione/dismissione la maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione sia fatta da «dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza». Mentre il d.lgs. n. 39 guarda all'imparzialità del funzionario dell'amministrazione, la *spending review* si preoccupa del risparmio che può provenire dal cumulo dei due incarichi (19). In realtà il tema merita una maggiore riflessione. La nomina di un funzionario dell'amministrazione in un ente da essa controllato (pubblico o privato) è un elemento che rafforza la sua capacità di indirizzo e controllo delle attività dell'ente controllato o non si risolve, al contrario, nella "cattura" del funzionario, trasformato in un garante degli interessi dell'ente nell'amministrazione controllante (20)?

Venendo alla terza categoria di incarichi (amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico) l'art. 13 disciplina le incompatibilità con le cariche di componenti degli organi di indirizzo politico nelle amministrazioni statali, regionali e locali. Anche in questo caso si applica il criterio della coincidenza con le cause di inconferibilità. Va sottolineato, comunque, che le incompatibilità che ne risultano sono, in questo caso, molto innovative, ad interrompere un sistema di larga sovrapposizione tra incarichi politici e incarichi negli enti di diritto privato in controllo pubblico, dove la privatizzazione formale dell'ente è spesso usata come schermo per nascondere lo stretto collegamento funzionale

Note:

(17) L'art. 11 è dedicato agli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni e negli enti pubblici; l'art. 12 agli incarichi dirigenziali (interni e esterni) nelle amministrazioni pubbliche, l'art. 13 agli incarichi apicali negli enti di diritto privato in controllo pubblico, l'art.14 gli incarichi di direzione nelle Asl.

(18) Al c. 1. La norma sembra introdurre una nuova condizione di incompatibilità, in realtà in materia essa, pur partendo dal punto di vista dell'incarico amministrativo di vertice, non fa che ribadire una situazione già disciplinata dalla legislazione vigente (e fatta salva dall'art. 6): le incompatibilità per le cariche di membro del governo e di parlamentare erano già stabilite dalla legge n. 60 del 1953.

(19) Si consideri che questi dipendenti sono tenuti a riversare nelle casse delle amministrazioni le indennità percepite. La contraddizione è solo in parte risolta dalla norma transitoria dell'art. 22. Su di essa si veda il commento di B. Ponti.

(20) Da questo punto di vista la disciplina delle inconferibilità e incompatibilità del d.lgs. n. 39 si muove in piena continuità con l'indirizzo che nel settore dei servizi pubblici locali, aveva tentato di rompere il cumulo di posizioni di regolazione/controllo e di gestione. Si consideri la vicenda del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, il regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 (convertito dalla legge n. 133 dello stesso anno), caduto insieme alla norma di base in virtù del referendum del 12 e 13 giugno 2011 in materia di servizi pubblici locali.

tra le amministrazioni pubbliche, i loro organi di indirizzo politico e gli amministratori degli enti privati in controllo pubblico.
Quanto alla quarta categoria di incarichi (direzione nelle Aziende sanitarie locali), l'art. 14 si occupa delle incompatibilità con le cariche di componenti degli organi di indirizzo politico nelle amministrazioni statali, regionali e locali, applicando il principio della coincidenza tra inconferibilità e incompatibilità. Da segnalare che questa disciplina riscrive, in coerenza con l'impostazione generale del decreto, il regime delle incompatibilità degli incarichi di direzione delle ASL, consentendo in tal modo di abrogare per intero la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 502 del 1992 (abrogazione disposta dall'articolo 23) (21).

Una disciplina non sempre "fedele" alla legge di delega

In più punti le disposizioni del d.lgs. n. 39 sembrano distaccarsi dalla legge di delega. Da un lato vi sono i casi che potrebbero essere considerati come di "eccesso di delega", nei quali le scelte del decreto non trovano copertura formale nella legge n. 190: la comprensione delle autorità amministrative indipendenti tra le amministrazioni cui si applica la nuova disciplina; la richiesta di riesame di provvedimenti di revoca del responsabile della prevenzione. Si tratta di casi in cui il decreto colma delle evidenti lacune della legge ma ne conserva appieno lo spirito e ne rispetta le finalità, in un caso portando tra gli incarichi da considerare ai fini delle inconferibilità e incompatibilità anche quelli dei funzionari di amministrazioni assai rilevanti quanto all'imparzialità delle decisioni e nell'altro estendendo a tutti i RPC le protezioni a garanzia dello svolgimento non condizionato del compito.
Dall'altro lato vi sono i casi di "tradimento" della legge, nei quali il decreto opera per "difetto", non attuando previsioni di legge, il più evidente dei quali è la non considerazione dell'appartenenza ad organi politici nazionali ai fini delle inconferibilità.

Una disciplina ancora incompleta, a tratti contradditoria

Dal breve commento delle disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità è risultato evidente che la nuova disciplina, che pure si ripromette di prevenire fenomeni di corruzione e di *maladministration* rivedendo le regole di accesso e permanenza negli incarichi pubblici, resta incompleta. In primo luogo per aver escluso dalla nuova normativa gli incarichi negli organi politici, proprio nei loro rapporti con interessi particolari (in particolare con gli interessi privati). In questo modo non vengono regolati non solo il tradizionale conflitto di interessi (il componente di organo politico titolare in proprio di interessi privati in potenziale conflitto con l'interesse generale), ma anche la posizione di necessaria imparzialità rispetto ad interessi di altri soggetti privati, ma comunque tali da influire sul comportamento del funzionario politico nell'esercizio delle funzioni affidate. Incompleta, infine, la disciplina nella definizione degli incarichi e delle cariche nelle imprese private regolate o finanziate dalle pubbliche amministrazioni, a causa della mancanza di un riferimento chiaro alla posizione del proprietario o comunque del titolare del controllo sull'impresa come posizione che configura un conflitto di interesse. Si può ritenere il proprietario di un'impresa regolata o finanziata meno interessato a condizionare le decisioni amministrative (di indirizzo o di gestione) che riguardino la sua impresa di colui che assume le cariche di presidente, amministratore delegato o dirigente?
Sono anche emersi casi di disciplina contraddittoria e diseguale. Quello più evidente è la mancata sanzione dell'inconferibilità degli incarichi amministrativi per coloro che provengono da cariche politiche nazionali, mentre la nuova disciplina va a regolare coloro che provengono da cariche politiche regionali e locali.
Altrettanto contraddittoria la diversa disciplina (art. 9 e 10) dell'incompatibilità che riguardi i congiunti del titolare dell'incarico: affermata per gli incarichi di direzione delle Asl e mancante per tutti gli altri.

Una disciplina per molti aspetti innovativa

Pur con i limiti segnalati, la disciplina presenta caratteri innovativi non trascurabili.
In primo luogo siamo in presenza di un primo tentativo di stabilire, partendo dai caratteri oggettivi delle funzioni da svolgere, quali siano le posizioni

Nota:

(21) È stato segnalato che «l'abrogazione dell'art. 3, comma 9, del d.lgs. 502/1992 disposta dall'art. 23 del decreto in esame fa venir meno le disposizioni in tema di ineleggibilità contenute nei primi tre periodi del suddetto comma», e che ciò pone problemi di eccesso di delega, nella misura in cui il legislatore delegante non avrebbe autorizzato una riduzione delle cause di ineleggibilità stabilite a legislazione vigente: cfr. *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi Decreto legislativo 39 del 2013*, Camera, Servizio studi, Dossier di documentazione, 4 giugno 2013, in *documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/AC0126.htm*.

che configurino un potenziale conflitto di interessi, tale da richiedere una regolazione che limiti l'accesso e la permanenza nell'incarico. Ciò ha comportato due conseguenze importanti: da un lato ha permesso di meglio precisare i casi di *conflitto tra interesse generale e interessi privati* (in questo senso la definizione di impresa regolata o finanziata, va considerata nella prospettiva di una definizione applicabile anche per altre cariche pubbliche, quelle politiche, ad esempio); dall'altro ha introdotto la *provenienza da organi politici* come una possibile compromissione dell'imparzialità del pubblico funzionario titolare dell'incarico.

In secondo luogo la catalogazione degli incarichi considerati ai fini della nuova disciplina avviene sulla base di un criterio sostanziale, che supera la distinzione tra enti pubblici e enti solo formalmente privati. Se l'incarico comporta la cura di un interesse pubblico (nell'esercizio di una funzione o nell'erogazione di un servizio pubblico) la natura giuridica dell'ente cui le funzioni o i servizi pubblici sono affidati diviene indifferente. In questo senso la comprensione degli *enti di diritto privato in controllo pubblico* tra quelli da considerare rende inefficaci le politiche di privatizzazione solo formale che avessero come obiettivo la sottrazione degli incarichi di sostanziale cura dell'interesse pubblico dalle nuove misure di prevenzione della corruzione (o da procedure pubbliche di nomina). L'applicazione del criterio sostanziale è certa per il regime delle inconferibilità e incompatibilità, mentre resta controversa per altre parti, centrali della legislazione anticorruzione, quali l'obbligo alla formazione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione (22).

In terzo luogo, infine, l'importanza dell'approccio oggettivo quanto alla disciplina delle inconferibilità e incompatibilità. La disciplina è dettata avendo riguardo alla *condizione da assicurare all'esercizio della funzione* (alla quale non si può accedere o nella quale non si può permanere se ci si trova in una delle condizioni di conflitto). Risulta quindi ormai chiaro che la disciplina delle inconferibilità e incompatibilità (ma anche quella delle ineleggibilità e incandidabilità) non riguardano lo stato giuridico dei funzionari, ma lo *statuto dell'incarico* attribuito. Con ulteriori rilevanti conseguenze, quali la necessaria unitarietà nazionale della disciplina (solo la legge statale può adeguatamente graduare le situazioni di inconferibilità e incompatibilità, salvo il riconoscimento alla legge regionale della possibilità di integrare, ma solo nel senso del rafforzamento, la disciplina nazionale). Le norme sull'imparzialità garantita in termini di limiti all'accesso e alla permanenza negli incarichi amministrativi possono avere qualche conseguenza sull'organizzazione amministrativa, ma il loro scopo è la garanzia, in via generale, della posizione di imparzialità della funzione, non l'imposizione dal centro di modelli organizzativi.

In conclusione: una disciplina che appare ispirata alla volontà di rottura di tradizioni, prassi e consolidati conflitti fino ad oggi pacificamente accettati. Una disciplina che si avventura in un terreno fin qui inesplorato e opera con incertezze, esponendosi a impreviste resistenze e a contrattacchi. Proprio per questo meritevole di correzioni e aggiustamenti, purché questi vadano sempre nella direzione del progressivo rafforzamento delle garanzie dell'imparzialità nello svolgimento degli incarichi pubblici.

Nota:

(22) Per un'interpretazione che consenta l'applicazione della legge n. 190 agli enti privati in controllo pubblico si veda F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento, misure specifiche di contrasto alla corruzione nelle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto penale e processo*, 2013.

La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative

di Guido Sirianni

Il decreto legislativo n. 39 istituisce un rigoroso e generale regime di incompatibilità e di inconferibilità che preclude entro un bacino territoriale rilevante, di dimensione nazionale, regionale o locale, tanto la possibilità di cumulare cariche amministrative di vertice e funzioni politiche, quanto il passaggio diretto, senza soluzione di continuità, da cariche politiche a cariche amministrative. La nuova disciplina, pur evidenziando gravi lacune relativamente alle inconferibilità dei membri del Parlamento e del Governo, costituisce un coerente e necessario complemento del principio di distinzione tra indirizzo politico e funzione amministrativa, vietando o limitando la possibilità che tra le carriere politiche e quelle amministrative possano svilupparsi indesiderabili intrecci.

Politica e amministrazione. Un approccio innovativo

Nell'intento di prevenire e contrastare i fenomeni corruttivi ed i conflitti di interesse, salvaguardando l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche, la delega ed il decreto scavano, mediante regimi di incompatibilità e di preclusione temporanea della possibilità di ricevere nomine (inconferibilità), un profondo fossato che dovrebbe efficacemente separare, nell'ambito di tutta l'organizzazione della pubblica amministrazione, le cariche politiche da quelle amministrative. Come vedremo, il percorso di questo fossato è talvolta ingiustificabilmente incompleto, talvolta del tutto nuovo, ed in altri casi coincide parzialmente con gli argini già confusamente allestiti con analoghe finalità nell'ordinamento in epoche passate.

Gli elementi di novità presenti nella disciplina sono molteplici e rilevanti, e vanno oltre la pur importante valorizzazione di strumenti come i divieti post-mandato poco praticati in passato. L'obbiettivo di preservare l'imparzialità della pubblica amministrazione, importante, ma certamente non nuovo, non è infatti perseguito, come di consueto, attraverso la imposizione di nuovi vincoli e divieti *speciali* (riguardanti cioè particolari categorie di politici - parlamentari, sindaci, ministri - in relazione ad un altrettanto specifici uffici della p.a.), ma nella forma della introduzione di una limitazione *generale* ed *orizzontale*, estesa ad ogni organo politico, in rapporto a tutti i più importanti uffici amministrativi che risultano compresi nell'ambito del bacino della sua sfera territoriale di influenza.

Le *cariche politiche* comportanti inconferibilità ed incompatibilità sono individuate dall'art. 1, c.1 lett. f), del decreto delegato, in ragione delle indicazioni fornite dalla delega, nei "componenti di organi di indirizzo politico". Tali sono «le persone che partecipano, in via elettiva o di nomina a organi di indirizzo politico presso le amministrazioni statali, regionali e locali», come pure i componenti degli organi di indirizzo politico «di enti pubblici, o di enti di diritto privato in controllo pubblico, nazionali, regionali e locali». Le inconferibilità e le incompatibilità riguardano dunque *ogni* carica politica, per il fatto stesso di racchiudere la titolarità di una funzione di indirizzo politico. Ciò spiega perché alle cariche politiche per antonomasia (titolari di cariche di governo come individuati dall'art. 11 della l. 400/1988, parlamentari, presidenti di giunte, sindaci assessori, consiglieri regionali, provinciali, comunali) sono accomunate le cariche provviste di poteri di indirizzo negli enti pubblici (non territoriali) e negli enti di diritto privato in controllo pubblico.

Le *cariche amministrative* che si intende proteggere mediante incompatibilità e inconferibilità rispetto alle cariche politiche sono individuate dalla delega (c. 50, lett.d) in quattro tipologie, meglio precisate dal decreto delegato (art.1, lett. i), j),k), l)), e cioè gli incarichi amministrativi di vertice, gli incarichi dirigenziali (interni ed esterni), gli incarichi di amministratore di enti pubblici e gli incarichi di amministratore di enti di diritto privato in controllo pubblico. Anche in questo caso le cariche sono cioè indicate orizzontalmente, non in base alle competenze, ma in ragione della natura della funzione che è ad esse propria. Si tratta infatti di ruoli che benché eterogenei (le responsabilità relative possono essere variamente estese e connotate) compendiano il vertice dell'apparato amministrativo, cui è demandato l'esercizio delle funzioni di gestione in conformità degli indirizzi impressi dagli organi politici. Si comprende dunque come la scelta del legislatore di allestire un regime di incompatibilità e di inconferibilità orizzontale e generale risulti inseparabilmente legata alla applicazione di un assetto organizzativo della pubblica amministrazione nel

quale al modello gerarchico subentra quello di una coerente distinzione tra funzione di indirizzo politico e funzione di gestione. La disciplina delle nuove incompatibilità e inconferibilità corre appunto lungo questa stessa linea di distinzione e corrisponde ad una scelta in qualche modo necessitata: se, come la giurisprudenza costituzionale ha potuto ripetutamente affermare, il cumulo di più cariche politiche deve essere vietato, quando possa ripercuotersi negativamente sulla efficienza e l'imparzialità delle funzioni (v. ad es. sent. n.143 del 2010), una analogo divieto diviene necessario anche nel caso in cui la minaccia per l'imparzialità venga dal coesercizio di funzioni di indirizzo politico e di funzioni di amministrazione.

La normativa in commento, pur postulando che le incompatibilità e le inconferibilità corrispondano ad un impianto generale ed orizzontale, nei termini appena descritti, prescrive tuttavia che esse debbano essere graduate in rapporto alla *rilevanza* delle cariche politiche, all'*ente di riferimento*, ed al *collegamento anche territoriale* con l'amministrazione che conferisce l'incarico (c. 50, lett. c). Le incompatibilità e le inconferibilità non possono cioè essere estese ad ogni possibile situazione in modo meccanico ed automatico, ma devono rispondere ad un criterio di proporzionalità e ragionevolezza, in un corretto bilanciamento tra i delicati interessi in gioco (artt. 3, 51, 97 Cost.) (1). Il raggio territoriale delle incompatibilità e delle inconferibilità deve quindi essere tanto più esteso quanto maggiore sono la rilevanza ed il bacino di influenza della carica politica.

La graduazione effettuata dal d.lgs. n. 39 corrisponde ai principi impartiti dalla delega. Le inconferibilità e le incompatibilità imposte agli organi di indirizzo politico, in relazione alle quattro tipologie di cariche amministrative considerate, operano all'interno di un bacino territoriale decrescente man mano che si passa dal livello statale a quello locale. Esonerati da qualsiasi divieto sono solo gli organi di indirizzo politico dei comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti (rispetto ai quali, ovviamente, restano ferme le incompatibilità specifiche previste dal Tuel e da altre leggi). Il decreto utilizza in questo caso il medesimo indice di rilevanza politica (la popolazione) impiegato dalla legislazione elettorale.

Le incompatibilità

Passando all'esame delle norme del decreto concernenti le incompatibilità delle cariche politiche con le cariche amministrative, per meglio comprenderne la portata innovativa pare opportuno procedere attraverso un confronto con i regimi di incompatibilità previsti dalla legislazione preesistente tanto rispetto a rapporti di pubblico impiego quanto al riguardo di cariche negli enti in qualche modo controllati o collegati agli apparati politici.

Quanto ai primi, si può riconoscere nella legislazione un *favor* per la cumulabilità tra pubblico impiego e cariche politiche, che trova il suo principale fondamento nell'art. 51 Cost, inteso come garanzia generale di diritto politico fondamentale, riconosciuto ad ogni cittadino con i caratteri dell'inviolabilità ex art. 2 Cost. (Corte Cost., sent. 143/2010; 25/2008; 288/2007; 539/1990). Del resto, solo particolari categorie di dipendenti pubblici (magistrati, militari di carriera, funzionari e agenti di polizia, rappresentanti diplomatici e consolari all'estero) subiscono limitazioni parziali nella fruizione dei diritti politici (art. 98, c. 3 Cost.), in ragione delle specificità proprie degli uffici ricoperti, o dello *jus imperii* di cui sono investiti. In questo contesto, il legislatore si è premurato, più che di prevenire la possibilità di conflitti di funzioni, di garantire la materiale conciliabilità tra lavoro pubblico ed impegno politico, attraverso strumenti quali l'aspettativa non retribuita per mandati politici (art. 68 d.lgs. n. 165 del 2001; art. 81 Tuel) ed i permessi (art. 79 Tuel; art. 71, c. 1, l. n. 133 del 2008). La regola base della cumulabilità non ha comunque impedito alla legislazione amministrativa ed elettorale di disporre frequentemente e disordinatamente, ineleggibilità ed incompatibilità specifiche, riferite a date cariche amministrative, allo scopo di prevenire conflitti di funzioni o pericoli per l'imparzialità. Non va poi trascurato che in rapporto a cariche politiche di particolare rilevanza il legislatore, pur non stabilendo una formale incompatibilità, ha però previsto il collocamento del dipendente pubblico d'ufficio in aspettativa politica (per i parlamentari, art. 4, l. n. 1261 del 1965 (2); per i membri del governo art. 3 c. 5, l. n. 215 del 2004).Solo nel caso delle cariche di governo vige, in fine, un regime di incompatibi-

Note:

(1) Sulla necessità di una graduazione incompatibilità poste ha tutela della imparzialità della pubblica amministrazione in rapporto anche alle dimensioni, maggiori o minori, delle amministrazioni cfr. Corte cost. sent. 143/2010.

(2) La obbligatorietà della aspettativa confermerebbe la permanenza,nel caso dei membri del parlamento, di un ''*fumus* di incompatibilità per tutti i dipendenti pubblici'' più marcatamente attivo nel periodo statutario (G. Long, *Ineleggibilità e incompatibilità*, in *Dig. Disc. Pubblicistiche*, 62.

lità esteso ad ogni carica, ufficio, impiego, tanto privato quanto pubblico (art. 2, l. n. 215 del 2004).
Le incompatibilità con le cariche politiche prescritte dagli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 39 relativamente alla titolarità di cariche in seno alla amministrazione (ci riferiamo agli "incarichi amministrativi di vertice" e agli "incarichi dirigenziali") non hanno alcuna relazione col rapporto di pubblico impiego, che può anche mancare nel caso della dirigenza esterna. Le nuove incompatibilità sono cioè puramente funzionali, in quanto correlate non al rapporto di servizio, ma a quello d'ufficio. Dunque, il decreto non mette in discussione la tradizionale regola della compatibilità tra cariche politiche e rapporto di pubblico impiego, ma intende piuttosto introdurre una incompatibilità generale riservata ai soli uffici apicali della amministrazione, lasciando del tutto immutato il regime (art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001) in essere per gli altri pubblici dipendenti. La introduzione del nuovo divieto di cumulo, si deve notare per inciso, comporterebbe la necessità di integrare l'art. 68 del d.lgs n. 165 del 2001 al fine di assicurare a quei titolari di cariche dirigenziali o di vertice che, essendo anche pubblici dipendenti, intendessero optare per l'esercizio della carica politica, la garanzia di conseguire il collocamento in aspettativa non retribuita, o, in alternativa, la possibilità di rinunciare in via temporanea alla titolarità dell'incarico dirigenziale.
Relativamente al secondo aspetto (quello della compatibilità tra cariche politiche e cariche presso enti variamente operanti sotto controllo politico) va ricordato che la legislazione elettorale e quella amministrativa sono, in effetti, disseminate di un gran numero di divieti, che possono riguardare sia specifici enti, sia una serie di enti individuati sulla base di caratteristiche comuni, e rispondono principalmente alla necessità di impedire la sovrapposizione di controllore e controllato. Nella diffusione di tali incompatibilità si può leggere un chiaro orientamento di disfavore, che tuttavia non arriva a tradursi in un divieto generalizzato di cumulo. Nella massa caotica e tralaticia delle incompatibilità possono quindi restare aperti importanti ed ingiustificati varchi.
Il decreto legislativo, pur non abrogando espressamente la legislazione preesistente, innova la materia introducendo un regime di incompatibilità non più speciale, ma generale, esteso a tutte le cariche di amministratore sia degli enti pubblici (art. 11), sia degli enti privati in controllo pubblico (art. 13) presenti in un dato bacino politico-territoriale, che non sembra lasciare spazio ad eccezioni o deroghe. Tale volontà trova una conferma nella lata nozione di "amministratore" offerta all'art. 1, c. 2, lett. l), in cui si comprendono gli incarichi di presidente con deleghe gestionali dirette, di amministratore delegato e di componente di ogni organo di indirizzo e sopratutto nella ampia portata degli "enti pubblici" e degli "enti privati in controllo pubblico" cui le cariche si riferiscono, che non paiono lasciare incertezze. Gli enti pubblici comprendono infatti (art., c. 2, lett. b)) tutti gli enti di diritto pubblico diversi da quelli territoriali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, o i cui amministratori siano da questa nominati; gli enti di diritto privato in controllo pubblico a propria volta includono (art. 1, c. 2, c)) tutte le società e gli enti privati in controllo pubblico che operano per l'amministrazione svolgendo attività amministrativa, producendo beni e servizi o gestendo servizi pubblici, nonché gli enti relativamente ai quali l'amministrazione è titolare del potere di nominare i vertici o i componenti degli organi. In sostanza, le norme del decreto operano come chiusura del sistema delle incompatibità: tutte le cariche di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico, indipendentemente dalla natura della attività svolta, risultano incompatibili con le cariche politiche, nell'ambito di un bacino che, secondo le circostanze, può essere nazionale, regionale e locale. In tal modo vengono contrastati non solo i conflitti di interesse e di funzione più evidenti e diretti (l'intreccio controllato-controllore), ma anche quelli indiretti, ma non meno gravi, che possono svilupparsi nella sfera di influenza ambientale della carica politica.

Le inconferibilità

La legge delega ed il decreto delegato introducono una innovativa limitazione della pratica delle "porte girevoli" e cioè della possibilità di transito da cariche politiche a cariche di vertice dell'amministrazione imponendo che nei passaggi dalle prime alle seconde debba necessariamente intercorrere un periodo di raffreddamento (3).
Esigui sono i vincoli post-mandato stabiliti dalla le-

Nota:

(3) La legge delega regolamenta solo il transito dalle cariche politiche a quelle amministrative, e non in quello, nella direzione opposta, (da cariche amministrative a cariche politiche). Limitazioni a quest'ultimo possono comunque figurare nelle normative in materia di eleggibilità.

gislazione preesistente nei confronti dei titolari di cariche politiche. L'esempio maggiore é dato dalle norme relative ai ministri, contenute dapprima nella legge Sturzo e successivamente, in forma più blanda, dalla legge Frattini (4). La necessità di un intervento legislativo in materia discende dalla esigenza di correggere i difetti delle incompatibilità post-mandato disposte dalla legge Frattini relativamente ai titolari di cariche di governo, ripetutamente evidenziata dalla Agcm (5) nelle sue relazioni semestrali al Parlamento, e soprattutto dalla volontà di allestire una barriera capace di distanziare temporaneamente tutte le cariche politiche da quelle amministrative, scoraggiando, secondo modelli internazionalmente diffusi, le cattive pratiche di *post-employment* (quelle poste in essere da politici che non solo utilizzano la loro carica per precostituirsi incarichi futuri, ma che, dopo essersi trasformati in dirigenti o in amministratori di enti, esercitano in modo distorto anche il nuovo ufficio, per saldare i debiti di *patronage* politico precedentemente contratti).

Come si ricorderà, la legge Frattini vieta ai titolari di cariche di governo, nei dodici mesi successivi al termine del mandato, la possibilità di accedere a cariche ed uffici nell'ambito di enti di diritto pubblico, anche economici e di società lucrative e di prestare attività professionali e di lavoro autonomo. L'ambito di questa limitazione è però circoscritta unicamente alle cariche presso gli enti pubblici ed alle imprese che operano in misura prevalente nei settori connessi con la carica di governo ricoperta in precedenza (si deve cioè far riferimento alle specifiche attribuzioni esercitate dal titolare della carica di governo); a questo limite se ne accompagna un secondo, più grave, derivante dalla assenza di sanzioni a carico dei trasgressori.

L'impianto proposto della legge anti-corruzione è profondamente diverso: i divieti post-mandato devono riguardare in modo omogeneo, ancorché graduato, la generalità dei titolari di cariche di indirizzo politico, dai membri del parlamento fino agli amministratori locali; la proibizione, di durata non inferiore ad un anno, deve riferirsi ad ogni carica amministrativa apicale, nell'ambito di un bacino territoriale rapportato alla importanza ed alla influenza della carica politica, senza che abbiano rilevanza le competenze che siano state specificamente attribuite all'ex organo di indirizzo politico; la violazione del divieto comporta, a norma del decreto delegato, serie conseguenze (nullità dell'atto di conferimento; sanzioni a carico di coloro che hanno conferito l'incarico). Chiaramente la legge delega prefigura un regime di inconferibilità severo e generale, volto a moralizzare le condotte degli attori politici ed a salvaguardare la professionalità degli amministratori, limitando i passaggi da cariche politiche a cariche amministrative e la colonizzazione di queste ultime. Inconferibilità ed incompatibilità assumono un carattere reciprocamente complementare, rispetto al fine unitario di una accresciuta garanzia della imparzialità e del buon andamento. I titolari di cariche amministrative apicali non possono cumulare cariche politiche, e i titolari di cariche politiche non possono a fine mandato, per un certo tempo ed in un dato spazio, essere nominati al vertice delle amministrazioni, degli enti pubblici, degli enti privati in controllo pubblico.

Il d.lgs. n. 39 svolge correttamente i principi della delega relativamente ai titolari di cariche politiche di livello regionale e locale - presidenti di giunte, assessori, consiglieri, sindaci - (art. 7). Le inconferibilità sono graduate in rapporto al livello di amministrazione. Per quelle di livello regionale, si distingue tra coloro che abbiano fatto parte della, giunta o del consiglio regionale nei due anni precedenti all'incarico e coloro che abbiano fatto parte di giunte e consigli di enti locali della stessa regione nell'anno precedente all'incarico. Il periodo di inconferibilità è dunque maggiore o minore a seconda della "distanza" tra carica politica ed incarico da conferirsi. Quanto alle inconferibilità di livello locale (c. 2) la durata del divieto è biennale per gli incarichi nelle stesse amministrazioni locali o in enti da queste controllati, ed annuale per gli incarichi conferiti, nell'ambito della stessa regione, da altre amministrazioni locali.

Lo stesso decreto, viceversa, travisa e disattende in

Note:

(4) Art. 6, legge 13 febbraio 1953, n. 60 e art. 2, c. 4, legge 20 luglio 2004 n.215. Per un esame di tale regime, v. G.Sirianni, *Etica della politica, rappresentanza, interessi*, Napoli, 2008, 94 ss..

(5) L'Agcm nella sua XV relazione semestrale (luglio 2012) ha segnalato al Parlamento per l'ennesima volta la necessità di rivedere la disciplina dei divieti post-carica, al fine di generalizzarli, eliminando la loro limitazione alle sole attività commesse e prevalenti alle competenze esercitate in carica, di difficile applicazione e facile eludibilità: «sarebbe comunque auspicabile estendere il divieto post-carica, in forma generalizzata, a tutte le cariche o uffici acquisiti per effetto di nomine governative, ovvero effettuate da organi comunque riconducibili alla pubblica amministrazione. Tale intervento sembra rispondere ad esigenze di etica pubblica, già note nei paesi che hanno affrontato in modo organico il problema dei divieti c.d. *post-employment* ed è finalizzato ad evitare che, durante l'attività di governo, gli ex titolari di cariche governative si precostituiscano le condizioni per benefici futuri, consistenti, in ipotesi, nell'acquisizione di incarichi presso organismi pubblici o privati vigilati dallo Stato».

modo clamoroso la delega proprio per quanto riguarda i titolari delle cariche più importanti, quelle cioè di livello nazionale (art. 6). Nell'iter di approvazione, lo schema di decreto - che prevedeva una inconferibilità biennale per i titolari di cariche di governo, ed una inconferibilità biennale o annuale, a seconda della maggiore o minore prossimità dall'area di influenza, per i parlamentari - ha subito la amputazione della sua parte più politicamente impegnativa. Nessun divieto post-mandato viene dunque imposto ai parlamentari, mentre, relativamente ai titolari di cariche di governo il decreto si limita a confermare (superfluamente) il blando regime già stabilito dalla legge Frattini. In sostanza, il Governo ha potuto esercitare la delega in una fase di fine legislatura (e cioè in un momento in cui la ricerca di nuove collocazioni per i politici uscenti è frenetica) solo alla condizione di non ridurre le franchigie godute da parlamentari e membri del governo.
Le limitazioni della possibilità di conferire incarichi di vertice delle Asl (direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario) a soggetti di provenienza politica, contenute nell'art. 8 del decreto, sono più intense che non nel caso delle altre cariche. Il decreto segue in questo caso un indirizzo consolidato di rigore, già tracciato dall'art. 3, c. 9, del d.lgs. n. 502 del 1992, come sostituito dall'art. 4 del d.lgs. n. 517 del 1993, armonizzando lo speciale regime delle Asl con il nuovo generale regime delle inconferibilità, nella prospettiva di rafforzare la protezione della dirigenza sanitaria dalle note e persistenti interferenze della politica. In primo luogo, viene conservato il previgente divieto quinquennale posto a carico dei candidati non eletti in competizioni elettorali, in circoscrizioni coincidenti con quelle dell'azienda sanitaria (c. 1). A tale divieto se ne aggiungono nuovi riguardanti cariche politiche di livello nazionale: quello (di durata annuale) posto nei confronti di tutti gli *ex* parlamentari (non soltanto, come in precedenza, quelli eletti in collegi coincidenti con la Asl) (c. 3); quello (di durata biennale) posto relativamente ai titolari di cariche di governo agli amministratori di enti, in quanto svolgenti funzioni di controllo o finanziamento del servizio sanitario nazionale (c. 2). Ulteriori divieti post-mandato sono previsti per le cariche politiche di livello regionale (di durata triennale, c. 4) e locale (biennale, c. 5).

Cenni conclusivi

Pur svuotato della sua parte relativa alle "porte girevoli" dei politici nazionali, il decreto segna un passaggio importante, nella prospettiva della prevenzione della corruzione e, in termini più ampi, in quella di una compiuta distinzione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di amministrazione e gestione. La normativa non pretende di operare una anacronistica quanto illusoria neutralizzazione politica di coloro che nelle amministrazioni pubbliche rivestono cariche apicali, di farne cioè un corpo tecnico professionale protetto da una campana di vetro, ma tenta piuttosto di interporre attraverso le incompatibilità e le inconferibilità una opportuna e ragionevole distanza prudenziale tra gli attori della politica e quelli della amministrazione. Tali regole prudenziali comportano, come ovvio, un costo (le nuove incompatibilità possono scoraggiare l'impegno politico (specie in ambito locale) di dirigenti pubblici, che potrebbero fornire apporti professionali apprezzabili; le inconferibilità possono imporre a personalità valide di provenienza politica un periodo di involontario ozio), che tuttavia non sembra eccessivo ed è comunque ampiamente giustificato dalla necessità di contrastare fenomeni diffusi e radicati di *maladministration*. Resta da vedere se il nuovo indirizzo riuscirà a radicarsi, magari colmando le macroscopiche lacune che abbiamo segnalato, o se viceversa sarà eroso e svuotato dalle resipiscenze di un ceto politico pronto a rimangiarsi le concessioni fatte ad una opinione pubblica scossa da catene di scandali, con i buoni uffici di un governo "tecnico", in un momento di grande debolezza. Ovviamente l'obbiettivo di assicurare che la relazione tra politica e amministrazione corra lungo i binari della distinzione dei ruoli e della collaborazione richiede uno strumentario ampio e complesso, nel quale andrebbero compresi la rivisitazione del regime dello *spoil system*, il rispetto di rigorose regole di evidenza nella selezione delle cariche amministrative, capaci di premiare la professionalità, la fissazione di regole e limiti circa la partecipazione dei dirigenti alla vita dei partiti politici e, forse, anche un esplicito riconoscimento dello *status* della dirigenza amministrativa nell'ambito della Carta costituzionale.

La vigilanza e le sanzioni

di Benedetto Ponti

L'effettività delle regole sull'inconferibilità e sull'incompatibilità degli incarichi dirigenziali stabilite dal decreto legislativo n. 39 è affidata alla vigilanza ed ai connessi strumenti di intervento (pareri, segnalazioni, accertamenti) azionabili dal responsabile per la prevenzione (a livello di singola amministrazione) e dall'Autorità nazionale anticorruzione (sul piano generale), e alle misure sanzionatorie connesse: nullità delll'incarico e del relativo contratto (in caso di violazione delle regole sull'inconferibilità), e decadenza (violazione delle regole sull'incompatibilità). Nello stesso senso operano gli obblighi di dichiarazione posti in capo ai soggetti interessati. Di rilievo anche la rivendicazione dei titoli costituzionali (artt. 54 e 97) da cui si fa discendere l'uniforme applicazione del decreto in tutti i livelli territoriali di governo.

La vigilanza

Il ruolo del responsabile per la prevenzione della corruzione

Gli articoli finali del d.lgs. n. 39/2013 sono diretti ad assicurare la effettività delle regole concernenti la inconferibilità e le incompatibilità predisposte dall'articolato. Tali istituti - quali misure di garanzia soggettiva dell'imparzialità (1) e di prevenzione dei fenomeni di corruzione - mirano a prevenire il consolidarsi di situazioni di conflitto di interessi, e sono efficaci in questo senso solo nella misura in cui trovino effettiva applicazione.

I meccanismi di effettività predisposti dal decreto si inseriscono in modo lineare nel quadro organizzativo disegnato dalla legge cd. "anticorruzione", a cominciare dai compiti di vigilanza, che si articolano tra vigilanza interna (responsabile per la prevenzione) e esterna (Autorità nazionale anticorruzione).

Ai sensi dell'art. 15, il responsabile per la prevenzione della corruzione è il soggetto cui è demandato il compito di contestare formalmente all'interessato «l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità». Si tratta, a ben vedere, di una formula di portata generale, utile ad incardinare su di esso il compito di attivare (o far valere) i diversi meccanismi sanzionatori previsti dal decreto, rispetto ai quali la "contestazione" pare però riferirsi (più correttamente) solo ai casi di incompatibilità (2).

Lo strumento principale di cui dispone il responsabile della prevenzione è il piano triennale di prevenzione della corruzione (3), nel quale dovranno quindi trovare posto anche le specifiche misure utili ad agevolare e rendere sistematica la (preliminare) verifica del rispetto delle regole su inconferibilità ed incompatibilità, le procedure per l'eventuale accertamento della loro violazione, nonché le modalità per l'attivazione delle misure sanzionatorie.

Tra i compiti "puntuali" riconosciuti al responsabile della prevenzione dal decreto che qui si commenta, di particolare rilievo risultano quelli di "segnalazione", con i quali sono attivati i procedimenti volti ad accertare e far valere le specifiche responsabilità per la violazione delle disposizioni del decreto. Destinatari delle segnalazioni sono l'Autorità nazionale anticorruzione (ai fini dell'esercizio dei compiti previsti dalla legge 190 del 2012) (4), l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui alla legge n. 215/2004, mantenute ferme dal decreto 39), nonché la Corte dei Conti (per l'accertamento delle eventuali responsabilità amministrative, v. *infra*).

Di preminente rilievo è pure il già richiamato compito di contestare la decadenza in caso di incompatibilità accertata (v. *infra*).

Anche con riferimento a quelli appena descritti -

Note:

(1) Sul momento del conferimento dell'incarico come occasione di condizionamento dell'imparzialità e dell'indipendenza soggettiva del dirigente pubblico, sia consentito rinviare a B. Ponti, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012, in part. 97 ss.

(2) La contestazione attiva, infatti, il procedimento che conduce alla dichiarazione di decadenza dall'incarico; procedimento che l'art. 19 (v. *infra*) riferisce esplicitamente alle sole ipotesi di incompatibilità disciplinate nei Capi V e VI, e non a quelle di inconferibilità (assistite, invece, dalla comminatoria di nullità ai sensi dell'art. 17).

(3) Di cui all'art. 1, c. 5-10 della l. n. 190/2012, piano da elaborarsi in ciascuna amministrazione, in coerenza con le indicazioni del Piano nazionale anticorruzione, elaborato dal Dipartimento per la Funzione pubblica e sottoposto all'approvazione dall'Autorità nazionale anticorruzione: la proposta di piano è stata trasmessa alla Civit il 12 luglio 2013.

(4) Il potere di segnalazione appare funzionale a consentire all'Autorità di esercitare i compiti di vigilanza di cui al c. 2, lett. f), e (eventualmente) i compiti ispettivi ed ordinatori di cui al successivo c. 3; sul punto, si v. B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *questa Rivista*, 2013, 2, 123, nonché G. Sciullo, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione*, in in (a cura di) B. G. Mattarella, M. Pelissero, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 71 ss.

così come per tutti i compiti che gli sono propri - il responsabile per la prevenzione si trova a dover esercitare le sue funzioni più delicate in una situazione (strutturalmente) dialettica, quando non di aperto contrasto, con gli organi dell'amministrazione (sia politici (5), che amministrativi (6)) di appartenenza. Ciò che lo rende particolarmente esposto a pressioni e a tentativi di condizionamento, tesi a scoraggiarne/depotenziarne l'operato. È dunque particolarmente evidente come tale funzione richieda (ai fini di un suo corretto ed efficace esercizio) la predisposizione di adeguate garanzie a presidio dell'imparzialità e dell'indipendenza del soggetto che ricopra tale ruolo. Tale esigenza, rimasta sostanzialmente in ombra nella legge 190/2012, fatta eccezione per il caso dei segretari comunali e provinciali (7), viene ora affrontata dal legislatore delegato (8), che tuttavia fornisce una soluzione - la richiesta di riesame da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione - solo parzialmente appagante (9), e che ricalca in larga parte quella già predisposta per le amministrazioni locali (10).

Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione

L'Autorità nazionale anticorruzione è chiamata, innanzitutto, a svolgere compiti di vigilanza generale sul rispetto delle disposizioni del decreto da parte delle amministrazioni, mediante l'esercizio dei poteri ispettivi e di accertamento (art. 16, c. 1) (11). Tale funzione si può poi tradurre (d'ufficio, o anche in base a segnalazione) in un intervento destinato ad incidere sulla procedura di conferimento di incarichi dirigenziali (art. 16, c. 2). Infatti, ove l'Autorità ravvisi la possibile violazione delle regole sull'inconferibilità, può sospendere tale procedura, e sottoporre "osservazioni e rilievi" all'attenzione dell'amministrazione (12). Qualora l'amministrazione intendesse comunque procedere con l'incarico (in caso contrario, l'intervento dell'Autorità avrebbe già prodotto un tangibile effetto deterrente), essa dovrà comunque motivare in ordine alle osservazioni formulate, così eventualmente esponendosi a censura in sede giurisdizionale (o, prima ancora, in sede di visto di legittimità) (13). Detto intervento (effetto sospensivo e connessi rilievi) può riguardare solo un procedimento di conferimento non ancora perfezionato: resta comunque aperta all'Autorità - a fronte di procedimenti oramai conclusi - anche la via della segnalazione alla Corte dei Conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative.

Note:

(5) Le regole sulla inconferibilità, ad esempio, hanno come principali destinatari (e, di conseguenza, candidati alla loro violazione) i soggetti titolari dei poteri di nomina, che sono tendenzialmente organi politici.

(6) Le regole sulla incompatibilità sono destinate a farsi valere (a partire dalla contestazione) nei confronti di titolari di incarichi dirigenziali già in carica.

(7) Ai quali, come noto, l'art. 1, c. 7 della legge 190 attribuisce ''di norma'' il ruolo di responsabile per la prevenzione negli enti locali; il c. 83 prevede, in proposito, che «il provvedimento di revoca» dell'incarico di segretario «è comunicato dal prefetto all'Autorità nazionale anticorruzione [...] che si esprime entro trenta giorni. Decorso tale termine, la revoca diventa efficace, salvo che l'Autorità rilevi che la stessa sia correlata alle attività svolte dal segretario in materia di prevenzione della corruzione».

(8) Anche se non del tutto infondato è il dubbio che in questo caso - pur nel lodevole intento di colmare una evidente lacuna della legge - il decreto ecceda la delega, che non prevedeva nulla in proposito; dubbio confermato dal fatto che le modifiche in questione hanno effetti che travalicano la disciplina dei compiti in materia di inconferibilità ed incompatibilità, proiettandosi in termini sistematici sulla figura del responsabile anticorruzione.

(9) La richiesta di riesame da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione non solo impedisce che la revoca acquisti efficacia, ma costringe l'amministrazione a tenere conto delle osservazioni formulate, ciò che rende problematica, o comunque non scontata, la conferma del provvedimento di revoca (e, dunque, meno disponibile il suo uso a fini di condizionamento del dirigente). Restano, tuttavia, impregiudicati molti altri meccanismi potenzialmente utilizzabili a fini condizionamento del dirigente, attinenti alla gestione sia del rapporto di ufficio (quali il mancato rinnovo dell'incarico alla scadenza, o la valutazione della responsabilità dirigenziale), sia del rapporto di servizio (carriera e responsabilità disciplinare, in particolare); sui quali, si v. ancora B. Ponti, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, cit., in part. p. 233 ss.

(10) Ricalca, ma non sostituisce (sulla base del criterio della successione nel tempo) quella prevista con riferimento alla revoca del segretario dell'ente locale, in ragione della specialità di tale previsione rispetto al dettato generale di cui all'art. 15, c. 3, del decreto 39.

(11) Si tratta delle potestà di carattere ispettivo ad essa riconosciute sia dalla l. n. 190/2012 (art.1, commi 2 e 3), che dal d.l. 172/2012 conv. in l. n. 221/2012 (art. 34-*bis*). Per altro, è innanzitutto mediante l'esercizio di questi poteri che l'Autorità anticorruzione potrà verificare se la revoca dell'incarico al soggetto che svolge le funzioni di responsabile «sia correlata alle attività svolte dal responsabile in materia di prevenzione della corruzione».

(12) Si noti che l'Agcm non dispone di analoga prerogativa rispetto alle ipotesi (ben più circoscritte) di inconferibilità previste dall'art. 2, c. 4 della l. n. 215/2004 per coloro che hanno ricoperto cariche di governo (ipotesi confermate dall'art. 6 del decreto 39: cfr. il commento di G. Sirianni, *supra*). Infatti, l'Agcm, in esito all'accertamento dell'incompatibilità, può solo promuovere l'adozione dei conseguenti rimedi - rimozione o decadenza dall'incarico - da parte delle ''autorità competenti'': si tratta, dunque, di un intervento solo successivo (al conferimento dell'incarico), per altro non applicabile alle ipotesi richiamate, che, a differenza di quelle di cui all'art. 2, c. 1 della medesima legge, restano sostanzialmente (accertabili, ma) non sanzionabili (cfr. art. 9 della Del. Agcm 16 novembre 2004 - Regolamento sul conflitto di interessi).

(13) Cfr. S. Nespor, *Conferimento di incarichi dirigenziali presso l'Amministrazione dello Stato: criteri e limiti secondo la giurisprudenza della Corte dei Conti*, in *Riv. critica del dir. del lav. pubblico e privato*, 2005, disponibile in *www.datalexis.it*.

L'Autorità (in parallelo con analoga previsione concernente gli atti di autorizzazione allo svolgimento di incarichi extrafunzionali di dirigenti dello Stato e degli enti pubblici nazionali) (14) è chiamata ad esprimere pareri (su richiesta delle amministrazioni e degli enti interessati) «sulla interpretazione delle disposizioni del [...] decreto e sulla loro applicazione alle diverse fattispecie di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi» (art. 16, c. 3). Ciò fa dell'Autorità una sorta di interprete qualificato (o preferenziale) della disciplina in questione, e può preludere (nella misura in cui le amministrazioni vorranno approfittare di questa opportunità) al consolidamento di indirizzi interpretativi univoci e stabilizzati (15).

Anche in questo caso, si devono segnalare alcuni tratti di inadeguatezza organizzativa. I limiti della Civit consistono soprattutto nella insufficienza della dotazione di risorse umane e finanziarie da dedicare al complesso delle funzioni attribuite, dal momento che all'assegnazione del ruolo di Autorità nazionale anticorruzione (art. 1, c. 2, l. n. 190/2012) non ha corrisposto una rimodulazione dell'organico, né del meccanismo di finanziamento. Il rafforzamento del collegio - disposto dall'art. 34-*bis* del d.l. n. 172/2012 conv. in l. n. 221/2012 - pone parziale rimedio al suo recente, drastico ridimensionamento (16), e costituisce certamente un fatto positivo, nella misura in cui mira ad arricchire e ri-orientare le professionalità presenti al vertice della Commissione, ma è misura di per sé insufficiente a fare fronte ad esigenze di adeguamento organizzativo e strutturale oramai improcrastinabili.

La dichiarazione sulla insussistenza delle cause di inconferibilità e incompatibilità

All'esercizio delle funzioni di vigilanza (interna ed esterna) sono funzionali gli oneri dichiarativi imposti ai soggetti che accedono ad incarichi dirigenziali (17). Questi, all'atto dell'incarico, devono presentare una dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità previste dal decreto, dichiarazione che costituisce condizione per l'efficacia dell'incarico stesso (art. 20, commi 1 e 4). Analoga dichiarazione circa l'insussistenza di una delle cause di incompatibilità previste dal decreto va presentata, durante lo svolgimento dell'incarico, con cadenza annuale (art. 20, c. 2). Entrambe le dichiarazioni così rese sono oggetto di pubblicazione (obbligatoria) nel sito dell'ente che ha conferito l'incarico (art. 20, c. 3).

Le sanzioni

Le nullità in caso di violazione delle fattispecie di inconferibilità

L'effettività delle regole su inconferibilità ed incompatibilità è promossa anche mediante la previsione di una serie di conseguenze volte a sanzionarne la violazione.

Sul piano della validità degli atti, la violazione delle regole del decreto determina la più grave conseguenza della nullità, con riferimento sia all'atto di conferimento dell'incarico, sia del connesso contratto di disciplina del rapporto (art. 17) (18). Si

Note:

(14) Cfr. l'art.1, c. 2, lett. e) della l. n. 190/2012, che in verità contempla due distinte fattispecie di parere facoltativo: l'uno rispetto all'autorizzabilità di incarichi extrafunzionali di dirigenti (in costanza di servizio); l'altro, relativo alle eventuali attività lavorative o professionali nei tre anni successivi alla cessazione dal servizio (art. 53, c. 16-*ter* d.lgs. n. 165/2001, cd. *pantouflage*).

(15) Compito che la Civit ha già iniziato ad esercitare: si vedano le delibere nn. 46 (in tema di efficacia nel tempo delle norme su inconferibilità e incompatibilità), 47 (sul rapporto tra le previsioni dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012 e gli artt. 9 e 12 del d.lgs. n. 39/2013) - su cui v. *infra* - e 48 (sui limiti temporali alla nomina o alla conferma in incarichi amministrativi di vertice, ai sensi dell'art. 7, d. lgs. n. 39/2013), nonché 57 (in tema di applicabilità del d.lgs. n. 39/2013 ai Comuni o forme associative tra Comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti) e 58 (sull'interpretazione e sull'applicazione del d.lgs. n. 39/2013 nel settore sanitario del 2013.

(16) Passati da cinque a tre per effetto della ''razionalizzazione'' operata dall'art. 23 del d.l. n. 201/2011 (c.d. Salva Italia).

(17) Anche in questo caso, emergono le differenze quanto al regime di inconferibilità previsto per gli ex-titolari di una carica governativa, disegnato dall'art. 2, c. 4 della l. n. 215/2004, ai quali non è invece imposto alcun onere informativo al momento della assunzione di incarichi, nel periodo coperto dalle regole di *post employment*, come chiarito a più riprese dall'Agcm. In questo senso, il compito di vigilanza di tale Autorità può basarsi solo su «un'attività continuativa di controllo sugli incarichi eventualmente assunti dagli ex titolari di cariche di governo nei dodici mesi successivi alla cessazione del loro mandato governativo» (Agcm, IV rel. semestrale, dicembre 2006), che potrà però ora giovarsi anche delle segnalazioni dei responsabili della prevenzione, ai sensi dell'art. 15, c. 2 del decreto 39.

(18) Mentre la nullità del contratto di disciplina del rapporto dispiega i suoi effetti prevalentemente nei confronti dell'incaricato, con specifico riferimento alla sorte della retribuzione *medio tempore* percepita (con pacifica applicazione dell'art. 2126 c.c., cfr. da ultimo Cons. Stato, V, 8 giugno 2011, n. 3464, che ribadisce del Cons. Stato, Ad. Plen. 8 aprile 1995, n. 7), la nullità dell'atto di incarico si proietta anche sulla validità ed efficacia degli atti posti in essere dall'organo. La vicenda pare da inquadrarsi entro i confini concettuali della figura del funzionario di fatto, in ragione della carenza del titolo di legittimazione a ricoprire l'incarico. Fatta salva (come da giurisprudenza ampiamente consolidata) la riferibilità all'amministrazione dei soli atti e provvedimenti ad effetti favorevole per i terzi (in ossequio ai principi di affidamento e buona fede), gli atti ad effetti sfavorevoli vanno invece inquadrati come nulli, o comunque privi di efficacia *ab initio* - in ragione della radicale nullità del titolo di investitura - atti, cioè, «posti in essere da un privato che non è mai stato investito del

(segue)

deve, dunque, intendere che la nullità consegue solo dalla violazione delle regole sulla inconferibilità, sancite nei Capi II, III e IV del decreto, le uniche che possono essere violate nell'atto di conferimento; e non anche dalla violazione delle regole sulla incompatibilità, per le quali è previsto un diverso ordine di conseguenze, che presuppone invece la validità dell'atto di incarico (cfr. subito *infra*).

La decadenza dei soggetti incompatibili

L'insorgere di una situazione di incompatibilità comporta per l'interessato l'obbligo di opzione (19) tra la permanenza nell'incarico e lo svolgimento di attività, cariche ed incarichi con esso incompatibili ai sensi dei Capi V e VI del decreto. Tale opzione va esercitata entro il termine perentorio di 15 giorni dalla contestazione dell'insorgere della causa da parte del responsabile per la prevenzione, decorsi i quali (in assenza di rimozione della causa di incompatibilità) l'incarico decade di diritto (art. 19, c. 1). La causa di incompatibilità può essere preesistente all'assunzione dell'incarico, ovvero sorgere in un momento successivo: tuttavia la decadenza non consegue per effetto della mera insorgenza della causa di incompatibilità, ma è condizionata alla sua contestazione (che appare doverosa, in presenza degli elementi che integrano la fattispecie) da parte del responsabile per la prevenzione della corruzione, e dalla cui formalizzazione decorrono i termini per l'esercizio dell'opzione, a pena di decadenza. Ciò che conferma la centralità e la delicatezza del ruolo del responsabile (20).

Il rigore del meccanismo di decadenza così disegnato è, in parte, temperato dalla clausola che fa comunque salve le disposizioni che prevedono il collocamento in aspettativa dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 19, c. 2) (21). Pertanto, ogni qual volta l'ordinamento consente di risolvere una causa di incompatibilità prevista nel decreto in commento mediante l'istituto dell'aspettativa (22), il soggetto interessato potrà farvi ricorso (23).

Le ricadute sui soggetti che hanno conferito gli incarichi

Alla nullità comminata ai sensi dell'art. 17, vengono riconnessi ulteriori effetti, destinati a prodursi nei confronti dei soggetti responsabili del conferimento dell'incarico. In primo luogo, i soggetti cui può essere effettivamente imputato (24) l'atto di incarico dichiarato nullo sono responsabili «per le conseguenze economiche degli atti adottati» (25). Inoltre, «i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli non possono,

Note:
(segue nota 18)

potere di agire in nome dell'ente pubblico. Pertanto, essi non costituiscono esplicazione della volontà dell'autorità»: così M. De Palma, *Sulla teoria del funzionario di fatto*, in *Urb. e app.*, 2000, 4, 428. La nullità del titolo di investitura potrebbe arrivare, per altro, ad esplicare degli effetti anche sul piano penale: in costanza degli altri elementi che concorrono ad integrarne la fattispecie, essa potrebbe infatti consentire di configurare il reato di usurpazione di funzioni pubbliche di cui all'art. 347 c.p.

(19) Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. f) del decreto, per incompatibilità si intende «l'obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche» indicati come incompatibili con il primo.

(20) In analogia con quanto previsto all'art. 20, c. 5 con riferimento all'accertamento della dichiarazione mendace, anche la fase di accertamento dell'incompatibilità dovrà essere svolta ''nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio dell'interessato'', anche per consentire a quest'ultimo di evidenziare elementi che consentano invece di escludere l'effettiva ricorrenza della situazione di incompatibilità, ovvero per acquisire (solo eventualmente, e comunque a discrezione del responsabile) il parere della Civit-Autorità anticorruzione, di cui all'art. 16, comma 3. La fase di accertamento (i cui tempi andrebbero in ogni caso regolamentati dall'amministrazione procedente, anche prevedendo un meccanismo di superamento dell'inerzia/ritardo nel rilascio del parere da parte della Civit) si chiude con la formale contestazione dell'incompatibilità all'interessato, da cui decorre il termine perentorio per l'esercizio dell'opzione.

(21) Per altro, una generalizzata salvaguardia delle vigenti discipline in materia di aspettativa era già contenuta nell'art. 1 del decreto, che la disposizione in parola non fa che confermare e circostanziare con riferimento alle cause di incompatibilità.

(22) Si pensi, per fare solo un esempio, all'aspettativa non retribuita a richiesta (per dipendenti pubblici e privati) in caso di mandato elettorale negli enti locali (art. 81 del Tuel) o, ancora, all'aspettativa obbligatoria per i dipendenti (pubblici e privati) che assumono una delle cariche di governo di cui alla l. n. 215/2004 (art. 2, c. 5).

(23) Tuttavia, «su un piano di mero fatto va notato che la scelta del collocamento in aspettativa potrebbe essere molto residuale e, invece, molto ampia la rinuncia all'incarico, soprattutto nei casi di quelli di natura elettiva che comportino emolumenti molto contenuti»: *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi Decreto legislativo 39 del 2013*, Camera, Servizio studi, Dossier di documentazione, 4 giugno 2013, in *documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/AC0126.htm*.

(24) Ai sensi dell'art. 18, c. 1, secondo periodo «sono esenti da responsabilità i componenti che erano assenti al momento della votazione, nonché i dissenzienti e gli astenuti».

(25) Conseguenze che si configurano alla stregua di responsabilità amministrativa per danni alla pubblica amministrazione derivanti non solo per l'elargizione di compensi senza titolo (in ragione della nullità), ma anche per gli effetti patrimoniali eventualmente conseguenti alla nullità degli atti adottati dagli organi dirigenziali il cui incarico sia stato dichiarato nullo; nonché, eventualmente, per il danno all'immagine della pubblica amministrazione (si consideri, a questo fine, che «l'atto di accertamento della violazione delle disposizioni del presente decreto è pubblicato sul sito dell'amministrazione o ente che conferisce l'incarico», ai sensi dell'art. 18, c. 5, e pertanto oggetto di conoscibilità diffusa), sebbene entro i limiti di connessione ad una condanna in sede penale (così come sancita dall'art. 17, c. 30- *ter*, periodi II, III e IV, del d.l. n. 78/2009) ogni qualvolta il reato commesso dal pubblico ufficiale abbia cagionato un danno patrimoniale all'amministrazione (cfr. Corte Conti, sez. III, n. 286/2012, che am-
(segue)

per tre mesi, conferire gli incarichi di loro competenza» (art. 18, c. 2). Il tenore letterale della norma lascerebbe intendere che l'interdizione colpisca non l'organo in quanto tale, ma i singoli componenti "effettivamente responsabili" del conferimento, in analogia a quanto disposto al comma precedente. Tale interpretazione, tuttavia, al di là dei problemi operativi che potrebbe comportare (26), cozza con la esplicita previsione dei connessi poteri sostitutivi, che intervengono per effetto della dichiarazione di nullità dell'atto di conferimento, a prescindere dalla residua operatività dell'organo sostituendo. Così che, più opportunamente, detta fattispecie pare configurare una temporanea inibizione (27) che colpisce l'organo in quanto tale. Per quanto concerne le amministrazioni dello Stato, il potere sostitutivo è direttamente attribuito: al Presidente del Consiglio, nel caso di organi ministeriali; alle amministrazioni vigilanti, nel caso di enti pubblici (art. 18, c. 2). Quanto alle amministrazioni di livello regionale e locale, la disposizione prevede un termine trimestrale per l'adeguamento dei rispettivi ordinamenti. Decorso tale termine, detti adeguamenti potranno essere operati in via sostitutiva dal Governo, in applicazione della procedura di cui all'art. 8 della l. n. 131 del 2003.

Ulteriore misura di carattere sanzionatorio consiste nella pubblicazione obbligatoria dell'atto di accertamento della nullità dell'incarico nel sito dell'amministrazione che ha conferito l'incarico.

Le ricadute sui soggetti che hanno fornito dichiarazioni mendaci

Le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 20, se non veritiere, oltre ad esporre l'autore ad una serie di possibili esiti già previsti dall'ordinamento (28), comportano un'ulteriore conseguenza, di carattere evidentemente sanzionatorio (art. 20, c. 5): l'accertamento della dichiarazione come mendace - da effettuarsi nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio dell'interessato - si traduce in una ipotesi di temporanea inconferibilità soggettiva: per tutti i cinque anni successivi, al soggetto interessato non potrà essere conferito nessuno degli incarichi contemplati nel decreto. Si viene così configurando una sorta di "indegnità amministrativa" a ricoprire incarichi pubblici, conseguente alla false dichiarazioni concernenti la sussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità previste nel decreto.

Norme finali e transitorie: l'ambito di applicazione

L'art. 21 affronta la questione relativa all'ambito soggettivo di applicazione della ipotesi di incompatibilità successiva sancita nell'art. 53, c. 16-*ter* del d.lgs. n. 165/2001, la quale vieta ai dipendenti che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, di 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. Il tenore testuale della disposizione ("dipendenti"; "cessazione del rapporto di impiego pubblico") sembrava limitarne l'applicazione ai soli *dipendenti* con rapporto a tempo *indeterminato*, con esclusione di tutti quei soggetti "esterni" che si trovassero ad esercitare i medesimi poteri in base ad un contratto di lavoro subordinato o autonomo a tempo determinato (29). Un esito applicativo pernicioso, dal momento che proprio questo tipo di soggetti incaricati di funzioni dirigenziali risultano maggiormente esposti a rischi di condizionamento (ed a conflitti di interesse) meritevoli di regolamentazione (c.d. *pantouflage* o *revolving door*) (30) A tale li-

Note:
(segue nota 25)

plia il novero dei reati suscettibili di radicare la responsabilità per danno all'immagine, così come delineati da Corte Cost. n. 355/2010). A questi fini, rileva in particolare lo specifico potere di segnalazione alla Corte dei Conti riconosciuto al responsabile per la prevenzione ed alla Autorità nazionale anticorruzione, rispettivamente dagli artt. 15, c. 2 e 16, c. 2.

(26) Per un verso, infatti, gli organi collegiali si troverebbero a dover operare (ai fini dell'esercizio dei poteri di nomina), con tutta probabilità in difetto del quorum strutturale; per altro verso, si porrebbe il tema della percorribilità della integrazione del collegio, mediante surroga dei componenti temporaneamente interdetti dall'esercizio delle funzioni in parola, con l'evidente paradosso (per fare solo un esempio) di un sindaco che, interdetto per aver partecipato ad una nomina di giunta in violazione delle regole sull'inconferibilità, potrebbe procedere (come sindaco) a nominare in surroga i componenti della medesima giunta, al fine di consentirle di operare.

(27) Il tenore della disposizione (''non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza''), come la sua *ratio* sanzionatoria, lascia intendere che l'inibizione riguardi tutte le nomine di competenza dell'organo (a qualsiasi titolo), e non solo quelle per le quali risultano applicabili le regole sulla inconferibilità.

(28) Di carattere penale, in primo luogo, con riferimento all'art. 76 del d.P.R. n. 445 del 2000. Inoltre, le «falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera» - fattispecie cui sono certamente riconducibili le dichiarazioni in questione - sono suscettibili di determinare la sanzione disciplinare del licenziamento, ai sensi dell'art. 55-*quater*, c. 1, lett. d) del d.lgs. 165 del 2001.

(29) Con particolare riferimento agli incarichi dirigenziali assegnati ad esterni in base all'art. 19, c. 6 del d.lgs. n. 165 del 2001, ed a quelli di cui all'art. 110 del Tuel.

(30) Cfr. sul punto B. Ponti, *Le modifiche all'art. 53 del testo uni-*
(segue)

mite, l'art. 21 fornisce una auspicata (31) e appagante soluzione, estendendo l'applicazione di tale istituto a tutti i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al decreto in commento, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo (ivi compresi,dunque, i rapporti a tempo determinato).

Infine, l'art. 22 mira a conferire alle disposizioni del decreto una peculiare capacità di imporsi e di prevalere su difformi previsioni legislative regionali in materia di inconferibilità ed incompatibilità, sulla base del diretto ancoraggio delle prime agli art. 54 (dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore) e 97 (principio di imparzialità) (32). Tale strategia normativa sembra fondarsi sulla (auto) rivendicazione da parte del legislatore nazionale di un ruolo di interprete privilegiato (o preferenziale) delle disposizioni costituzionali richiamate. Al di là della condivisibilità dell'intento (i.e. conferire stabilità ed uniformità alle regole finalizzate alla prevenzione ed al contrasto dei fenomeni di corruzione) (33) - e fermo restando che (in ipotesi) le regioni potrebbero comunque esercitare le rispettive competenze legislative per introdurre regole *più stringenti* - risulta quantomeno problematica la effettiva cogenza di tali vincoli nei confronti degli ambiti costituzionalmente riservati ai legislatori regionali, in assenza di un momento di consolidamento, che può maturare in sede giurisprudenziale (34), ovvero in ragione di un esplicito accordo tra Stato e Regioni (35). Questa seconda strada appare la più immediatamente percorribile, nella misura in cui si intenda (come pare opportuno) attribuire questo ruolo alle specifiche intese richiamate dalla legge 190/2012 (36).

Questa generalizzata prevalenza delle disposizioni del decreto subisce due deroghe specifiche. La prima (art. 22, c. 2), riguarda la salvaguardia assicurata alle disposizioni della legge n. 215/2004. La seconda (c. 3) risolve in modo *tranchant* - ma con riferimento alle sole società che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e agli incarichi presso le loro controllate - l'aporia determinata dal succedersi (a poco più di un anno di distanza) di discipline ispirate da logiche divergenti. In effetti, il d.l. n. 95/2012 (c.d. *spending review*), a fini del contenimento della spesa pubblica, prescrive che la parte maggioritaria dei c.d.a. delle società controllate direttamente o indirettamente sia formata da dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, mentre il decreto in commento esclude tale eventualità, nella misura in cui essa ricada nelle fattispecie di incompatibilità sancite negli artt. 9 e 12. Tale discrasia (al di là della individuazione dei margini di applicabilità a legislazione vigente) (37) merita una approfondita riflessione, in particolare al fine di determinare (anche, anzi soprattutto, in tempi di crisi economica) se i risparmi conseguibili mediante l'imposizione *ex lege* del cumulo di incari-

Note:
(segue nota 30)

co sul lavoro alle dipendenze della p.a., in B. G. Mattarella, M. Pelissero, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., in part. 185 ss..

(31) Cfr. *Ibidem*, 189.

(32) *Per incidens*, ci si chiede perché, coerentemente con la strategia di individuazione dei referenti costituzionali più immediati, non sia stato richiamato anche il principio del ''servizio esclusivo alla Nazione'', come istanza di salvaguardia dai condizionamenti dettati da fedeltà concorrenti e contrastanti con gli interessi generali (che precipita negli istituti di prevenzione del conflitto di interessi, tra cui anche gli istituti dell'inconferibilità e dell'incompatibilità); cfr. G. Sirianni, *I profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in (a cura di) F. Merloni, L. Vandelli, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, 129 ss.; C. De Fiores, *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione?* in *Dir. Pubbl.*, 2006, p. 149 ss.

(33) Parla esplicitamente di un ''nuovo modello di uniformità'' E. Carloni, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici, in IDF, 2013, vol II.*

(34) Laddove sia la Corte costituzionale ad enucleare, per successive determinazioni, principi che finiscono per imporsi come irrevocabili (e dunque immediatamente cogenti) al legislatore (sia nazionale che regionale), come nel caso, ad esempio, del principio di distinzione politica/amministrazione (cfr. C. Cost. n. 103 e 104 del 2007, nonché n. 34 del 2010): sul punto, cfr. F. Merloni, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 57 ss.

(35) In questo senso, cfr. F. Merloni, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013.

(36) Cfr. l'art. 1, c. 61: «attraverso intese in sede di Conferenza unificata sono altresì definiti gli adempimenti attuativi delle disposizioni dei decreti legislativi previsti dalla presente legge da parte delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali, nonché degli enti pubblici e dei soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo».

(37) Infatti, dal momento che il perimetro soggettivo dell'incompatibilità disegnata dal decreto 39/2013 (vertici amministrativi e dirigenti) è più ridotto dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012 (che fa riferimento, genericamente, ai ''dipendenti'' dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza), permane comunque uno spazio di applicazione del secondo, pur nel rispetto delle fattispecie di incompatibilità imposte dal primo; nei medesimi termini si è espressa l'Autorità nazionale anticorruzione, nell'esercizio dei già richiamati compiti di cui all'art. 16, c. 3 del decreto: cfr. la delibera Civit n. 47 del 2013.

chi (38) compensino adeguatamente (in termini quantitativi, ma soprattutto in termini qualitativi) la compromissione del principio di distinzione, anche personale, tra controllante e controllato, nonché l'istituzionalizzazione di situazioni di conflitto d'interessi, che vengono così a realizzarsi.

Va, infine, segnalato che il decreto 39 non contempla una normativa di carattere transitorio, ciò che ha posto agli interpreti, ma innanzitutto alle amministrazioni (39), alcuni dubbi circa gli effetti dell'immediata precettività (o meno) delle relative disposizioni. Con riferimento alle regole sulla non conferibilità degli incarichi, ciò comporta semplicemente che queste saranno applicabili relativamente agli incarichi da conferire successivamente all'entrata in vigore del decreto (40). Con riferimento alle regole sull'incompatibilità, ciò comporta che queste operano immediatamente, anche riguardo agli incarichi già in essere al momento dell'entrata in vigore del decreto, con la conseguente applicabilità dei meccanismi di accertamento, contestazione e decadenza più sopra descritti, nel caso di incompatibilità sopravvenuta (41).

Note:

(38) L'art. 4, commi 4 e 5, del d.l. n. 95/2012, infatti, impone che i ''compensi assembleari'' dei dipendenti (che questi percepirebbero in quanto componenti dei c.d.a. delle società controllate, vigilate o partecipate) siano riversati all'amministrazione e alla società di appartenenza.

(39) Si vedano i numerosi quesiti sottoposti all'Autorità nazionale anticorruzione, richiamati nella delibera n. 46 del 2013.

(40) Come ha correttamente osservato l'Autorità nazionale anticorruzione, infatti, «il d.lgs. n. 39/2013 non pone alcun problema di retroattività e, conseguentemente, di violazione dell'invocato principio *tempus regit actum*. Le norme del decreto - in particolare, gli artt. da 4 a 8 - non incidono sulla validità del preesistente atto di conferimento degli incarichi»: cfr. la delibera Civit n. 46 del 2013.

(41) Lineare, in questo senso, è ancora la delibera n. 46 del 2013 di Civit: «Gli incarichi e le cariche presi in esame dalla nuova disciplina [...] comportano l'espletamento di funzioni e poteri che si protraggono nel tempo [...]. Trattandosi di un ''rapporto di durata'', dunque, il fatto che l'origine dell'incarico si situa in un momento anteriore non può giustificare il perdurare nel tempo di una situazione di contrasto con la norma, seppur sopravvenuta. Deve concludersi, pertanto, nel senso che la nuova disciplina è di immediata applicazione. Ne deriva che non è in questione l'applicazione del principio della irretroattività della legge, quanto piuttosto l'eventuale differimento dell'efficacia delle norme sulla incompatibilità, che avrebbe richiesto una possibile ma necessariamente espressa previsione da parte del legislatore. Ma ciò non è avvenuto».

RIVISTE

Il Corriere del Merito

Mensile di giurisprudenza civile, penale e amministrativa commentata

Direzione scientifica Civile: *Guido Alpa, Vincenzo Carbone, Claudio Consolo, Vincenzo Cuffaro, Vincenzo Mariconda, Pietro Rescigno*
Direzione scientifica Penale: *Stefano Corbetta, Emilio Dolcini, Angelo Giarda, Giorgio Marinucci*
Direzione scientifica Amministrativa: *Francesco Caringella, Giuseppe Chiné, Rosanna De Nictolis, Fabio Francario, Marco Lipari*

L'obiettivo della rivista è quello di offrire un **panorama giurisprudenziale ricco ed aggiornato** con un'attenzione particolare alla **fruibilità dei contenuti**.

Le **Sezioni**:
– "**Osservatori**", **organizzati per Regione** ed arricchiti dall'esposizione del **caso concreto** ("in fatto") ricavato dal testo ufficiale dei provvedimenti massimati;
– "**In evidenza**" con l'introduzione delle **parole chiave in neretto** e l'**evidenziazione dei passaggi più importanti** all'interno del commento;
– "**I Contrasti**", una **tabella di sintesi** segnalerà i **principali orientamenti giurisprudenziali** inerenti all'argomento trattato;
– "**Primo piano**" un **abstract d'autore** fornisce un sunto dell'argomento di attualità trattato.

In più, **ogni anno** riceverà **due fascicoli** che tratteranno, di volta in volta, **Rassegne di giurisprudenza e dottrina ragionata** in ambito di diritto **civile**, **penale** e **amministrativo**.

Il servizio on-line, riservato agli abbonati e consultabile all'indirizzo ***www.ipsoa.it/ilcorrieredelmerito***, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale € 199,00
Supporto: carta, web, tablet

Per informazioni
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – info.commerciali@wki.it)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://shop.wki.it/ipsoa***